

PREGUNTAS FRECUENTES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO LABORAL

Dr. Luis Nava Guibert

Perú, Lima

2022

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	12
1. ¿EN QUÉ CONSISTE LA JUBILACIÓN PROPORCIONAL?	14
2. ¿CÓMO SE REALIZA EL PAGO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL FRENTE AL DESPIDO DEL TRABAJADOR?	15
3. EL COVID Y SUS CONSECUENCIAS ¿ESTAMOS OBLIGADOS A ENVIAR A NUESTROS HIJOS AL COLEGIO?	18
4. ¿LAS REMUNERACIONES PUEDEN SER EMBARGADAS?	35
5. ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN EN UNA SANCIÓN EFECTUADA AL TRABAJADOR?	37
6. ¿QUÉ ES EL TELETRABAJO? ¿CONVIENE AL PAÍS EL TELETRABAJO?	38
7. ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS LABORALES?	41
8. ¿QUÉ SON LAS GRATIFICACIONES?	43
9. ¿CÓMO SE DAN LOS DEPÓSITOS DE LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIO?	47
10. ¿CÓMO OBSERVA EL PANORAMA DE LA LIBERACIÓN DE CIERTOS BENEFICIOS SOCIALES?	48
11. ¿CÓMO FUNCIONAN LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SALUD?	50
12. ¿CUÁLES SON LAS DIFERENCIAS DEL CONTRATO DE TRABAJO Y EL CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS?	51
13. ¿RESULTA FACTIBLE EL RETIRO TOTAL DE LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS?	55
14. AL OTORGAR LA CTS DE MANERA ANTICIPADA, ESTO ES, ANTES QUE LA PERSONA TERMINE SU TIEMPO DE SERVICIO, ¿NO ENTRARÍAMOS FRENTE A UNA DESNATURALIZACIÓN DE LA MISMA FIGURA DE LA CTS? ¿O ES QUE LA DESNATURALIZACIÓN DE LA CTS YA SE VENÍA DANDO DESDE HACE MUCHO TIEMPO?	56
15. ESTA DESNATURALIZACIÓN DEL RETIRO DE LA CTS, ANTES QUE SE CULMINE EL TIEMPO DE SERVICIO, ¿ES CONSTITUCIONAL O INCONSTITUCIONAL?	56
16. HAY DOCTRINARIOS Y OPINÓLOGOS QUE ESTÁN EN CONTRA DE LA LIBERACIÓN DEL 100% DE LA CTS, YA QUE SEÑALAN QUE ESTO GENERARÍA UN GASTO PUES SE ESTARÍA ANTICIPANDO SOBRE APORTES QUE TODAVÍA NO HAN REALIZADO A LOS TRABAJADORES, POR TANTO, ESE DINERO SALDRÍA DE LAS PROPIAS ARCAS DEL ESTADO, QUIEN NO TIENE LA GARANTÍA QUE ESOS TRABAJADORES CONTINÚEN CON SUS LABORES. ¿QUÉ OPINA AL RESPECTO?	57
17. ¿QUÉ ES LA REMUNERACIÓN INTEGRAL Y CUAL ES EL AMPARO LEGAL?	57
18. ¿LA SUBSANACIÓN ELIMINA EL PAGO DE MULTA POR INFRACCIÓN LABORAL?	58
19. ¿CÓMO ES LA INDEMNIZACIÓN DE ACUERDO AL PROYECTO DE LA LEY GENERAL DEL TRABAJO?	59
20. ¿ES LA TARJETA LABORAL ANDINA EL CAMINO CORRECTO?	60
21. ¿QUÉ PAPEL CUMPLE EL TRABAJADOR EN EL CONTRATO DE TRABAJO?	61
22. ¿CÓMO OBSERVA LAS PENSIONES DE LA ONP DURANTE LOS AÑOS 2006 AL 2011?	62
23. ¿PUEDE EL TRABAJADOR DISPONER DE UN MAYOR PORCENTAJE DE SU CTS?	64

24.	¿LAS EMPRESAS CUMPLEN CON EL REQUISITO DE CONTRATAR PERSONAL DISCAPACITADO? MUY POCAS ¿CUÁL ES LA PROTECCIÓN DEL DISCAPACITADO FRENTE AL DESPIDO?	65
25.	¿CUÁNDO ES POSIBLE EL DESPIDO DE UN TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD?	65
26.	¿CUÁLES SON LOS EFECTOS LABORALES DEL DECRETO SUPREMO N° 003-2014-MTC, QUE MODIFICA EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO NACIONAL DE TRÁNSITO?	66
27.	GRATIFICACIÓN SIN DESCUENTO	67
28.	¿EL TRABAJO ES UN DEBER Y UN DERECHO?	68
29.	¿CÓMO SE DA EL USO DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS EN LOS CENTROS DE TRABAJO?	71
30.	¿QUÉ DERECHO NUEVO REIVINDICÓ EL GOBIERNO A FAVOR DEL TRABAJADOR?	72
31.	¿QUÉ ES EL CONTRATO CAS?	73
32.	¿LÍMITE A CONTRATACIÓN DE PERSONAL E INVERSIÓN QUE GENERA EMPLEO?	74
33.	¿CÓMO ES EL DERECHO DE TRABAJO SEGÚN LA IGLESIA CATÓLICA?	75
34.	¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR JORNADAS ATÍPICAS O ACUMULATIVAS EN EL PROYECTO DE LEY GENERAL DE TRABAJO?	76
35.	¿CÓMO SE DEBE DAR EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS LABORALES A LOS TRABAJADORES?	77
36.	¿CÓMO SE DA LA PROTECCIÓN A LA MADRE, MENORES E IMPEDIDOS QUE TRABAJAN?	78
37.	¿QUIÉN ES EL TRABAJADOR MIGRANTE ANDINO?	80
38.	¿QUÉ ES EL DERECHO AL TRABAJO?	82
39.	¿QUÉ ES EL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO?	83
40.	¿CÓMO HA IDO LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL PERIODO DE PRUEBA?	83
41.	¿EN QUÉ CONSISTE EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS?	85
42.	¿QUÉ SIGNIFICA EL CONTRATO DE TRABAJO SEGÚN LA LEGISLACIÓN?	86
43.	¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AL TRABAJO?	89
44.	¿EN QUÉ CONSISTE LA REGLA DEL “IN DUBIO PRO-OPERARIO”?	91
45.	¿EN QUÉ CONSISTE LA REGLA DE LA NORMA MAS FAVORABLE?	91
46.	¿EN QUÉ CONSISTE LA REGLA DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA?	91
47.	¿EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE LA IRRENUNCIABILIDAD?	92
48.	¿EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES SIN DISCRIMINACION?	93
49.	¿EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD?	95
50.	¿EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DE LA RELACION?	97
51.	¿EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD?	99
52.	¿EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE BUENA FE?	99
53.	¿SE PUEDE RECONOCER EL TIEMPO DE TRABAJO PREVIO AL INGRESO A PLANILLA?	99
54.	¿QUÉ SE CONSIDERA REMUNERACIÓN?	100

55.	¿CREE QUE LOS SEGUROS DE SALUD CUMPLEN EL ROL POR EL CUAL FUERON CONSTITUIDOS?	101
56.	EXPLIQUE LA JUBILACIÓN Y SUS REQUISITOS	103
57.	¿CÓMO SE INICIA EL TRABAJO?	106
58.	¿QUÉ SON LAS CTS Y CUANDO SE DEBE ENTREGAR AL TRABAJADOR?	107
59.	¿QUÉ SON LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SERVICIOS? ¿SON LEGALES?	109
60.	¿QUÉ CARÁCTERÍSTICA TIENEN LOS CAS?	111
61.	¿CUÁLES SON LOS BENEFICIOS DEL CAS?	112
62.	¿EN QUÉ CONSISTE EL EFECTO PROGRESIVO DEL CAS?	112
63.	¿EN QUÉ CONSISTE LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO?	117
64.	¿QUÉ SON LOS REEMBOLSOS DE LOS GASTOS POR SEPELIO?	119
65.	¿CUÁLES SON LOS REQUISITOS DEL REEMBOLSO DE LOS GASTOS POR SEPELIO?	120
66.	¿QUE SIGNIFICA LATENCIA PARA LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA?	120
67.	¿QUÉ ES LA EXPERIENCIA LABORAL?	120
68.	¿EXISTE FALTA GRAVE POR DORMIRSE DURANTE LA JORNADA DE TRABAJO?	123
69.	¿CÓMO ES UN CONVENIO DE REMUNERACIÓN INTEGRAL?	128
70.	¿EXISTE DERECHO DE HUELGA SIN NECESIDAD DE ESTAR EN NEGOCIACIÓN COLECTIVA?	130
71.	¿QUÉ ES EL DESCANSO EN DÍAS FERIADOS?	136
72.	EL COVID-19 Y EL DESCANSO VACACIONAL, ¿SE PUEDE COMPENSAR?	138
73.	¿CUÁL ES EL MONTO DE LA REMUNERACIÓN VACACIONAL?	142
74.	¿QUÉ ES UN DÍA NO LABORABLE?	143
75.	APORTES A LAS AFP	145
76.	PAGO DE HABERES ¿CÓMO SE HACE Y DONDE?, SOBRE EL REPARTO DE LAS CTS	147
77.	LA CONTRIBUCIÓN DE LOS INDEPENDIENTES ¿ES INCONSTITUCIONAL?	149
78.	¿EN QUÉ CONSISTE EL DESCANSO SEMANAL Y DIAS FERIADOS?	149
79.	¿CUÁNDO SE TIENE DERECHO A VACACIONES?	151
80.	¿CUÁNDO EXISTE TRIPLE PAGO POR VACACIONES NO GOZADAS?	152
81.	¿CÚALES SON LAS FACULTADES DEL EMPLEADOR?	153
82.	¿QUÉ SON LOS ACCIDENTES DE TRABAJO?	155
83.	¿QUÉ SERÍA EL PROCEDIMIENTO PARA RETIRAR LOS FONDOS QUE HA APORTADO HASTA EL MOMENTO EN LA AFP HABITAT? ¿SI LOS FONDOS APORTADOS EN PERÚ A LA AFP HABITAT, PUEDEN SER TRASPASADOS A LA AFP PORVENIR EXTRANJERA?	155
84.	¿CUÁLES SON LAS CLASES DE DESPIDO QUE EXISTEN DE ACUERDO A NUESTRA LEGISLACIÓN?	157
85.	¿CUÁLES SON LAS FALTAS GRAVES POR LAS CUALES SE PUEDE DESPEDIR A UN TRABAJADOR?	161
86.	¿QUÉ ACCIONES PUEDE TOMAR UN TRABAJADOR QUE HA SIDO DESPEDIDO?	162

87.	¿EL DESPIDO ES UNA SANCIÓN O UNA FACULTAD QUE TIENE EL EMPLEADOR?	166
88.	¿CÓMO ES UN CONVENIO DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO DISENSO?	170
89.	¿QUÉ ES LA TERCERIZACIÓN Y EN QUÉ SUPUESTOS SE DÁ?	173
90.	¿QUÉ ES EL MUTUO DISENSO?	177
91.	¿QUÉ ES LA INTERMEDIACIÓN, QUIENES PUEDAN HACERLO, Y DE QUE TIPO SON?	179
92.	¿QUIÉNES PUEDEN INTERMEDIAR?	179
93.	¿CUÁLES SON LAS CLASES DE EMPRESAS INTERMEDIADORAS?	180
94.	¿QUÉ SE ENTIENDE POR ACTIVIDAD PRINCIPAL?	180
95.	¿CUÁLES SON LAS DIFERENCIAS ENTRE LA INTERMEDIACIÓN Y LA TERCERIZACIÓN?	181
96.	¿QUÉ ES EL PERIODO DE PRUEBA Y PARA QUE SIRVE?	182
97.	¿CUÁL ES LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL PERIODO DE PRUEBA?	183
98.	¿CUÁLES SON LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO?	184
99.	¿QUÉ ES LA CADUCIDAD LABORAL?	188
100.	¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA CADUCIDAD?	188
101.	¿QUÉ ES LA PRESCRIPCIÓN?	189
102.	¿CÓMO HA EVOLUCIONADO LA PRESCRIPCIÓN LABORAL EN EL PERÚ?	189
103.	¿QUE SON LAS UTILIDADES Y COMO ES EL REPARTO?	191
104.	¿QUÉ ES LA REMUNERACIÓN?	193
106.	¿CUÁL ES LA HISTORIA DEL DERECHO COLECTIVO?	198
107.	¿CUÁLES SON LOS ANTECEDENTES DEL DERECHO COLECTIVO?	198
108.	¿QUIÉNES SON LOS SUJETOS DEL DERECHO COELCTIVO?	200
109.	¿CUÁL ES EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS COLECTIVOS?	201
110.	¿CUÁL ES LA DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO INDIVIDUAL, EL DERECHO COLECTIVO Y EL DERECHO PROCESAL?	203
111.	¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO COLECTIVO?	204
112.	¿CUÁL ES LA EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO DE RANGO CONSTITUCIONAL?	206
113.	¿CUÁL ES LA CLASIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE TRABAJO?	206
114.	¿CUÁLES SON LAS CLASES DE SINDICATOS?	207
115.	¿EN QUÉ CONSISTE EL SINDICATO DE ACTIVIDAD?	209
116.	¿EN QUÉ CONSISTE EL SINDICATO DE GREMIO?	209
117.	¿EN QUE CONSISTE EL SINDICATO DE OFICIOS VARIOS?	209
118.	SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES NO DEPENDIENTES	210
119.	ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE LOS SINDICATOS	210
120.	¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS DE LA SECCIÓN SINDICAL?	210
121.	¿CÓMO SE GARANTIZA LA LIBERTAD SINDICAL?	211

123.	PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL NACIONAL	212
124.	¿CUÁLES SON LAS ETAPAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA?	212
125.	¿EN QUÉ CONSISTE LA HUELGA?	214
126.	LA HUELGA	217
127.	¿CUÁLES SON LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA HUELGA?	219
128.	¿EN QUÉ CONSISTE UN PACTO DE PERMANENCIA?	222
129.	¿CUÁNDO PUEDE REALIZARSE UN PACTO DE PERMANENCIA?	222
130.	¿CUÁLES SON LOS REQUISITOS DE UN PACTO DE PERMANENCIA?	223
131.	¿QUÉ OCURRE SI EL TRABAJADOR INCUMPLE EL PACTO DE PERMANENCIA?	224
132.	¿CUÁL ES LA DIFERENCIA ENTRE JORNADA DE TRABAJO Y HORARIO DE TRABAJO?	225
133.	¿LA ENTREGA DE BONO ES CONDICIÓN DE TRABAJO, PARA EVITAR EL DESCUENTO DEL IMPUESTO A LA RENTA?	226
134.	¿CUÁNDO EXISTE FALTA GRAVE?	227
135.	¿QUÉ ES LA JORNADA DE TRABAJO?	229
136.	¿EN QUÉ CASOS LA CORTE SUPREMA DECLARA INFUNDADA LA REPOSICIÓN POR FALTA GRAVE?	230
137.	¿SE PUEDE COLOCAR CÁMARA DE MONITOREO EN EL CENTRO LABORAL?	240
138.	¿CUÁNDO PUEDO DESPEDIR A UNA TRABAJADORA DE CONFIANZA?	245
139.	¿EN QUÉ CONSISTE EL REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO?	246
140.	¿CUÁLES SON LAS FUENTES FORMALES ESPECIALES DEL DERECHO DEL TRABAJO?	247
141.	¿CUÁNDO SE CONSIDERA UN TRABAJADOR DE CONFIANZA?	248
142.	¿PUEDE CESAR LA RELACIÓN LABORAL POR RETIRO DE CONFIANZA DE UNA TRABAJADORA QUE SE ENCUENTRA EN PERIODO DE LACTANCIA?	248
143.	LA CARTA DE DESPIDO POR FALTA GRAVE A UN PERSONAL DE CONFIANZA ¿QUÉ DOCUMENTOS ADICIONALES NECESITAMOS ADJUNTAR? ¿DEBE SER NOTARIADA O SIMPLEMENTE PODEMOS ENVIARLA POR CORREO?	249
144.	¿CÓMO SE REALIZA EL CAMBIO DE HORARIO DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES?	249
145.	¿CUÁNDO PROCEDE UN DESPIDO POR BAJO RENDIMIENTO?	250
146.	¿PUEDE TERMINAR POR ANTICIPADO EL CONTRATO A PLAZO FIJO DE UNA TRABAJADORA EN PERIODO DE LACTANCIA?	252
147.	¿CÓMO SE REALIZA LA RENOVACIÓN Y CAMBIO DE CONTRATO?	253
148.	¿CÓMO SE APLICA EL CONVENIO EXTRAJUDICIAL?	254
149.	¿UN TRABAJADOR PUEDE VOLVER A SER CONTRATADO?	255
150.	¿QUÉ PASOS DEBE SEGUIRSE PARA DIGITALIZAR LA FIRMA DEL GERENTE GENERAL Y/O GERENTE DE RECURSOS HUMANOS EN LAS BOLETAS DE PAGO, CERTIFICADOS DE CTS, CERTIFICADOS DE 5TA CATEGORÍA, ETC?	256

151. ¿ES POSIBLE OTORGAR LA BONIFICACIÓN POR TRANSPORTE? ¿EL IMPORTE A OTORGAR SERÁ CONSIDERADO COMO REMUNERACIÓN? ¿ENTRARÁ EN EL CÁLCULO DE GRATIFICACIÓN, CTS Y DEMÁS CONCEPTOS QUE APLIQUE?	257
152. ¿ES POSIBLE UN PAGO DIARIO DE ADELANTO DE LOS BENEFICIOS DE GRATIFICACIONES Y CTS?	258
153. ¿CUÁL ES LA REMUNERACIÓN COMPUTABLE PARA EL CÁLCULO DE LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS? – SECTOR AGRARIO	259
154. ¿QUÉ SUCEDE CUANDO EL TRABAJADOR NO HACE USO DE SUS VACACIONES DENTRO DEL PERIODO QUE LE CORRESPONDE GOZAR?	260
155. ¿CUÁL ES LA REMUNERACIÓN COMPUTABLE PARA EL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN VACACIONAL?	260
156. ¿CUÁL ES LA REMUNERACIÓN COMPUTABLE PARA EL CÁLCULO DE LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS?	261
157. ¿LA ASIGNACIÓN POR MOVILIDAD, SE ENCUENTRA GRAVADA DEL IMPUESTO A LA RENTA DE QUINTA CATEGORÍA?	261
158. ¿QUÉ DERECHOS DEBE PERCIBIR UN TRABAJADOR QUE NO GOZA DEL DESCANSO FÍSICO DE MANERA OPORTUNA?	262
159. ¿EL TRABAJADOR EXTRANJERO REQUIERE UNA ADENDA A SU CONTRATO DE TRABAJO PARA PODER GESTIONAR LA RENOVACIÓN DE SU CARNET DE EXTRANJERÍA?	263
160. ¿PUEDE EL EMPLEADOR RETENER LOS CTS?	264
161. ¿EXISTE EL DESPIDO EN PERIODO DE PRUEBA POR FALTA GRAVE ESTANDO LA TRABAJADORA EN LACTANCIA?	264
162. ¿QUÉ ES HORA EXTRA? ¿EL TRAYECTO SE CONSIDERA HORA EXTRA?	265
163. CHOFÉRES DE TRANSPORTE PÚBLICO	266
164. ¿CÓMO SE REALIZA EL PAGO DE HABERES Y EL DEPÓSITO DE LAS CTS DEL TRABAJADOR?	266
165. ¿UN TERCERIZADO PODRÍA HACER USO DEL LACTARIO?	268
166. ¿CÓMO APLICAR ORDEN DE RETENCIÓN DE ALIMENTOS?	271
167. ¿EL MONTO QUE SE PAGA POR RECARGAR COMBUSTIBLE ESTÁ SUJETO AL PAGO DE IMPUESTO A LA RENTA, A LAS APORTACIONES AL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES Y/O SEGURIDAD SOCIAL DE SALUD?	272
168. ¿CÚAL ES EL PAGO DE LA SOBRETASA QUE DEBE PAGARSE A UN TRABAJADOR QUE LABORA UN DÍA FERIADO?	273
169. ¿LA ENTREGA DE DINERO DE UNA EMPRESA A SUS TRABAJADORES COMO PREMIO DE UN CONCURSO DE CANTO DEBE CONSIDERARSE EN LA BOLETA DE PAGO? ¿DEBE ESTAR AFECTO A IMPUESTOS?	275
170. ¿ES POSIBLE OTORGARLES LA SUMA DE S/ 150 SEMANALES MIENTRAS DURA LA CAPACITACIÓN Y HASTA QUE SE APRUEBEN LOS CONTRATOS DEL PERSONAL EXTRANJERO CENTROAMERICANO?	276
171. ¿QUÉ FORMA SE LE PUEDE DAR A DICHA ENTREGA PARA EVITAR CONTINGENCIAS TANTO LABORALES Y QUIZÁS TRIBUTARIAS?	276

172. ¿CUÁLES SON LAS CONTINGENCIAS QUE PUEDE TENER LA EMPRESA POR REALIZAR DICHA ENTREGA DE DINERO AL PERSONAL VENEZOLANO EN LAS CONDICIONES DESCRITAS?	277
173. ¿QUÉ TRABAJADORES TIENEN LA CALIDAD DE REFUGIADOS?	277
174. ¿QUÉ TRABAJADORES CUENTAN CON PERMISO TEMPORAL DE PERMANENCIA?	278
175. ¿SE PUEDE ESTABLECER COMO OBLIGACIÓN DE LA CONTRATISTA QUE PAGUE A SUS TRABAJADORES EL BONO DE PRODUCTIVIDAD QUE SE ESTABLEZCA? ¿DE QUÉ MANERA SE PUEDE ESTABLECER DE MANERA FORMAL ESTA OBLIGACIÓN?	279
176. ¿QUE SUCEDE CUANDO LA HUELGA AFECTA LOS SERVICIOS PÚBLICOS?	280
177. ¿EN QUÉ SE SUSTENTA EL RETIRO DE CONFIANZA DE UN EXPATRIADO DE OTRA NACIONALIDAD?	282
178. ¿SE PUEDE DAR POR CONCLUIDO EL CONVENIO DE PRÁCTICAS PRE-PROFESIONAL, CUYO DESEMPEÑO NO HA SIDO BUENO?	283
179. ¿QUÉ SUCEDE EN LOS CASOS DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR, NO ESTÉ DEBIDAMENTE SUSTENTADO?	284
180. ¿QUÉ SUCEDE EN LOS CASOS QUE EL DESPIDO DEL TRABAJADOR ESTE ADECUADAMENTE SUSTENTADO?	285
181. ¿QUÉ SUCEDE EN LOS CASOS DE RENUNCIA?	285
182. ¿LA EMPRESA PUEDE CONSIDERAR EN LA NUEVA ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL, EL ÁREA DE DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD OCUPACIONAL INDEPENDIENTE DEL ÁREA DE SUPERVISIÓN DE SALUD OCUPACIONAL?	285
183. ¿QUÉ IMPLICANCIA TIENE EL REGLAMENTO DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO?	286
184. ¿EL DOCUMENTO QUE EMITE ESSALUD PUEDE UTILIZARSE PARA EFECTOS DE APLICAR LA CAUSAL DE CESE LABORAL?	287
185. ¿LA EMPRESA INCURRIRÍA EN FALTA AL LIQUIDAR AL COLABORADOR CON EL INFORME MÉDICO DE INCAPACIDAD DE ESSALUD?	288
186. ¿PARA EL PERSONAL DE PILOTOS Y TRIPULANTES QUE PRESTAN SERVICIOS EN CARRETERA, LA EMPRESA TIENE LA OBLIGACIÓN DE CONTRATAR EL SCTR?	289
187. LOS ACCIDENTES DE TRÁNSITO ¿SON CONFIGURADOS TAMBIÉN COMO ACCIDENTES DE TRABAJO?	289
188. ¿CUÁNDO NO ES ACCIDENTE DE TRABAJO?	289
189. ¿CUÁLES SERÍAN LAS OBLIGACIONES DE UNA EMPLEADORA ANTE UN ACCIDENTE DE TRÁNSITO?	290
190. ¿EL TRABAJADOR DEBE COMUNICAR AL EMPLEADOR EVENTO O SITUACIÓN QUE PONGA EN RIESGO SU SEGURIDAD O SALUD?	291
191. ¿ES OBLIGATORIO PAGAR ASIGNACIÓN POR TRANSPORTE A TODO EL PERSONAL?	291
192. ¿AL GERENTE DE ÁREA A QUIEN SE LE ASIGNA UN AUTO DE LA EMPRESA PERO NO GASOLINA, CORRESPONDE OTORGARLE ASIGNACIÓN POR TRANSPORTE?	292
193. ¿DEBE CELEBRARSE ALGÚN CONVENIO CON LOS COLABORADORES A LOS QUE ENTREGUEN ASIGNACIÓN DE TRANSPORTE?	292
194. ¿CÓMO DEBEN PRESENTARSE LOS CERTIFICADOS MÉDICOS Y LOS SUBSIDIOS?	293

195. ¿EXISTIRÁ CONTIGENCIA AL INCOPORAR A LA PLANILLA DE LA EMPRESA A PERSONAL QUE INICIALMENTE ESTABA TERCERIZADO?	294
196. ¿PUEDE ESPECIFICARSE EN EL CONTRATO DE TRABAJO LOS TURNOS ROTATIVOS?	295
197. ¿PUEDE ESTABLECERSE UNA NUEVA JORNADA DE TRABAJO MAYOR A LAS 45 HORAS SEMANALES?	295
198. ¿PUEDE ESPECIFICARSE EN EL CONTRATO DE TRABAJO EL LUGAR DONDE PRESTARÁN EL SERVICIO?	295
199. ¿CUÁLES SON LOS EFECTOS DEL DESPIDO DE UN TRABAJADOR DE CONFIANZA?	296
200. ¿UN TRABAJADOR SE ENCUENTRA OBLIGADO A LABORAR EN UN DÍA CONSIDERADO FERIADO OFICIAL?	296
201. ¿ES NECESARIO INFORMAR A LAS ENTIDADES FINANCIERAS EL TOPE DE REMUNERACIONES PARA EL CÁLCULO DE LA LIBRE DISPONIBILIDAD DE LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS?	297
202. ¿QUÉ SUCEDE SI ALGÚN COLABORADOR O EX COLABORADOR INCUMPLE LA CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA?	298
203. ¿ES POSIBLE QUE UNA EMPRESA DE TRANSPORTE PUEDA CONTRATAR BAJO EL RÉGIMEN DE CONSTRUCCIÓN CIVIL?	299
204. ¿PARA EL CÁLCULO DE UTILIDADES SE DEBE CONSIDERAR LOS DÍAS DE LICENCIA POR PATERNIDAD Y LA REMUNERACIÓN PAGADA POR ESOS DÍAS COMO LICENCIA DE PATERNIDAD?	302
205. ¿QUÉ OCURRE CON EL TRABAJADOR QUE TIENE UN DESCANSO MÉDICO PROLONGADO?	303
206. ¿SE APLICA LA LEY DEL DEPORTISTA QUE OBLIGA A LAS EMPRESAS A DAR LAS FACILIDADES AL COLABORADOR PARA QUE PUEDA PARTICIPAR EN LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE SU CONDICIÓN DE SELECCIONADO NACIONAL?	304
207. ¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO PARA QUE EL COLABORADOR FALLECIDO COBRE LOS BENEFICIOS SOCIALES?	305
208. ¿CÓMO SE EFECTÚA EL RETIRO DE LAS CTS?	306
209. ¿LA BONIFICACIÓN POR DESEMPEÑO CONSTITUYE UN INGRESO REMUNERATIVO?	307
210. ¿BAJO QUE CONCEPTO DEBE PAGARSE EL BONO POR DESEMPEÑO, BONO DE PRODUCTIVIDAD, BONIFICACIÓN EXTRAORDINARIA, GRATIFICACIÓN EXTRAORDINARIA?	309
211. ¿SE PUEDE HACER EXTENSIVOS LOS BENEFICIOS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS AL PERSONAL NO SINDICALIZADO? ¿EXISTE ALGUNA CONTIGENCIA ADMINISTRATIVA O JUDICIAL?	311
212. ¿SE PUEDE HACER EXTENSIVO LOS BENEFICIOS DEL CONVENIO COLECTIVO CELEBRADO CON UN SINDICATO (MINORITARIO) AL PERSONAL NO SINDICALIZADO A PESAR DE NO HABER ACUERDO CON EL OTRO SINDICADO MINORITARIO?	313
213. SI SE CELEBRA UN CONVENIO COLECTIVO CON UN SINDICATO CON DETERMINADOS BENEFICIOS Y CON EL OTRO SINDICATO HAYAN OTROS BENEFICIOS ¿QUE BENEFICIOS SE LE PUEDE OTORGAR AL PERSONAL NO SINDICALIZADO?	314
214. SI NO SE LLEGA A ACUERDOS Y SE RECORRE AL ARBITRAJE CON UNO O AMBOS SINDICATOS ¿SE PUEDEN HACER EXTENSIVOS AL PERSONAL NO SINDICALIZADO LOS BENEFICIOS CONTENIDOS	

EN EL RESPECTIVO LAUDO ARBITRAL ¿QUÉ BENEFICIOS SE LE PUEDEN OTORGAR A LOS NO SINDICALIZADOS?	314
215. ¿CUÁNDO SE PUEDE REPROGRAMAR UNA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN?	315
216. DOS EMPRESAS CELEBRAN UN CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS, POR LOS SERVICIOS DE UN MÉDICO OCUPACIONAL, ¿UNA DE ELLAS PUEDE A FAVOR DE LA OTRA PRESTAR SERVICIOS DE SALUD OCUPACIONAL? A SABIENAS QUE ESTO INCLUYE VIGILANCIA EN SALUD DE LOS TRABAJADORES E HIGIENE OCUPACIONAL.	315
217. ¿PUEDE DESPEDIRSE A UN TRABAJADOR POR BURLARSE DE SU JEFE VÍA WHATSAPP?	316
218. ¿EN QUÉ FECHA SE PAGAN LAS VACACIONES?	316
219. TRIPLE PAGO POR VACACIONES NO GOZADAS	316
220. TRABAJADORA GESTANTE	317
221. FRACCIONAMIENTO VACACIONAL	317
222. GOCE ININTERRUMPIDO	317
223. COMPENSACIÓN VACACIONAL	318
224. FALTA GRAVE POR DENUNCIA PENAL	318
225. FERIADO, PRIMERO DE NOVIEMBRE ¿CÓMO SE PAGA A LOS TRABAJADORES, PRESENCIAL, VIRTUAL (REMOTO, TELETRABAJO), Y DESCANSO MÉDICO POR ENFERMEDAD?	321
226. DIFERENCIAS ENTRE DÍAS FERIADOS Y DÍAS NO LABORABLES	322
227. ¿EXISTE OBLIGACIÓN DE CONCEDER LICENCIA REMUNERADA PARA VACUNARSE DEL COVID-19?	323
228. INCENTIVOS PARA QUE LOS TRABAJADORES SE VACUNEN	325
229. ¿QUÉ ES UN DÍA NO LABORABLE?	325
230. ¿CUÁLES SON LOS SÍNDROMES O SECUELAS DEL COVID 19?	327
231. FERIADOS Y DÍAS NO LABORALES DEL RESTO DEL AÑO 2022	328
232. GRATIFICACIÓN POR FIESTAS PATRIAS	329
233. CLÍNICAS PRIVADAS TEMEN QUE ESTADO REGULE SUS TARIFAS	330
234. NUEVA LEY DE TELETRABAJO	331
PRIMERA NOTA FINAL COMPLEMENTARIA	
SEGUNDA NOTA FINAL COMPLEMENTARIA	
TERCERA NOTA FINAL COMPLEMENTARIA	
COLOFÓN	
BIBLIOGRAFIA.....	319
JURISPRUDENCIA.....	321

Muchas veces te hacen tanto daño.

Que quieres hablar y decir lo que se merecen.....

Pero no vale la pena.

Créeme, todos tienen una versión de los hechos.

Deja que el tiempo ponga a cada uno en su lugar.

CALLAR ES DE SABIOS

-M. Benedetti

INTRODUCCIÓN

El derecho laboral es uno solo, académicamente se ha dividido en derecho individual, colectivo y procesal enseñándose en ciclos sucesivos en las diferentes facultades de derecho.

El derecho laboral no está codificado, Rafael Calderas, gran laboralista decía que él no estaba de acuerdo que el derecho laboral sea codificado, porque sería llevarlo a molde rígido y eso traía como consecuencia su desaparición y muerte.

Que no se puede codificar porque el derecho laboral es un derecho que cambia constantemente de acuerdo con la interacción de los trabajadores, y que es de sucesivos cambios. Algunos tratadistas hasta lo han comparado con la moda de vestir que cambia casi al mismo ritmo.

El estar disperso, hace que muchas veces quien revisa un libro o analicé un tema determinado llegue a la conclusión de que no puede saber si la norma que está leyendo o revisando está vigente o derogada.

Por lo que frecuentemente, se busca un tema y tiene que ingresar o recurrir al Google a fin de que le sirva de orientación sobre el tema que quiere investigar.

Este Trabajo de Investigación que lleva el Nombre de PREGUNTAS FRECUENTES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO LABORAL consiste en 234 consultas con sus respectivas absoluciones y estoy seguro de que ayudará a los alumnos, ya que cuando tenga alguna duda y quieren investigar un tema puntual, le bastará con leer la consulta y habrá salido de la duda, pero la intención, no es que ahí se quede si no que siga investigando el tema y la consulta solamente le sirva como una guía.

Muchas de las consultas consignadas son los que Uds. Los alumnos preguntan en clase, siendo las más apasionadas las de derecho colectivo.

El alumno en cada clase pregunta, temas adelantados, a lo que está tratando o explicando la cátedra, la que Yo en particular les contesto, ¿Qué dejarlo con la duda? Con la excusa de que ese tema se tratara más adelante, cuando de repente ese tema o pregunta no se tocará, por eso jamás dejo de contestar alguna pregunta, alegando que el tema sería analizado más adelante y dejar una frustración en el alumno.

Mejor será compartir nuestros conocimientos y seguro que disfrutamos más dando, que recibiendo que será lo menos.

El derecho laboral se debe escribir y hablar en términos sencillos, no olvidemos que este será muchas veces ejercido por dirigente sindicales, lo que dicho de paso son muy buenos e inteligentes y en su mayoría muy sacrificados.

El derecho laboral se caracteriza por ser tuitivo y proteccionista de la parte más débil que es el sujeto trabajador, así fue desde la Revolución Francesa a finales del siglo XVIII, en la que se sentó las bases de la Declaración de los Derechos Humanos, donde se asienta los principios de Libertad, Igualdad y Fraternidad

Señores alumnos, ustedes creen que, con el tiempo, y superada la pandemia del COVID 19 y cuando se quiera investigar los temas referidos, entre ellos como el Trabajo Remoto, ¿le será fácil revisar la legislación que la reguló?, así como sus las ampliaciones. Igual: La Suspensión Perfecta, la Reducción de Horarios de Trabajo, la Rebaja de las Remuneraciones y los Despidos que sufrieron, porque las empresas, no superaron su supervivencia, por estar en cuarentena y no tener ingresos, ¿averiguar a quiénes se les considero Vulnerables y de Alto Riesgo y como se aplicó en la época o le será difícil?, por supuesto que será sumamente difícil por la diversidad y frondosa en su legislación.

No tratamos en este Compendio, en ningún momento la cantidad de fallecidos y el dolor de sus familiares, como consecuencia del COVID -19, para enfocarlo en una investigación del Derecho Laboral netamente académicos, pero si rindiéndose un homenaje a nuestros hermanos fallecidos, y que lo analice en un libro anterior el COVID-19 Y SUS CONSECUENCIAS EN EL DERECHO LABORAL, que recomiendo leer, está colgada en la biblioteca de nuestra Facultad de Derecho

Este Compendio, abarca consultas de derecho individual colectivo y procesal.

Espero haber contribuido con este modesto Compendio sobre el trabajo de consulta y absoluciones creadas por el autor pero a base de preguntas que me formulé sobre situaciones reales , conteste interrogantes planteados en los medios de comunicación y sobre todo en hechos concretos que suceden en nuestra realidad y en la relación entre trabajadores y empleadores , en la vida nacional , todo está basado en hechos que suceden en la realidad y que no se trata de hechos abstractos y fuera del contexto real .

Recientemente la ministra de Trabajo ha planteado un conjunto de temas laborales, entre ellos, el anteproyecto del Código de Trabajo, la Tercerización, el incremento de la Remuneración Mínimo Vital, lo que ha generado una serie de cuestionamiento y críticas de los especialistas y las empresas, ya que estos cambios no han sido sometidos a discusión ni analizados por el Consejo Nacional de Trabajo, el que como sabemos es el que tiene como misión la concertación de políticas en materia laboral, y que están integrados por representantes de los trabajadores empleadores y el Estado.

Hemos tenido que corregir cerca de cincuenta consultas por la promulgación del Decreto Supremo Nro. 014-2022-TR que establece modificaciones al reglamento de negociación colectiva Decreto Supremo Nro. 011-92-TR, esto es para apreciar que el derecho laboral es cambiante.

Estos temas serán objetos de análisis en nuestra futura investigación.

Aparte de las consultas estamos acompañando 20 Casaciones Laborales, relacionadas con las consultas.

Luis Nava Guibert

07 de noviembre de 2022

1. ¿EN QUÉ CONSISTE LA JUBILACIÓN PROPORCIONAL?

Para acogerse al derecho a la jubilación existen dos sistemas:

- 1.- La Oficina de Normalización Provisional ONP (estatal).
- 2.- La Administradora de Fondos de Pensiones AFP (privado).

Ahora bien, para tener derecho a la jubilación en ambos sistemas debes de tener 65 años de edad.

En la ONP para acogerte a este beneficio debes cumplir dos requisitos:

- Tener 65 años de edad y,
- Tener 20 años de aportaciones.

Lo que significa que el trabajador que cumple el primer requisito, pero no el segundo, no tiene derecho a la jubilación, aunque tengas 19 años y 29 días, es decir perdías el derecho a la jubilación.

En más de una ocasión hemos dado opinión que este sistema era un abuso, porque el trabajador no podía perder sus aportaciones, pero lamentablemente los perdía, así como también, al no tener pensión, no tenía derecho a la atención de salud, porque no había de donde descontarle para este beneficio.

El Congreso de la República, en esta última legislatura aprobó un proyecto de ley que señala que los que tienen 65 años de edad, pero menos de 20 años de aportes tendrán una pensión proporcional:

- De 10 a 14 años tendrán una pensión de S/. 250.
- De 14, a 19 años y 11 meses, tendrán una pensión de S/. 350.

Es preciso señalar que a la fecha aquellos ex trabajadores que no llegaron a los 20 años de aportaciones no tenían derecho a pensión.

El Congreso de la República lo remitió al Ejecutivo quien ha promulgado la Ley Nro. 31301 con fecha 21 de julio del 2021 y así los extrabajadores que no llegaron a los 20 años de aportes, tendrán una pensión proporcional y cumplirán un deseo tan anhelado y que son aproximadamente 700,000 exaportantes.

Igualmente, la ley ha otorgado otros beneficios:

-Pensión de jubilación adelantada

Para aquellos hombres o mujeres que cumplan 50 años o más de edad y tengan 25 o más años de aporte.

-Otorgamiento de pensión por discapacidad.

Para los trabajadores que tengan una incapacidad física o mental.

-Continuidad laboral para los pensionistas

Es decir, la realización o el reinicio de labores por parte del pensionista, no suspende la pensión obtenida, recordemos que con la antigua ley si volvía el pensionista a la actividad laboral tenía que dejar en suspenso su pensión, o trabajar ad honorem.

-La intangibilidad de las pensiones

Las cuentas bancarias en las que se depositen las pensiones gozan del privilegio de la intangibilidad, es decir, no pueden ser objeto de descuento o embargo, salvo por alimentos y hasta un máximo de 30%.

-Pago de las pensiones previsionales

Para los nuevos pensionistas el pago se efectuará 12 cuotas mensuales en el año.

2. ¿CÓMO SE REALIZA EL PAGO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL FRENTE AL DESPIDO DEL TRABAJADOR?

Las causas por las cuales se puede despedir a un trabajador están señaladas en el Decreto Supremo Nro. 003-97-TR. Estas causas pueden estar referidas a la capacidad del trabajador conforme lo señala el artículo 23. También están señaladas por la conducta del trabajador que están especificadas en el punto 24.

Las faltas graves por la cual se puede despedir a un trabajador están consignadas en el artículo 25. Cuando un trabajador es despedido en forma arbitraria conforme lo señala el artículo 34, es decir no hay causa justificada o se despide y no se puede probar el trabajador tendrá derecho a una indemnización, señalada en el artículo 38 que es de un sueldo y medio, por cada año de servicio, con un máximo de 12 remuneraciones.

La Corte Suprema, recientemente ha emitido una casación y ha señalado que el trabajador, aparte de esta indemnización por el despido arbitrario tendrá derecho a una indemnización por daño moral, por lo que surge la pregunta ¿Qué es el daño moral? Y lo respondemos de la siguiente manera:

El daño moral se encuentra clasificado dentro del daño extrapatrimonial, pues su contenido no está vinculado a la afectación de bienes materiales y por su naturaleza es incuantificable en dinero. Encontramos que el daño moral es analizado de forma subjetiva, ya que dependerá del sujeto y no de la circunstancia para conocer la magnitud del daño y el menoscabo que este haya producido en la víctima o en su familia, tal como lo señala el artículo 1984 del Código Civil. Algunos autores como Fernando de Trazegnies (2016) consideran al daño moral como una “reminiscencia de la vieja idea de la venganza” (página 91), esto en razón a que su peculiar aparición no responde a un sentido de reparación como tal, es decir, de recomponer la situación actual a la de antes de producida del daño, sino a una propia consecuencia inmaterial de la afectación introspectiva del agraviado. Por otro lado, el Derecho Comparado expresa una definición del daño moral como el *pretium doloris*, es decir el precio o pago que se hace por el dolor ocasionado, esto relaciona el padecimiento interno y abstracto de una persona, que no es visible por el común denominador sino únicamente por quien lo padece, con una responsabilidad pecuniaria por parte de quien causó el daño. Consideramos sobre el particular que el daño moral en el Perú es el producto de la afectación de la personalidad física y/o moral de una persona, a sus sentimientos y a su sensación de bienestar consigo mismo y con la sociedad.

La Corte Suprema ha señalado que la empresa debe resarcir a los trabajadores por daño moral: 1. Si al despedir desconoce los derechos laborales, 2. Que, al hacerlo afecta su nivel, calidad y derecho de vida, porque al despedirlo lo están privando de sus ingresos para sostenerse él y su familia.

En relación a estos puntos debemos concluir que la casación considera que existe daño moral cuando:

- Se ha afectado el prestigio y la imagen del trabajador.
- Cuando se ha afectado a un proveedor de la alimentación de él y de la familia, a la calidad de la vida, al privarle de sus ingresos, violando el artículo 24.

En relación al primer punto decimos:

El artículo segundo de la Constitución en su numeral 14) señala “toda persona tiene derecho ... a trabajar libremente, con sujeción a la ley”, el artículo 23 tercer párrafo “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

En relación al segundo punto decimos:

El contrato de trabajo tiene tres elementos principales:

1. La prestación del servicio.
2. El pago de su remuneración.
3. La subordinación.

Las remuneraciones son derechos fundamentales de la persona, los artículos 23 y 24 señalan “nadie está obligado a prestar trabajo sin remuneración...”, “el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador ...”.

El artículo 25 señala cuales son las causas graves por la cual se puede despedir a un trabajador y muchas de ellas denigran al trabajador, lo desprestigian y afectan su honor, indudablemente que cuando el empleador invoca una de estas causales y no lo puede demostrar, está perjudicando y dañando la imagen del trabajador, ante la sociedad, su entorno familiar y amical, a tal grado que se será difícil conseguir otro trabajo. En este supuesto de acuerdo a casatoria de la Corte Suprema, el trabajador debería ser merecedor de una indemnización por daño moral, por poner un ejemplo podemos decir si a usted lo despiden por utilización o disposición de los bienes de la empresa, por concurrir en estado de embriaguez o bajo los efectos de estupefacientes, es decir, una causal que si te dañe tu prestigio frente a terceros y que eviten que te puedas conseguir un nuevo trabajo, en ese caso serías merecedor a la indemnización por daño moral, más aún, en la sentencia se declararía infundado el despido.

Con respecto al otro punto de ser proveedor de la alimentación considero que todo aquel que trabaja es proveedor de su alimentación y de su familia, el artículo 23 de la Constitución, señala que nadie está obligado a trabajar sin remuneración alguna, igualmente el artículo 6 del DS, señala que la remuneración es lo que percibe el trabajador ya sea en dinero o en especie y es un libre disposición la persona trabaja

para el bienestar de su persona y a su familia conforme lo señala el artículo 24 de la Constitución, entonces es muy difícil aquel que trabaje que puedan decir que no es proveedor de alimentación.

En mi concepto se estaría abriendo un campo muy amplio y difícil de demostrar que no es cierto, sobre todo si el trabajador alega que con ese ingreso ayuda en la alimentación de su familia, el empleador no podrá demostrar lo contrario.

En los últimos tiempos un trabajador despedido normalmente es demandado por la indemnización señalado en artículo 38, además por daño moral por lucro cesante y muchas veces por daño emergente, del daño moral y ya hemos dicho en que consiste.

El lucro cesante consiste en la pérdida de incrementar el patrimonio de una persona a consecuencia del daño sufrido, es decir, lo que deja de percibir o de ganar para su riqueza. Así el lucro cesante se manifiesta en la posibilidad cierta de que una persona, de no haber sufrido el daño, pudiera haber obtenido un aumento en su patrimonio, ya sea porque desarrollaba una determinada actividad, profesión y oficio y ya no lo puede hacer, ni recibir el pago por ello, a consecuencia de un despido. Se puede decir que no afecta un patrimonio actual de quien sufre el daño, pero si su expectativa de tenerlo en el futuro, pese a no ser determinado en el momento de la producción del daño, si debe de ser determinable, es decir posible de determinar para establecer un monto indemnizatorio.

El daño emergente, pertenece a la categoría de daños patrimoniales, este se establece sobre el patrimonio actual del lesionado y el nexo causal se relaciona entre el daño y lo que sobreviene de este sobre los bienes del sujeto afectado. Por lo que aquí se trabaja con una certeza mayor a la del lucro cesante, pues si es posible conocer todo lo que está directamente vinculado con la producción del daño, ya que no será necesario un estudio para observar las posibilidades, sino que únicamente se observará el empobrecimiento o disminución del patrimonio del afectado para poder determinar que estamos frente a un daño emergente.

En nuestro concepto cuando consignan la indemnización por despido arbitrario en el Decreto Supremo, justamente estaba contemplando estos daños.

Posteriormente se han incorporado, casi una forma estable en las demandas, los daños antes mencionados (Moral – Lucro Cesante – Emergente).

Nosotros somos de la opinión:

1. Que, en caso del despido invocado dañe su prestigio, la imagen del trabajador y no se ha podido demostrar la causal, si pueda demandar y se debe ordenar la indemnización por daño moral.
2. También, si es un trabajador de muchos años y ha tenido un correcto comportamiento y es despedido, de un momento a otro, y no puedan probar los invocados, también podría demandar además lucro cesante pero siempre y cuando no esté trabajando después del despido en otra empresa.
3. Podría existir daño emergente en caso, el trabajador desempeñe trabajo remoto o teletrabajo y se dañe sus aparatos tecnológicos o herramientas de trabajo a causa del despido.

4. Despedir a un trabajador, ahora le saldrá oneroso a un empleador, estoy seguro de que la casación lo que buscaría es que no se cometan abusos y no se despida al trabajador en forma injusta y en forma arbitraria.

Fuente citada en el texto

De Trazegnies Grande, Fernando (2016). *La Responsabilidad Extracontractual*. 8° edición corregida y aumentada. Tomo II. Lima, Perú: ARA Editores E.I.R.L.

3. EL COVID Y SUS CONSECUENCIAS ¿ESTAMOS OBLIGADOS A ENVIAR A NUESTROS HIJOS AL COLEGIO?

Se nos consulta si los padres estamos obligados a enviar a nuestros hijos a las clases semipresenciales que comenzarán algunos colegios, al respecto opinamos:

El Supremo Gobierno, el día sábado 4, expidió el Decreto Supremo Nro. 151-2021-PCM, mediante la cual establece nuevas normas de convivencia en relación al Covid-19.

A través de este decreto está estableciendo normas más benignas para el comportamiento de la población frente a esta pandemia que tantos muertos ha ocasionado a nuestro país, entre las medidas están:

- Pasar a la condición de alerta moderada a una gran cantidad de provincias entre ellas Lima, hasta el 19 de setiembre.
- Toque de queda a partir de la 1 a 4 am, entre otras.

Escuché una entrevista al ex Ministro de Salud Dr. Hernando Cabellos, quien ha manifestado que la tercera ola será para mediados de setiembre.

Que, está elevándose los contagios de la Ola Delta.

Que ha aparecido reducido, pero aparecido la Ola MU.

Igualmente se ha publicado una lista de colegios que efectuarán clases semipresenciales.

Yo pregunto, será para los alumnos de todas las edades de esos colegios, donde hay niños desde los 06 años, por más que les digas que guarden la distancia será muy difícil de cumplir, porque los niños siempre se juntan, si lo hacen los mayores que podemos esperar de los niños.

Los niños entre los 06 años y jóvenes de 18 años no los habíamos vacunado en ese entonces contra el COVID, no los estaremos enviando al canal de la muerte o esperaremos que se enfermen y mueran algunos para vacunarlos.

Quien asumirá la responsabilidad por esta decisión si ocurre una desgracia, es posible que se echen la culpa, entre el encargado del ministerio de salud y educación, y evadiendo las responsabilidades asumidas, y ya habremos expuesto a nuestros niños y jóvenes de estos 16 colegios.

Estamos de acuerdo que debe iniciar las clases presenciales, pero comencemos primero con vacunar a los alumnos y luego iniciemos las clases no seamos tan irresponsables señores ministros.

En el capítulo de los derechos fundamentales de la persona, en el artículo 1 señala la Constitución Política del Perú “la defensa de la persona humana y respecto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

El artículo 23 de la Constitución “el trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre del menor de edad...”

Entonces es obligación del Estado proteger al niño, al menor, pues comencemos a hacerlo y no hagamos un trabajo incompleto, con eventuales y graves riesgos.

Acompañamos a continuación el Decreto Supremo N° 151-2021-PCM – Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo N° 184-2020-PCM.

Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo N° 184-2020-PCM

DECRETO SUPREMO

N° 151-2021-PCM

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, los artículos 7 y 9 de la Constitución Política del Perú establecen que todos tienen derecho a la protección de su salud, del medio familiar y de la comunidad, y que el Estado determina la política nacional de salud, correspondiendo al Poder Ejecutivo normar y supervisar su aplicación, siendo responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizada para facilitar a todos, el acceso equitativo a los servicios de salud;

Que, el artículo 44 de la Constitución prevé que son deberes primordiales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación;

Que, los artículos II, VI y XII del Título Preliminar de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, establecen que la protección de la salud es de interés público y que es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud de la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad, siendo irrenunciable la responsabilidad del Estado en la provisión de servicios de salud pública. El Estado interviene en la provisión de servicios de atención médica con arreglo al principio de equidad, siendo posible establecer

limitaciones al ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, al libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, así como al ejercicio del derecho de reunión en resguardo de la salud pública;

Que, mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA, se declara la emergencia sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y se dictaron medidas para la prevención y control para evitar la propagación del COVID-19, la misma que fue prorrogada por los Decretos Supremos N° 020-2020-SA, N° 027-2020-SA, N° 031-2020-SA, N° 009-2021-SA y N° 025-2021-SA, hasta el 01 de marzo de 2022;

Que, por el Decreto Supremo N° 184-2020-PCM, Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de las personas a consecuencia de la COVID-19 y establece las medidas que debe seguir la ciudadanía en la nueva convivencia social, se declara el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de treinta y un (31) días calendario, quedando restringido el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio, comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f) del mismo artículo de la Constitución Política del Perú; el mismo que fue prorrogado por los Decretos Supremos N° 201-2020-PCM, N° 008-2021-PCM, N° 036-2021-PCM, N° 058-2021-PCM, N° 076-2021-PCM, N° 105-2021-PCM, N° 123-2021-PCM, N° 131-2021-PCM y N° 149-2021-PCM, hasta el 30 de setiembre de 2021;

Que, en el marco de lo establecido en la Única Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 149-2021-PCM, y considerando el contexto actual, resulta necesario dictar nuevas medidas de convivencia social y ampliar la fecha de vigencia de las restricciones al ejercicio de los derechos constitucionales, así como modificar el nivel de alerta en las provincias que se vienen aplicando algunas de estas restricciones, con el fin de proteger los derechos fundamentales a la vida y a la salud de los/as peruanos/as;

De conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 14 del artículo 118 y el numeral 1 del artículo 137 de la Constitución Política del Perú; y, la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; y;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

DECRETA:

Artículo 1.- Modificación del artículo 8 del Decreto Supremo N° 184-2020-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 131-2021-PCM, el Decreto Supremo N° 144-2021-PCM y el Decreto Supremo N° 149-2021-PCM

Modifícase el artículo 8 del Decreto Supremo N° 184-2020-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 131-2021-PCM, el Decreto Supremo N° 144-2021-PCM y el Decreto Supremo N° 149-2021-PCM, con el siguiente texto:

“Artículo 8.- Nivel de Alerta por Provincia y limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas

8.1 Apruébase el Nivel de Alerta por Provincia, conforme al siguiente detalle:

Nivel de Alerta Moderado	Nivel de Alerta Alto		Nivel de Alerta Muy Alto		Nivel de Alerta Extremo
	<i>Todas las demás provincias que no se encuentran en los niveles superiores</i>	Luya	Chucuito	-	-
Chachapoyas		El Collao	-	-	-
Cangallo		Huanca né	-	-	-
La Mar		Lampa	-	-	-
Paucar del Sara Sara		Sandia	-	-	-
Azángaro		Yunguyo	-	-	-
Carabaya		Tahuamanu	-	-	-

Hasta el 19 de setiembre de 2021, se dispone la inmovilización social obligatoria de todas las personas en sus domicilios, según el Nivel de Alerta por Provincia, conforme al siguiente detalle:

Nivel de alerta moderado: De lunes a domingo desde las 01:00 horas hasta las 4:00 horas.

Nivel de alerta alto: De lunes a domingo desde las 23:00 horas hasta las 4:00 horas del día siguiente.

Nivel de alerta muy alto: De lunes a domingo desde las 22:00 horas hasta las 4:00 horas del día siguiente.

Nivel de alerta extremo: De lunes a sábado desde las 21:00 horas hasta las 4:00 horas del día siguiente; y los domingos desde las 4:00 horas hasta las 4:00 horas del día siguiente.

Durante la inmovilización social obligatoria, se exceptúa al personal estrictamente necesario que participa en la prestación de los servicios de salud, medicinas, servicios financieros, abastecimiento de tiendas de primera necesidad, supermercados, mercados, mercados itinerantes y bodegas, servicio de restaurante para entrega a domicilio y recojo en local (según lo dispuesto en el numeral 14.2 del artículo 14 de la presente norma), la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustibles, telecomunicaciones y actividades conexas, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios, transporte de carga y mercancías y actividades conexas, actividades relacionadas con la reanudación de actividades económicas, transporte de caudales, esto último según lo estipulado por el

Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Durante la inmovilización social obligatoria se permite que las farmacias y boticas puedan brindar atención de acuerdo a la norma de la materia.

El personal de prensa escrita, radial o televisiva podrá transitar durante el período de inmovilización social obligatoria siempre que porten su pase personal laboral, su credencial periodística respectiva y su Documento Nacional de Identidad para fines de identificación. La autorización también es extensiva para las unidades móviles que los transporten para el cumplimiento de su función.

También se permite el desplazamiento con vehículo particular o peatonal de aquellas personas que requieren de una atención médica urgente o de emergencia por encontrarse en grave riesgo su vida o salud; así como, para la adquisición de medicamentos y para participar en el proceso de vacunación, sin restricciones por la inmovilización social obligatoria, incluyendo a un acompañante.

8.2 Las limitaciones a la libertad de tránsito no aplican al personal extranjero debidamente acreditado en el Perú de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y representaciones de organismos internacionales, que se desplacen en el cumplimiento de sus funciones.

8.3 Las limitaciones a la libertad de tránsito no aplican a las actividades de construcción, operación, conservación, mantenimiento y, en general, toda aquella actividad directa o indirectamente relacionada con la Red Vial Nacional, Departamental o Vecinal, quedando excluidas del Estado de Emergencia Nacional, ya sea que esas actividades sean desarrolladas directamente por entidades de cualquiera de esos niveles de gobierno y/o por terceros contratados por ellos, incluyendo, pero no limitándose, a concesionarios o contratistas.

Para ello deberán cumplir con su Plan para la Vigilancia, Prevención y Control de la COVID-19 en el trabajo.

8.4 En todos los casos, es obligatorio el uso de mascarilla para circular por las vías de uso público; así como, el uso de doble mascarilla (una de las cuales podrá ser de tela) para el ingreso a establecimientos con riesgo de aglomeración, tales como: centros comerciales, galerías, conglomerados, tiendas por departamentos, tiendas de abastecimiento de productos básicos, supermercados, mercados, bodegas y farmacias, recomendándose el uso adicional del protector facial en estos establecimientos.

El Ministerio de Salud, en coordinación con otras entidades componentes del Sector Salud, realiza una vigilancia epidemiológica intensiva a fin de identificar cualquier incremento de casos localizados de personas afectadas por la COVID-19, y tomar medidas inmediatas de control.

8.5 Los infractores a las disposiciones sanitarias y las relativas al estado de emergencia nacional, que no hayan cumplido con pagar la multa impuesta por las infracciones cometidas durante el estado de emergencia nacional y demás normas emitidas para proteger la vida y la salud de la población por el contagio de la COVID-19, estarán impedidos de realizar cualquier trámite ante cualquier entidad del Estado; sin perjuicio de ello, las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad y estén debidamente registradas en los padrones de los programas sociales, así como, de los subsidios monetarios, entre otros, seguirán siendo beneficiarios de cualquier programa estatal de apoyo económico, incentivos, alimentario y sanitario, recibiendo las prestaciones que les corresponda.

8.6 Dispóngase el fortalecimiento del control migratorio en la frontera norte del país, con la finalidad de dar estricto cumplimiento a la normatividad vigente sobre la materia.

8.7 Los peruanos, extranjeros residentes y extranjeros no residentes que ingresen a territorio nacional, únicamente en calidad de pasajeros e independientemente del país de procedencia, deben contar con una prueba molecular negativa en las últimas 72 horas si no están protegidos con dos dosis de vacuna. Aquellas personas cuyo resultado sea positivo, ingresan a aislamiento obligatorio, según regulaciones sobre la materia.

Suspéndase hasta el 19 de setiembre de 2021, el ingreso al territorio nacional de extranjeros no residentes de procedencia de la República de Sudáfrica, o que hayan realizado escala en este lugar en los últimos catorce (14) días calendario.

Los peruanos y extranjeros residentes que ingresen al territorio nacional provenientes de la República de Sudáfrica, o que hayan realizado escala en este lugar, realizarán cuarentena obligatoria en su domicilio, hospedaje u otro centro de aislamiento temporal por un periodo de catorce (14) días calendario, contados desde el arribo al territorio nacional.

8.8 Dispóngase que, para el uso de playas, ríos, lagos o lagunas, ubicadas en las provincias que se encuentran en el nivel de alerta moderado, se deben respetar las normas sanitarias emitidas por la Autoridad Sanitaria Nacional, sin generar aglomeraciones, concentraciones, ni poner en riesgo la salud de las personas. Para los niveles alto y muy alto, los Gobiernos Locales adoptarán las acciones correspondientes en coordinación con los Gobiernos Regionales y sus respectivas Direcciones Regionales de Salud de acuerdo a lo estipulado por la Autoridad Sanitaria Nacional. En el nivel muy alto pueden incluso cerrar las playas, ríos, lagos o lagunas, en caso de incumplir las normas.

Artículo 2.- Modificación del artículo 14 del Decreto Supremo N° 184-2020-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 131-2021-PCM, el Decreto Supremo N° 144-2021-PCM y el Decreto Supremo N° 149-2021-PCM

Modifícase el artículo 14 del Decreto Supremo N° 184-2020-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 131-2021-PCM, el Decreto Supremo N° 144-2021-PCM y el Decreto Supremo N° 149-2021-PCM con el siguiente texto:

“Artículo 14.- De las restricciones Focalizadas

14.1 Hasta el 19 de setiembre del 2021, en las provincias que se encuentran en el nivel de alerta extremo, no se hará uso de las zonas de descanso de arena o piedras inmediatamente colindantes con el mar, de la zona de mar, ni de la ribera de ríos, lagos o lagunas, con las excepciones previstas en el artículo 13 del presente Decreto Supremo, según corresponda. Se permite la realización de deportes acuáticos sin contacto y con distanciamiento físico o corporal.

14.2 Según el Nivel de Alerta por Provincia, hasta el 19 de setiembre de 2021, las siguientes actividades económicas; así como, los templos y lugares de culto, tendrán el siguiente aforo (en todos los casos con protocolos y previa autorización de los gobiernos locales en el marco de sus competencias):

a) *Nivel de alerta moderado:*

• Actividades en espacios cerrados:

Centros comerciales, galerías comerciales, tiendas por departamento, tiendas en general y conglomerados: 50%

Tiendas de abastecimiento de productos de primera necesidad, supermercados, mercados, bodegas y farmacias: 60%

Restaurantes y afines en zonas internas: 60%

Casinos y tragamonedas: 50%

Cines y artes escénicas: 50%

Bancos y otras entidades financieras: 60%

Templos y lugares de culto: 50%

Bibliotecas, museos, centros culturales y galerías de arte: 60%

Actividades de clubes y asociaciones deportivas (deportes con contacto): 60%

Actividades de clubes y asociaciones deportivas (deportes sin contacto): 60%

Eventos empresariales y profesionales: 60%

Peluquería y Barbería: 60%

Spa, Baños turcos, sauna: 60%

Coliseos (vacunados con 2 dosis):20%

Gimnasios: 50%

• Actividades en espacios abiertos (respetando aforo y protocolos, previa autorización de los gobiernos locales en el marco de sus competencias):

Artes escénicas

Enseñanza cultural

Restaurantes y afines en zonas al aire libre

Áreas naturales protegidas, jardines botánicos, monumentos o áreas arqueológicas, museos al aire libre y zoológicos

Actividades de clubes y asociaciones deportivas al aire libre

Eventos empresariales y profesionales al aire libre

Mercados itinerantes

Estadios deportivos (vacunados con 2 dosis): 20%

b) Nivel de alerta alto:

• *Actividades en espacios cerrados:*

Centros comerciales, galerías comerciales, tiendas por departamento, tiendas en general y conglomerados: 40%

Tiendas de abastecimiento de productos de primera necesidad, supermercados, mercados, bodegas y farmacias: 50%

Restaurantes y afines en zonas internas: 50%

Casinos y tragamonedas: 40%

Cines y artes escénicas: 40%

Bancos y otras entidades financieras: 60%

Templos y lugares de culto: 40%

Bibliotecas, museos, centros culturales y galerías de arte: 50%

Actividades de clubes y asociaciones deportivas (deportes con contacto): 50%

Actividades de clubes y asociaciones deportivas (deportes sin contacto): 50%

Eventos empresariales y profesionales: 50%

Peluquería y Barbería: 50%

Spa, Baños turcos, sauna: 40%

Coliseos: 0%

Gimnasios: 40%

• *Actividades en espacios abiertos* (respetando aforo y protocolos, previa autorización de los gobiernos locales en el marco de sus competencias):

Artes escénicas

Enseñanza cultural

Restaurantes y afines en zonas al aire libre

Áreas naturales protegidas, jardines botánicos, monumentos o áreas arqueológicas, museos al aire libre y zoológicos

Actividades de clubes y asociaciones deportivas al aire libre

Eventos empresariales y profesionales al aire libre

Mercados itinerantes

Estadios deportivos: 0%

c) Nivel de alerta muy alto:

• *Actividades en espacios cerrados:*

Centros comerciales, galerías comerciales, tiendas por departamento, tiendas en general y conglomerados: 30%

Tiendas de abastecimiento de productos de primera necesidad, supermercados, mercados, bodegas y farmacias: 40%

Restaurantes y afines en zonas internas: 30%

Casinos y tragamonedas: 20%

Cines y artes escénicas: 30%

Bancos y otras entidades financieras: 50%

Templos y lugares de culto: 30%

Bibliotecas, museos, centros culturales y galerías de arte: 40%

Actividades de clubes y asociaciones deportivas (deportes con contacto): 40%

Actividades de clubes y asociaciones deportivas (deportes sin contacto): 40%

Eventos empresariales y profesionales: 30%

Peluquería y Barbería: 30%

Spa, Baños turcos, sauna: 20%

Coliseos: 0%

Gimnasios: 30%

Transporte interprovincial terrestre de pasajeros: 50% regulado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y con uso de doble mascarilla.

• *Actividades en espacios abiertos* (respetando aforo y protocolos, previa autorización de los gobiernos locales en el marco de sus competencias):

Artes escénicas

Enseñanza cultural

Restaurantes y afines en zonas al aire libre

Áreas naturales protegidas, jardines botánicos, monumentos o áreas arqueológicas, museos al aire libre y zoológicos

Actividades de clubes y asociaciones deportivas al aire libre

Eventos empresariales y profesionales al aire libre

Mercados itinerantes

Estadios deportivos: 0%

d) Nivel de alerta extremo:

• *Actividades en espacios cerrados:*

Centros comerciales, galerías comerciales, tiendas por departamento, tiendas en general y conglomerados: 20%

Tiendas de abastecimiento de productos de primera necesidad, supermercados, mercados, bodegas y farmacias: 30%

Restaurantes y afines en zonas internas: 0%

Casinos y tragamonedas: 0%

Cines y artes escénicas: 0%

Bancos y otras entidades financieras: 30%

Templos y lugares de culto: 0%

Bibliotecas, museos, centros culturales y galerías de arte: 20%

Actividades de clubes y asociaciones deportivas (deportes con contacto): 0%

Actividades de clubes y asociaciones deportivas (deportes sin contacto): 20%

Eventos empresariales y profesionales: 0%

Peluquería y Barbería: 20%

Spa, Baños turcos, sauna: 0%

Coliseos: 0%

Gimnasios: 0%

Transporte interprovincial terrestre de pasajeros: 50% regulado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y con uso de doble mascarilla.

Servicio de restaurante para entrega a domicilio (delivery): las 24 horas.

Servicio de farmacia para entrega a domicilio (delivery): las 24 horas.

• Actividades en espacios abiertos (respetando aforo y protocolos, previa autorización de los gobiernos locales en el marco de sus competencias):

Artes escénicas

Enseñanza cultural

Restaurantes y afines en zonas al aire libre

Áreas naturales protegidas, jardines botánicos, monumentos o áreas arqueológicas, museos al aire libre y zoológicos

Actividades de clubes y asociaciones deportivas al aire libre

Eventos empresariales y profesionales al aire libre

Mercados itinerantes

Estadios deportivos: 0%

14.3 Los gobiernos locales regulan la actividad económica de los conglomerados en sus jurisdicciones, con la finalidad de reducir el riesgo de actividades en lugares cerrados sin adecuada ventilación y el riesgo de aglomeraciones, teniendo en consideración los siguientes lineamientos:

- Establecer la adecuada ventilación de espacios cerrados.

- Delimitar espacios físicos y cierre de accesos, con el objeto de controlar y diferenciar las zonas de entrada y de salida.

- Establecer límites de aforo y horarios de supervisión en las horas de alta afluencia del público.

- Implementar medidas idóneas para efectuar el control efectivo de aforos.

- *Facilitar el uso de los espacios públicos al aire libre para asegurar el distanciamiento físico o corporal.*

14.4 En las actividades económicas señaladas en los cuatro (4) niveles de alerta, se podrán realizar transacciones por medios virtuales, entregas a domicilio (delivery) y recojo en local para el caso de restaurantes y afines, en los horarios establecidos. Asimismo, los establecimientos comerciales deben cerrar una (1) hora antes del inicio de la inmovilización social obligatoria, con excepción de los ubicados en la provincia de Lima del departamento de Lima y en la provincia constitucional del Callao, que deben cerrar al menos dos (2) horas antes. Las actividades económicas no contempladas en el presente artículo y sus aforos, se rigen según lo establecido en las fases de la reanudación de actividades económicas vigentes; con excepción del nivel de alerta extremo, en el que rigen las siguientes actividades:

Agricultura, pecuario, caza y silvicultura:

- *Todas las actividades del rubro, insumos y servicios conexos.*

Pesca y acuicultura:

- *Todas las actividades del rubro, insumos y servicios conexos.*

Energía, hidrocarburos y minería:

- *Todas las actividades del rubro, insumos y servicios conexos.*

Manufactura primaria y no primaria:

- *Todas las actividades del rubro, insumos y servicios conexos.*

Construcción:

- *Todas las actividades del rubro, insumos y servicios conexos. Incluye proyectos de interés nacional (licencias, trámites, adquisición y transporte de bienes, servicios y personal, así como actividades relacionadas a la cadena logística).*

- *Actividades de arquitectura e ingeniería para trámites de licencias, supervisión, inspección de obra y levantamiento de información.*

Comercio:

- *Mantenimiento y reparación de vehículos no motorizados, vehículos automotores y motocicletas.*

- *Servicios de adquisición, producción y abastecimiento de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad.*

Servicios a la ciudad:

- *Evacuación de aguas residuales.*

- *Captación, tratamiento y distribución de agua.*

- *Actividades de prevención de riesgos de desastres.*
- *Mantenimiento de espacios públicos y áreas verdes.*
- *Limpieza y recojo de residuos sólidos.*

Servicios generales:

- *Asistencia y cuidado a personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes, dependientes, personas con discapacidad o personas en situación de vulnerabilidad.*
- *Servicios y establecimientos de salud, incluye odontología, rehabilitación, reproducción asistida, diagnóstico, oftalmología, veterinarias.*

Servicios básicos:

- *Servicio de transporte terrestre regular de ámbito provincial.*
- *Transporte de carga, mercancías, encomiendas, mudanzas y caudales, en todas sus modalidades y actividades conexas.*
- *Transporte de pasajeros por vía férrea, marítima y fluvial, incluye cabotaje.*
- *Transporte de caudales.*
- *Servicios de almacenamiento en general.*
- *Actividades de servicios vinculadas al transporte aéreo, férreo, terrestre, marítimo y fluvial, incluye cabotaje.*
- *Actividades aeronáuticas no comerciales.*
- *Actividades relacionadas al transporte aéreo.*
- *Actividades de mensajería (servicio postal, encomiendas, delivery).*
- *Hoteles categorizados, hospedaje (apart hotel) y transporte turístico.*
- *Albergues, hostales y establecimientos de hospedaje no clasificados y categorizados.*
- *Entrega de inmuebles y servicios post venta.*
- *Servicios vinculados a telecomunicaciones (incluida la radiodifusión), como instalación, despliegue, mantenimiento preventivo y correctivo de redes para servicios públicos de telecomunicaciones.*
- *Actividades de telecomunicaciones alámbricas, inalámbricas y satélite, otras actividades de telecomunicación y otras actividades de servicios de apoyo a las empresas n.c.p (como por ejemplo los proveedores de infraestructura pasiva).*

- *Actividades postales y de mensajería.*
- *Servicios de infraestructura en telecomunicaciones: instalación, despliegue, mantenimiento preventivo y correctivo de infraestructura y redes para servicios públicos de telecomunicaciones.*
- *Puntos de ventas de servicios de telecomunicaciones ubicados en supermercados, mercados, bodegas y farmacias.*
- *Diseño, Instalación, Implementación, operación y mantenimiento de los proyectos públicos y privados de redes de telecomunicaciones y de infraestructura de radiodifusión.*
- *Servicios de telecomunicaciones: con alcance a las empresas operadoras de telecomunicaciones, así como a los contratistas y proveedores de dichas operadoras; además, es aplicable para el trabajo administrativo, en centrales de monitoreo-NOC, call centers, instalación de servicios o atención de averías, actividades de venta y delivery.*
- *Centros de atención al cliente o similares de servicios de telecomunicaciones, conforme a lo regulado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.*
- *Servicios ofrecidos por centros de inspección técnica vehicular, centros de revisión periódica de cilindros, certificadoras y talleres de conversión de GNV, certificadoras y talleres de conversión de GLP, entidades certificadoras de conformidad, modificación, fabricación y montaje de vehículos, entidades verificadoras de vehículos y entidades certificadoras de vehículos de colección.*
- *Centros de evaluación, escuelas de conductores, entidades habilitadas para expedir certificados de salud, centros de emisión de licencias de conducir, entidades de capacitación en el manejo de materiales y/o residuos peligrosos.*
- *Medios de comunicación.*
- *Entidades financieras, seguros y pensiones y actividades conexas.*
- *Servicios funerarios.*
- *Servicios de lavandería, ferreterías, servicios de limpieza.*
- *Alquiler y arrendamiento operativo de vehículos automotores.*
- *Servicios notariales.*
- *Servicios de reciclaje.*
- *Actividades de envase y empaque.*
- *Servicios de almacenamiento de abonos y materias primas agropecuarias, artículos de plásticos, vidrio, papel, cartones, aserradura de madera, hielo para actividades en general.*

- *Servicios de carpintería, gasfitería, electricidad, mantenimiento de artefactos y reparación de equipos, incluye mantenimiento de equipo relacionado a edificaciones y hogares.*
- *Actividades de producción, almacenamiento, comercialización, transporte, y distribución para la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, gas de uso doméstico y combustibles.*
- *Actividades de transporte para la continuidad de servicios públicos (agua, saneamiento, gas, entre otros).*
- *Transporte aéreo: vuelos nacionales e internacionales conforme a lo regulado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.*
- *Servicio de transporte terrestre especial de personas en la modalidad de taxi.*
- *Servicios de transporte terrestre de trabajadores en todos los ámbitos.*
- *Servicio de transporte terrestre de personas en vehículos menores.*
- *Producción audiovisual para medios de comunicación.*
- *Registro y transmisión de artes escénicas, incluido teatro, danza, circo y música*
- *Actividades deportivas federadas priorizadas por el Ministerio de Educación, a través del Instituto Peruano del Deporte, con protocolos aprobados en coordinación con el Ministerio de Salud.*

Servicios complementarios:

- *Actividades de centrales telefónicas, incluye call centers con 50% de aforo.*
- *Ensayos y análisis técnicos para las actividades económicas permitidas.*
- *Investigación, innovación y desarrollo experimental relacionadas a las actividades económicas permitidas.*
- *Actividades de las sedes centrales.*
- *Actividades combinadas de apoyo a instalaciones asociadas a los servicios de limpieza, apoyo a edificios y mantenimiento de jardines.*
- *Alquiler y arrendamiento operativo de otros tipos de maquinarias, equipos y bienes tangibles.*
- *Actividades de seguridad privada.*
- *Servicios de transporte.*
- *Venta y distribución de medios de comunicación impresos.*
- *Actividades para la organización de procesos electorales.*

- *Actividades de servicio de sistemas de seguridad.*

- *Actividades de soporte de TI y reparación de equipos de cómputo.”*

Artículo 3.- Vigencia

El presente Decreto Supremo entra en vigencia a partir del día 6 de setiembre de 2021.

Artículo 4.- Refrendo

El presente Decreto Supremo es refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro del Interior, el Ministro de Defensa, el Ministro de Relaciones Exteriores, el Ministro de Salud, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, la Ministra de Desarrollo e Inclusión Social, el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, el Ministro de Comercio Exterior y Turismo, el Ministro de Transportes y Comunicaciones, el Ministro de Educación, el Ministro de Economía y Finanzas, el Ministro de Energía y Minas, el Ministro de Vivienda, Construcción y Saneamiento, el Ministro de Desarrollo Agrario y Riego, el Ministro de la Producción, la Ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Ministro del Ambiente, y el Ministro de Cultura.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los tres días del mes de setiembre del año dos mil veintiuno

JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES

Presidente de la República

GUIDO BELLIDO UGARTE

Presidente del Consejo de Ministros

ROBERTO SÁNCHEZ PALOMINO

Ministro de Comercio Exterior y Turismo

CIRO GÁLVEZ HERRERA

Ministro de Cultura

PEDRO FRANCKE BALLVÉ

Ministro de Economía y Finanzas

JUAN RAÚL CADILLO LEÓN

Ministro de Educación

IVÁN MERINO AGUIRRE

Ministro de Energía y Minas

y Encargado del Despacho

del Ministerio del Ambiente

WALTER AYALA GONZÁLES

Ministro de Defensa

VÍCTOR RAÚL MAITA FRISANCHO

Ministro de Desarrollo Agrario y Riego

DINA ERCILIA BOLUARTE ZEGARRA

Ministra de Desarrollo e Inclusión Social

JUAN MANUEL CARRASCO MILLONES

Ministro del Interior

ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ

Ministro de Justicia y Derechos Humanos

ANAHÍ DURAND GUEVARA

Ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

YVÁN QUISPE APAZA

Ministro de la Producción

OSCAR MAÚRTUA DE ROMAÑA

Ministro de Relaciones Exteriores

HERNANDO CEVALLOS FLORES

Ministro de Salud

JUAN FRANCISCO SILVA VILLEGAS

Ministro de Transportes y Comunicaciones

IBER ANTENOR MARAVÍ OLARTE

Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo

GEINER ALVARADO LÓPEZ

1988484-1

4. ¿LAS REMUNERACIONES PUEDEN SER EMBARGADAS?

La remuneración es un elemento del contrato de trabajo, es lo que percibe el trabajador en dinero o en especie y es de su libre disposición, así lo establece el artículo sexto del Decreto Supremo N° 003-97-TR el que a la letra dice:

Artículo 6.- Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga siempre que sea de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entregue al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituye o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efectos de cálculo de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgados bajo la modalidad de suministro indirecto”.

El artículo 23 último párrafo de la Constitución señala que nadie está obligado a prestar servicios sin su libre consentimiento, igualmente señala que nadie debe realizar labores sin pago alguno, esto se hizo porque en el Estado laboraban años trabajadores, sin sueldo, con la esperanza que los nombraran, eran los famosos meritorios.

El artículo 24 de la propia Constitución señala:

“Artículo 24.- el Trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia el bienestar material y espiritual.

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador.

Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”.

La remuneración es un derecho fundamental de las personas, tal es el caso que el Estado en coordinación con los representantes de los trabajadores de los empleadores y del gobierno establecen la remuneración mínima a percibir y que servirá para el bienestar del trabajador y la familia.

Se nos consulta si las remuneraciones pueden ser embargadas, al respecto debemos decir que las remuneraciones gozan de protección, el artículo 648 numeral 6 del Código Civil señala “Artículo 648.6. Son inembargables las remuneraciones y pensiones, cuando no exceda de 5 unidades de referencia procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte. Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procederá hasta el 60% del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley.”

Analizando el artículo apreciamos que las cinco primeras unidades de referencia son inembargables y del exceso sólo se puede embargar hasta un 30% y tratándose de alimentos hasta un 50%, entonces nuestra primera conclusión es que las remuneraciones sólo pueden ser embargados parcialmente.

El trabajador recibe su remuneración a través del sistema financiero, la ley ha establecido que el trabajador, cuando ingresa a laborar, debe comunicar al empleador en qué entidad financiera quiere que le deposite su remuneración y en caso de no hacerlo el empleador escogerá la entidad y el trabajador podrá retirar el día y la forma, como lo retiras.

A esa cuenta que deposita el empleador se le denomina cuenta sueldo, la misma que es inembargable, salvo en los montos señalados.

La Corte Suprema de la República, ha señalado que toda cuenta de ahorro del trabajador que provenga de su trabajo, deberá ser inembargable, no importa que denominación tenga, aunque no lleve el nombre de Cuenta Sueldo, pero si son ahorro de trabajo no deben ser embargadas.

El Tribunal Fiscal y la SUNAT, ha señalado que las cuentas provenientes de honorarios profesionales no pueden ser embargados, porque son considerados remuneración, recuérdese que el trabajador puede ser dependiente y recibe remuneración de quinta categoría que puede ser sueldo o salario y el trabajador independiente tiene la categoría del locador que gira su recibo al locatario, por el servicio realizado y lo deposita entonces tiene la categoría e remuneración de cuarta categoría conforme lo ha considerado el tribunal Fiscal de la SUNAT y la Corte Suprema de la República.

Ahora, bien los fiscales, los procuradores y los jueces no respetan estas normas, porque cuando algún trabajador está sujeto a un juicio penal, los fiscales piden el embargo de estas cuentas y los jueces ordenan el embargo a sabiendas que son remuneraciones, es decir, estarían actuando en contra del espíritu y letra de la ley, estarían cometiendo prevaricato.

En efecto el artículo 418 del Código Penal señala que el fiscal y el juez que actúa contra la ley comete delito prevaricato, el que a la letra dice:

“Artículo 418.- El juez o el fiscal que a sabiendas dictar resoluciones o emite dictámenes contrarios al texto claro y expreso de la ley o citar pruebas inexistentes o hechos falsos o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”.

En conclusión, podríamos decir que la ley señala que las remuneraciones son embargables, en un 30% y en un 60% por alimentos pero que los juicios penales no los respetan entonces estaríamos frente a un caos al respecto.

Igualmente, los fiscales y jueces penales embargan las CTS, también estarían cometiendo prevaricato, ya que estos conceptos no pueden ser embargados de conformidad a lo estipulado por el artículo 37 del Decreto Supremo N° 001-97-TR.

El que a la letra dice:

“Artículo 37.- Los depósitos de la compensación por tiempo de servicios, incluido sus intereses, son intangibles e inembargables salvo por alimentos y hasta el 60%. Su abono sólo procede al cese del trabajador cualquiera sea la causa que los motive, con la única excepción prevista en los artículos 41 y 43 de esta ley. Todo pacto en contrario es nulo de pleno derecho”

5. ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN EN UNA SANCIÓN EFECTUADA AL TRABAJADOR?

Los principios son:

1. Principio de inmediatez, lo que significa que el empleador debe aplicar la sanción conocida la falta. La Corte Suprema, estableció en una ocasión que esta sanción debe aplicarse dentro de los 30 días de cometerse la falta o que el empleador haya conocido o investigada la falta.

Que sucede si el empleador no aplica la sanción en un tiempo prudencial, podemos decir que se está produciendo el perdón laboral, en ningún caso puede permitirse la aplicación de la sanción a la falta de un tiempo muy prolongado.

2. Principio de la proporcionalidad, es decir de exigir proporción entre la acción y la sanción, no puede ser que por una falta leve se aplique una sanción mediana o grave, lo normal es que la sanción debe ser proporcional a la falta cometida si la falta es leve la sanción es leve, si la falta es mediana la sanción debe ser mediana, y si la falta es grave la sanción es grave.

3. Principio de razonabilidad, la sanción tiene que ser racional no puede ser abusiva en la ley laboral no permite el abuso, no nos olvidemos que el derecho laboral es paternalista es tuitivo y protege a la parte más débil, y la parte más débil en esta relación, es el trabajador, no estoy diciendo con esto que se perdona una falta lo que estoy diciendo es que tiene que ver una aplicación razonable tiene que estar dentro de la razonabilidad.

4. Principio de la buena fe, las partes dentro del contrato de trabajo deben actuar bajo el principio de la buena fe el trabajador no debe mentirle al empleador debe realizar su trabajo y cumplir con sus obligaciones, es decir actuar de buena fe igual sucede en el caso del empleador no debe engañarles el trabajador con sus derechos laborales, debe cumplir con lo que se ofreció y con todo lo que le corresponde y con lo que señala la ley.

5. No aplicación de doble sanción por una misma infracción (Non Bis in Ídem), el Tribunal Constitución y la Corte Suprema han sido muy claros en señalar de qué no se puede aplicar doble sanción por una misma falta, si se aplica el trabajador puede deducir la excepción del non bis in ídem.

¿El trabajador puede cuestionar la imposición de las sanciones aplicadas por el empleador?, y nos preguntamos ¿Cuáles son?, ¿Qué acciones puede adoptar el trabajador frente a la aplicación de una sanción disciplinaria que le ha impuesto el empleador?.

- a) La aceptación de la sanción.
- b) Posibilidad de cuestionar la sanción disciplinaria.

¿Dónde se cuestiona o impugna la sanción disciplinaria?

Ante el juez de acuerdo con las normas procesales.

6. ¿QUÉ ES EL TELETRABAJO? ¿CONVIENE AL PAÍS EL TELETRABAJO?

La **Ley Nro. 30036, es la que regula el teletrabajo, el congreso de la República, aprobó la nueva ley del teletrabajo, que envió al Ejecutivo para su promulgación, pero este lo observó.**

El proyecto contiene entre otros:

Contempla que el teletrabajo, es una modalidad especial de prestación de labores, de condición regular o habitual. Se caracteriza por el desempeño subordinado de aquellos sin presencia física del trabajador en el centro de trabajo con lo que mantiene vínculo laboral se realiza a través de la utilización de las plataformas y tecnología digital.

El teletrabajo se puede aplicar cuando, así lo requiere los servicios del empleador. El teletrabajo es una modalidad que se realiza tanto en la administración pública como en las empresas privadas. Al trabajador que realiza el teletrabajo se le llama teletrabajador. El teletrabajo se puede realizar en forma temporal o permanente. De manera total o parcial. Se puede realizar en el país como fuera de él.

El empleador establece el medio y las herramientas necesarias para la disposición coordinación de control y supervisión para el desarrollo del teletrabajo, el empleador deberá respetar la privacidad del trabajador.

El teletrabajador tiene los mismos derechos y obligaciones laborales que el trabajador presencial.

Que el empleador de la actividad privada proporcione al teletrabajador tiene la obligación de cuidarlos y no permitir que lo usen terceros. Y en el supuesto que los proporcione el trabajador, deberá el empleador compensar estos servicios.

En la administración pública cuando no hay los aparatos tecnológicos el teletrabajador aporta sus propios equipos tecnológicos sin recibir compensación por el costo de los equipos y asume los gastos que genera su uso, entre ellos el internet.

La jornada de trabajo será la misma que la del trabajador presencial, de acuerdo a ley, la jornada de trabajo es de 8 horas diarias o 48 horas a la semana, si trabaja más de esas horas deberá de considerarse horas extras, en el sector privado deberá pagar las horas extras, en caso de existir, en la administración pública no, en todo caso hay compensación de horas de descanso por la de trabajo.

Lo malo del anteproyecto es que considera, que el trabajador puede realizar horas extras sin autorización del empleador y este pagarlo sin haber autorizado.

El teletrabajador goza de los mismos beneficios y derechos que el trabajador presencial, goza de todos los derechos laborales que gozan los trabajadores en general y en sus horas libres no deberán ser interrumpidos a esto le llamamos desconexión digital.

El Congreso de la República, entonces, con esta nueva ley introdujo modificaciones en la ley del teletrabajo, había señalado que en el caso de las empresas privadas debía equipar con los aparatos tecnológicos y el uso de internet a costos del empleador. Que en caso de que el trabajador usara sus propios equipos el empleador debería compensarlos en la actividad privada, más no así en la administración pública.

Esto fue aprobado, con fecha 16 de junio del 2021, y tenía la intención de que el empleador asuma una serie de gastos que los trabajadores tienen que hacer para cumplir con sus labores de manera remota como los equipos electrónicos y el pago de internet y horas extras, entre otros, proyecto que envió al Ejecutivo, el que con fecha 07 de julio del 2021, la observó con los siguientes argumentos:

Los especialistas demandaron realizar ajustes a la autógrafa de la ley del teletrabajo. Señalan que no hay homogeneidad en las disposiciones que se da en la norma. Este texto sustitutorio señala que en el sector privado el empleador deberá de aportar los equipos tecnológicos más no en el sector público, y que este artículo es discriminatorio ya que todos los trabajadores deben de gozar de igualdad de derechos así lo señala el artículo 26 numeral uno, todos somos iguales ante la ley no debe existir discriminación.

El secretario general del Sutep Lucio Castro, manifestó que es responsabilidad del Estado compensarle al teletrabajador por los equipos que usa para realizar una actividad. El poder ejecutivo decidió observar el proyecto de ley. El poder ejecutivo recomendó realizar varias precisiones ya que estas no se podrán interpretar de manera adecuada.

Asimismo, se refirió sobre los costos que genera el teletrabajo. Al señalar el proyecto de ley que el empleador privado debe pagar los servicios y no dejar posibilidad a que te llegue a un acuerdo entre trabajador y empleador de qué este puede poner sus equipos tecnológicos sin pago alguno sería limitar el libre acuerdo de las partes.

El teletrabajo trae beneficio para ambas partes para el empleador porque se ahorra el costo en el alquilar y mantenimiento en inmuebles, el ahorro de energía eléctrica y otros.

Y para el trabajador por la disminución de costos monetarios y no monetarios por el traslado al centro laboral, el empleador y el trabajador pueden adoptar libre y eficientemente acuerdos sobre la responsabilidad con respecto a los equipos y servicios requeridos para el teletrabajo sin necesidad de que la legislación pretenda determinar una asignación particular de costo.

Que, la ley aprobada por el congreso asigna para el empleador la responsabilidad de los costos de equipo y servicios para la implementación del teletrabajo y que esto puede desincentivar el uso del teletrabajo, en cambio el libre acuerdo entre trabajador y empleador puede viabilizar el teletrabajo.

Por otro lado el pago de las horas extras también fue observada por el ejecutivo ya que la disposición posibilita que el teletrabajador labore extra sin coordinar y autorización del empleador ya que éste deberá

reconocer el pago de la jornada adicional añade que pagar remuneración por hora extra que no han sido requeridas y aprobadas por el empleador incrementará los costos laborales sin costar necesariamente con un sustento de ganancia de productividad generando el desánimo para el uso del teletrabajo, las horas extras siempre han sido autorizadas por el empleador, dentro de sus facultades de dirección.

El ejecutivo propone que se realice un ajuste y se reconozca la posibilidad de libre acuerdo entre empleador y trabajador para la asignación de responsabilidad de provisión de los equipos tecnológicos y servicios del internet necesarios para la realización del teletrabajo, así como para la realización de horas extras, obliga al sector privado otorgar los equipos tecnológicos y el acceso al internet es desanimar a continuar en el teletrabajo porque estaría encareciendo el servicio.

Comparto la opinión del ejecutivo por lo siguiente:

El Estado no puede ser abusivo cuando se está en igualdad de condición esto es, de sujeto del contrato de trabajo se debe jugar con igualdad de armas, en igualdad de condiciones.

Para el trabajador, el hecho de que trabaje desde su casa le permite ahorrar en movilidad, alimentación, en ropa, en tiempo y ya no tendré que viajar horas para concurrir a su centro de trabajo, podrá estar mayor tiempo con su familia todo esto significa un ahorro para él.

De otro lado debemos precisar, que también el trabajar sólo hace que el trabajador sufra de ansiedad, la ausencia de los amigos, la ausencia de otros trabajadores crea malestar la falta de interactuar con otros.

Yo sí creo que el teletrabajo conviene tanto al empleador como al trabajador no solo por los beneficios que ya hemos mencionado. También soy un convencido de que esta modalidad cada día seguirá incrementando en el país.

Lo que si hay que tener cuidado es que el empleador reconozca como un verdadero trabajador al teletrabajador y le otorgue todos sus derechos laborales.

Que ambas partes actúen de buena fe.

El congreso de la República aprobó por insistencia la ley del teletrabajo y fue promulgada la ley 31572, por el Congreso el 11 de septiembre de 2022, la que introduce algunas modificaciones a esta modalidad de trabajo, resaltando las siguientes situaciones entre otras:

- 1- El empleador proporcionar al trabajador, la herramienta para realizar el trabajo (PC o Laptop) el internet, y la electricidad.
- 2- En caso de que no las proporcione y el trabajador ponga todo ello, y el empleador le pague una compensación por el uso de estos instrumentos.
- 3- También pueden llegar las partes, empleador- trabajador, a un acuerdo que el trabajador aporte todo y el empleador no compense nada.

Es decir, celebra un pacto en contrario que lo estipula la UR en su artículo 19.

7. ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS LABORALES?

En relación a esta consulta sobre los derechos de los trabajadores y al respecto la absuelvo.

1- Hay derechos laborales que están en la Constitución de 1993 y son los consignados en los artículos del 22 al 29;

2- Hay derechos laborales que están en la ley

3- Hay derechos laborales que nacen de la costumbre

4- Hay derechos que nacen del acuerdo de las partes, puede ser de un contrato de trabajo con beneficios, de un correo cursado y aceptado por los sujetos laborales

5- Hay derechos laborales que surgen de la negociación colectiva

Muchas veces se ha preguntado en clase, si a los derechos otorgados a los trabajadores se pueden renunciar, el artículo 26.2 de la Constitución de 1993 señala "Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley" es decir que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, siempre que estén reconocidos en la Constitución y la ley, los fundamentos de la irrenunciabilidad son:

1- EL Trabajo es una función social, merece la protección de la constitución y la ley.

2- Responsabilidades familiares del trabajador, los derechos se extienden a los familiares.

3-La renuncia de un derecho laboral perjudica a terceros.

4- La irrenunciabilidad limita las expectativas del empleador de recortar los derechos laborales,

5- Las normas laborales están vinculadas al orden público.

El trabajador no puede renunciar a las normas imperativas.

El juez también debe velar para que el trabajador no renuncie a sus derechos laborales.

Pero que sucede con los otros derechos que no están en esa condición, son normas dispositivas y el titular puede disponer libremente sobre el acto de disposición, la disposición es válida.

La Corte Suprema, por casación interpretó que tampoco se pueden renunciar, pero tengamos presente que es una resolución y por ende es parte de la jurisprudencia, pero acaso no hemos visto que está en más de una ocasión ha variado, esperemos que en este aspecto no suceda.

Como antecedente podemos precisar que la Constitución de 1979, en la primera parte del artículo 57 al respecto señalaba "los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables su ejercicio está garantizado por la constitución, todo pacto en contrario es nulo", nótese que es cualquier tipo de derecho y nacimiento no lo amarra a la constitución ni la ley, como si lo hace la de 1993.

Los derechos laborales reconocidos en la Constitución gozan de mayor protección que los legales. Primero porque se pueden defender por las garantías constitucionales señaladas en el artículo 200. Segundo por que el trámite para derogarlos es más engorroso porque para derogarlas tendría que modificarse la Constitución, que se hace en doble legislatura.

Los derechos laborales señalados en la ley, se hace derogándolo y ese puede ser mucho más rápido.

El numeral 3 del artículo 26 señala. "Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable, sobre el sentido de una norma", es decir se refiere a la interpretación que podamos efectuar de los derechos de los trabajadores, si la comparamos con el artículo 57, Segundo párrafo, de la Constitución de 1979, que señala "En la interpretación o duda ,sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más favorable al trabajador" analizamos que esta es más favorable, porque el artículo 26 se refiere primero de una duda insalvable, y Segundo que sea una norma, en cambio el artículo 57 señala una simple duda y en cualquier disposición en materia de trabajo, puede ser un acuerdo de partes, la costumbre, un reglamento o cualquier forma de otorgar un derecho, aquí sí creo que la nueva Constitución desmejoró la situación del trabajador.

En general la constitución de.1993 disminuyó derechos de los trabajadores, estos están regulados dentro del capítulo de los Derecho Sociales y económico y solo 8 artículos, en cambio en la del 1979 tenía un capítulo propio, denominado del trabajo y 16 artículos.

La Constitución de 1979 protegía los siguientes derechos:

- 1- Al trabajo como fuente principal del trabajo
- 2- Remuneración justa
- 3- La jornada de trabajo
- 4- Protección a la madre trabajadora
- 5- El adelantó cultural, la formación profesional y técnica de los trabajadores
- 6- Dictar medidas sobre la higiene y seguridad en el trabajo
- 7- La estabilidad en el trabajo
- 8- El pago de la remuneración y beneficios sociales y la prescripción
- 9- El derecho a la sindicalización
- 10- El banco de los trabajadores
- 11- la negociación colectiva
- 12- La huelga es un derecho de los trabajadores
- 13- El derecho a las utilidades

14- Los derechos de los trabajadores son irrenunciables

15- La interpretación favorable al trabajador

La Constitución 1993 recoge:

1- El trabajo es un deber y un derecho

2- Protección a la madre, al menor y al impedido

3- Remuneración equitativa y suficiente

4- La jornada de trabajo

5- Los principios

6- Protección contra el despido arbitrario

7- El derecho de sindicación, negociación colectiva y huelga

8- Derecho a las utilidades

De lo que concluyó que la primera era de corte social y la segunda de corte liberal y que esta recortó derecho de los trabajadores.

8. ¿QUÉ SON LAS GRATIFICACIONES?

El término gratificación proviene de la palabra latina gratificatio, la Real academia se refiere como la recompensa económica por una prestación de un servicio.

Es el dinero que se otorga a una persona por la realización de un servicio o por el reconocimiento de un favor, por ejemplo, siempre escuchamos en los medios de comunicación, cuando queremos recompensar por un servicio, información, constantemente se dice se ofrece una gratificación por tal hecho, ya sea por encontrar o dar datos sobre la ubicación de una mascota o para delatar la ubicación de una persona perdida o buscada.

La gratificación, es un bien material o inmaterial que se concede a una persona y le causa satisfacción o complacencia.

La gratificación material es la cantidad de dinero u otra cosa, que se le da una persona a otra, recompensa por la realización de un servicio.

La inmaterial puede ser un agradecimiento público o la entrega de una distinción que se da a una persona por un acto que ha realizado, y que al recibirlo le causa satisfacción, por ejemplo, una medalla un diploma una condecoración.

En lo laboral es el pago adicional que se suma, a la remuneración de los trabajadores, que se cobra semanal quincenal o mensual.

La gratificación se otorga o cobra en determinadas fechas y que son por fiestas patrias o navidad.

Es un adicional la que se otorga al trabajador y se debe considerar como parte de la remuneración.

Las gratificaciones en el PERU se venían otorgando:

1- Por costumbre

2- Por convenio colectivo

- 1) Por las costumbres era un acta unilateral y voluntario del empleador, que daba a sus trabajadores, y eso no sucedía en todas las empresas, en una sí en otras no.

Los que significaba que algunas empresas lo otorgaban y otras no.

Y en relación al monto también, eran diferenciados en unas podía servir un sueldo en otro medio sueldo.

No todas la otorgaban en julio podía otorgarla o no y si darla en diciembre o viceversa.

Otras lo daban en julio y diciembre un sueldo en cada fecha o medio sueldo o medio sueldo en julio y un sueldo en diciembre.

Es decir, no había uniformidad y tampoco igualdad para los trabajadores uno lo percibían y otros no.

- 2) Por convenio, eran por acuerdos de las partes es decir entre el sindicato y el empleador.

Pero no todas las empresas tenían sindicato, entonces, la empresa que no tenía no firmaba convenio alguno y no tenía derecho a gratificación.

Por otro lado, el monto tampoco era igual para todas las empresas que tenían sindicato, por qué los acuerdo o convenio sobre las cantidades a otorgar de una empresa a otra también eran diferentes.

Pues, la primera conclusión, que arribanos era que algunos trabajadores tenían gratificación ya sea por costumbre o convenios y otras no tenían por ninguna de las modalidades.

- 3) La Constitución de 1979 en su artículo 44, último párrafo señala “ .. también tienen derecho a las gratificaciones, bonificaciones y demás derechos que señala la ley o el convenio colectivo”.

El Presidente Alan García Pérez promulga la ley 25139 con fecha 14 de septiembre del 2009 y su Reglamento el DS 061-89- TR , dando cumplimiento la Constitución.

La ley que, a la letra, en sus artículos 1 y 2, dice:

Art 1 “ Los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada , tienen derecho a percibir dos gratificaciones en el año , una con motivo de fiestas patrias y la otra con ocasión de la Navidad.

El monto de cada una de las gratificaciones será equivalente a la remuneración básica que perciba el trabajador en la oportunidad en que corresponda otorgar el beneficio.

La remuneración básica está integrada por la cantidad fija y permanente que perciba el trabajador y que sea de su libre disposición.

Tratándose de los empleados la gratificación será de un sueldo mensual y de 30 salarios en el caso de los obreros “

Art 2” La gratificaciones serán abonadas en la primera quincena del mes de julio y de diciembre según el caso “

Las gratificaciones se convierten en laborales y legales y por consiguiente en obligatorias, pues anteriormente su otorgamiento dependía de la voluntad del empleador o de un acuerdo de partes.

Las gratificaciones son un derecho laboral que está normado por las leyes de trabajo, es un pago adicional a la remuneración del trabajador, de la actividad privada sea su contrato de naturaleza indeterminada, sujeta a modalidad (Plazo Fijo) o tiempo parcial, sea obrero u empleado y que deben ser abonados los 15 de julio y Diciembre de cada año.

No se encuentran incluidos, los locatarios que prestan servicio de locación de servicio, este es un tema a discutir ya que muchas veces el locador cumple con los elementos del contrato de trabajo, como es la prestación del servicio el pago de la remuneración y la dependencia y subordinados, entonces su contrato es una simulación del de trabajo y justo se hace eso, para evitar pagarle los derechos laboral, ahí estamos ante un fraude laboral o un contrato de trabajo simulado, tampoco lo perciben los jóvenes en formación, pero que si tienen un derecho a una subvención estos últimos.

Como hemos dicho la la primera ley y su Reglamento fue dada en 1989 el 14 de setiembre de 1989.

Luego se dio la ley 27735. Con fecha 28 de mayo del 2002.

Posteriormente la ley 29351, el primero de mayo de 2009 la que reduce costos laborales a los aguinaldos y a las gratificaciones por fiestas patrias y navidad, que establece las inafectaciones a las gratificaciones y que no se encuentra afectas a las aportaciones....., “ y que las aportaciones a EsSalud que aporten los empleadores por concepto de seguro social , con relación a las gratificaciones de Julio y diciembre serán abonados a los trabajadores.

Clases de gratificación son:

1- Gratificaciones laborales, que son beneficios y pagos que el empleador está obligado a otorgarte a sus trabajadores, son las que están señaladas en la ley, y que son de orden público y por lo tanto de fiel cumplimiento.

2- Gratificación Ordinarias, son aquellas que equivalen a una remuneración mensual, y que el empleador no puede dejar de otorgar, son de carácter obligatorios, pueden haberse generado por convenio o por la costumbre o por ley.

3- Gratificación extraordinarias, son las que se otorgan en forma unilateral y voluntaria del empleador, en cualquier época del año, puede ser un premio por algún concepto, pero si se otorgan por dos años al tercero se vuelve obligatorio, artículos 20 del D S 011-74 TR.

Las remuneraciones computables para las gratificaciones:

Son las que el trabajador recibe como remuneración en forma fija y permanente y de libre disposición, se excluye los conceptos referidos en los artículos 19 y 20 del Decreto Legislativo No 650, recogidos en el DS 001-97TR.

Monto de la gratificación:

De conformidad a la ley 27735, el monto que recibirá el trabajador como gratificación el 15 de julio o el 15 de diciembre será la remuneración que reciba en forma fija y permanente en esas fechas y que sea de su libre disposición.

Gratificaciones proporcionales:

Puede darse el caso que el trabajador esté laborando al otorgamiento de las gratificaciones, pero no comprende por los días no laborados, no alcance el semestre, es decir tienes días no efectivos de trabajo por diferentes motivos tal como hemos explicado, entonces recibirá la gratificación proporcional.

Gratificaciones trucas:

Los trabajadores no estén laborando al 15 de julio o al 15 de diciembre, pero que, si han laborados algunos meses, o un mes calendario, sin llegar al semestre tienen derecho a las gratificaciones proporcionales al semestre que hayan laborado y con la remuneración computable a la fecha de su cese.

CONCLUSIONES:

1-Es un pago adicional que el trabajador recibe en los meses de julio y diciembre de cada año, y que se suma al sueldo.

2-La gratificaciones laborales y obligatorias son de fiel cumplimiento por el empleador.

3- Las perciben los trabajadores de la actividad privada, sea cual fuere la modalidad del contrato de trabajo y el tiempo de prestación de servicios del trabajador.

4- Lo percibirán aproximadamente en este mes de julio cerca de 3,200,000, aparte de los trabajadores de los sectores Agrario, Construcción Civil y servidores del hogar (propia legislación);

5- Los pagos se efectúan los 15 de julio y diciembre.

6- Los trabajadores recibirán un sueldo completo, incluidas todos los conceptos que son de su libre disposición. Además, percibirán el 9 % correspondiente a las aportaciones de EsSalud.

7- Los trabajadores de las pequeñas empresas y microempresas recibirán media sueldo.

8- Las empresas que no la otorguen o paguen en la fecha serán multadas por la Sunafil.

9. ¿CÓMO SE DAN LOS DEPÓSITOS DE LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIO?

El Estado no es sujeto , en el contrato de trabajo , los sujetos son el trabajadores y el empleador, ellos son parte de la relaciones laborales, señala la Constitución en sus artículos 23 y 26, son ellos los que tienen obligación y derechos en forma sinalagmática u obligaciones recíprocas, el trabajador tiene el derecho a que le paguen su remuneración ,pero tiene a la vez la obligación de prestar el servicio y el empleador también es acreedor y deudor es acreedor al servicio y es deudor de la remuneración

El Estado en el Derecho del Trabajo, tiene dos funciones:

1- La normativa, es decir la de emitir las leyes y,

2- La de Fiscalizar, efectuar un control para que se cumpla, y eso lo hace a través de la Sunafil.

Sabemos que el Derecho del Trabajo, tiene una función tuitiva a protectora hacia para la parte más débil del contrato y que por supuesto que es la parte trabajadora y debe cuidar que se cumpla.

El estado cuando está en la situación de empleador si es un sujeto de contrato de trabajo, porque es el contratante que contrata los servicio de un trabajador.

Cuando es Estado emite las normas debe ser justo y equitativo .no debe legislar otorgándose derechos diferentes al empleador privado.

Por ejemplo, en los depósitos de las CTS.

Diferencia entre la oportunidad del pago de la Compensación por Tiempo de Servicios	
ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CON TRABAJADORES SUJETOS AL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD	OTROS TRABAJADORES SUJETOS AL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA QUE CUMPLAN CUANDO MENOS

PRIVADA (TUO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 728)	EN PROMEDIO, UNA JORNADA MÍNIMA DIARIA DE CUATRO HORAS (TUO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 728)
La compensación por tiempo de servicios que se devengue es pagada directamente por la entidad, dentro de las 48 horas de producido el cese y con efecto cancelatorio (vigente desde el 05 de julio de 2013) ¹ .	La compensación por tiempo de servicios es depositada en una entidad financiera elegida por el trabajador, dentro de la quincena de los meses de mayo y noviembre de cada año. Se depositarán tantos dozavos de la remuneración computable percibida por el trabajador en los meses de abril y octubre respectivamente, como meses completos haya laborado en el semestre respectivo el trabajador. La fracción de año se deposita por treintavos.

Igual sucedió con la ley del Teletrabajo que acaba de ser observada por el ejecutivo, ya que en Congreso estaba consignando los gastos que genera el teletrabajo, como son el de los equipos tecnológicos, así como que asuma el pago del Internet, siempre y cuando sea el sector privado, pero no para el sector público.

10. ¿CÓMO OBSERVA EL PANORAMA DE LA LIBERACIÓN DE CIERTOS BENEFICIOS SOCIALES?

Los beneficios sociales o CTS siempre se han entregado al retiro del trabajador, es decir, cuando termina el vínculo laboral. Pero cuando ha existido algún reclamo, los gobiernos han permitido, en forma intermitente, retirar parte de la CTS y así aliviar el problema social sobre un aumento, porque le ha dado liquidez al trabajador, sobre una parte de su dinero que ya le corresponde. Reitero entonces que los beneficios no se podían retirar hasta que se extinga el vínculo laboral.

Por la Ley N° 30334, se estableció que el trabajador podía retirar, todo aquello que estaba por encima de las cuatro remuneraciones, y así ha venido sucediendo, hasta hace poco en que el Congreso de la

¹ De acuerdo con lo señalado por la Ley N° 30057, en su primera disposición complementaria y final, no están comprendidos en esta disposición los trabajadores de empresas del Estado, los servidores civiles del Banco Central de Reserva del Perú, Congreso de la República, la Superintendencia Nacional de Aduanas y la Administración Tributaria, la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, la Contraloría General de la República, ni los servicios sujetos a carreras especiales (servicio diplomático, ley universitaria, profesionales de la salud, ley de la carrera judicial entre otras), ni los obreros de los gobiernos regionales y locales.

República aprobó la Ley N° 31174, en la que se señaló que por la pandemia, que había creado muchas necesidades económicas y había hecho que el trabajador perdiera su posición adquisitiva, se le permitiera hasta el 31 de diciembre de 2021, retirar hasta el 100% de su Compensación por Tiempo de Servicios, con la última Ley 31480 se puede retirar el 100% de la CTS hasta el 31 de diciembre de 2023.

Aquí quiero aclarar algo, porque muchas veces la propia ley ha hablado de indemnización y a veces de Compensación por Tiempo de Servicios, y también hay opinólogos que hablan de indemnización y compensación, utilizándolos como sinónimos, lo cual genera confusión.

Indemnización es cuando te causa un perjuicio, y compensación es un sueldo diferido que le corresponde al trabajador por su tiempo de servicio, por ejemplo, en lo laboral, cuando despiden a una persona, de acuerdo al artículo 38 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, te dan un sueldo y medio por cada año de despido, hasta un tope máximo de doce, eso es una indemnización porque es producto de un daño. En cambio, la Compensación se origina por el tiempo que el trabajador ha estado prestando sus servicios, es decir, nace de la prestación de servicio y no producto del daño.

Ahora bien, regresando al tema de los beneficios sociales en el que se ha permitido el retiro, vuelve la pregunta ¿se ha desnaturalizado la ley? Conforme me lo preguntaron algunos alumnos hace poco, yo podría responder que, si se está desnaturalizando el sentido de la ley, porque se está dando el retiro de la CTS sin que se termine el vínculo laboral. Ahora la respuesta sería distinta si la pregunta fuera ¿y usted está de acuerdo con eso?, en una situación normal como lo he explicado yo no estaría de acuerdo, porque la compensación te debe servir como un seguro en caso pierdas el trabajo, y se calcula que en seis meses conseguirás un nuevo trabajo, por lo que la CTS te serviría para ir cubriendo tus necesidades durante ese tiempo, o cuando te retires puedas tener una vejez digna. Pero en una situación como esta en la que nos encontramos con la pandemia del Covid-19, en la que se han dado reducción de horas del trabajo, en el que se ha dado suspensión perfecta de trabajo, donde ha habido despidos de otros trabajadores, pero dentro de la familia, del núcleo. Suponiendo que había seis trabajadores, y ahora han despedido a tres, y solo tres trabajan, entonces hay que cubrir las necesidades del núcleo. De esta manera los que trabajan deben poder sacar su CTS para poder satisfacer las necesidades de todo el grupo, entonces en esos casos ya no lo considero una desnaturalización, porque ya nos encontramos en un estado de necesidad, el cual no es normal.

La pandemia no es un estado normal, todo lo contrario, representa crisis intermitentes más largo de lo normal. Afortunadamente se está consiguiendo la vacuna, pero no sabremos si esta pandemia volverá, si habrá, como señalan algunos, la tercera ola, y después volverá la cuarta, la quinta y la sexta ola. Y sabe Dios hasta cuando viviremos con este virus.

Entonces en tanto vivamos con este virus, considero que todo lo que pueda disponer el trabajador – tratándose de su dinero- debería de permitírsele. No nos olvidemos que hay dos artículos constitucionales muy importantes, el artículo 24 que señala que la remuneración es para satisfacer las necesidades del trabajador y su familia, y el artículo 26 que establece la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en la constitución y en la ley.

Si bien es cierto los beneficios sociales no están en la Constitución, salvo su prioridad que establece el artículo 24 de la Constitución, pero el Decreto Supremo N° 003-97-TR, que en su artículo 6 señala que

la remuneración es todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie, que sea de su libre disposición, es decir, que lo pueda gastar en lo que crea conveniente.

Considero que no existe persona irresponsable que pueda sacar su CTS e ir y gastarlo en banalidades, podrá quizás satisfacer uno que otro capricho con un poco, y el resto será para satisfacer sus necesidades alimenticias, escolares, y demás de la propia familia.

11. ¿CÓMO FUNCIONAN LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SALUD?

“Continuidad del seguro de Salud, pese al cese de la prestación del servicio por parte del trabajador”.

La Seguridad Social, siempre estuvo bajo el cuidado y control del Seguro Social del Perú, la misma que, tenía dos cajas:

1- Caja Enfermedad Maternidad, que hoy es EsSalud (Estatal) después se agregó las Empresas Prestadora de Salud EPS (privada).

2- La Caja de Pensiones, que hoy es la Oficina Nacional Provisional (estatal) después se agregó a las Administradoras de Fondos de Pensiones AFP (privada).

Los trabajadores bajo contrato de trabajo, sean obrero o empleados, el empleador tiene la obligación de inscribirlo en EsSalud por el cual debe aportar el 9 % de su remuneración.

El trabajador puede elegir quedarse en EsSalud o puede escoger voluntariamente la EPS, el tienen que gozar de un seguro de Salud, el que puede ser EsSalud, o la EPS, y son las que te dan la prestación por las contingencias de salud.

Si el trabajador elige afiliarse a la EPS, del aporte del 9% se divide en el 6.75 para EsSalud y el 2.25 va para la EPS, en este último caso el trabajador asume la diferencia del costo de la prima elegida, que pasa a ser el aporte solidario para los trabajadores.

Las EPS que se crearon en el año 1997 bajo el amparo de la ley 26790 y son las empresas privadas que prestan servicios complementarios a la cobertura de Salud.

Los trabajadores deciden a que sistema te afilias si a EsSalud a la EPS.

Los trabajadores en una asamblea anual deciden a que EPS escogen.

La EPS, ofrecen tres planes, el básico, adicional 1 y adicional 2, y cada uno tiene una tarifa y diferentes redes de clínicas de atención, dependiendo de cuál plan escoges te cobrarán una prima mensual que la EPS pondrá y el trabajador pagará, la diferencia del costo después de deducir el 2,25.

En igual forma cada Clínica y de acuerdo en que categoría de la red, para atenderte con un médico te cobrará un deducible cuyo monto también depende de la categoría de la red y la clínica que has escogido

y también pagarás un coaseguro por las medicinas y pruebas de laboratorio que te realices (sugiero leer artículo sobre los seguros que escribí recientemente).

El porcentaje que pagas por la prima mensual por el plan elegido de la EPF te lo descontarán de tu sueldo

Cuando el trabajador llega a la edad de 65 años y 20 años de servicio puede jubilarse, ya sea por la ONP o por la AFP

En ambos sistemas tienen el derecho a estar cubiertos por EsSalud, porque te descuentan un % de tu jubilación.

Hoy el Congreso de la Republica acaba de aprobar un proyecto de ley , el que remitirá al poder ejecutivo ,en el sentido de que si un trabajador , está laborando y está afiliado a una EPS podrá continuar en ella, (seguro de Salud) cuando cese, pagando lo mismo que cuando estuvo trabajando , para lo cual tendrá que cumplir con los requisitos que le señala ley , debemos entender que el cese es para acogerse a la jubilación , porque caso contrario no tendría sentido hacerlo, porque , si lo hace antes , cuando cambie de trabajo se afiliara a otra EPS o en EsSalud.

Esta ley, para que surta efecto, dependerá del ejecutivo si la promulga.

En mi concepto y en el supuesto, en el que el cese sea por jubilación, me parece una ley acertada, por varios motivos.

- 1- Por que estarán cubiertas sus enfermedades preexistentes.
- 2- Porque tiene la posibilidad de tener un seguro de Salud, en las mismas condiciones, cobertura, beneficios, costos y demás condiciones, porque al jubilarse que por la edad que uno tiene, a lo mejor ya no le permiten asegurarse, porque uno se jubila normalmente a los 70.
- 3- No congestionaría a los hospitales de EsSalud.
- 4- Claro hay que advertir al trabajador, que tendrá que pagar de su peculio, la prima del seguro de la EPS, al contratarlo al cese.
- 5- Si te jubilas de tu pensión te descuentan un % y EsSalud te atendería, sin pago alguno.

12. ¿CUÁLES SON LAS DIFERENCIAS DEL CONTRATO DE TRABAJO Y EL CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS?

“Se Prohíbe los Contratos de Locación de Servicio en las Entidades Públicas”.

La Ley No 31298 de fecha 19 de julio del 202, promulgada por el Congreso de la Republica, prohíbe a las “...entidades públicas la contratación de personal mediante la modalidad de Locación de Servicio con la finalidad de evitar la desnaturalización de la relación laboral “

La prohibición es para cubrir puestos y funciones de carácter permanente y no permanente.

La ley exceptúa la contratación de servicios de carácter urgente y temporal, debidamente acreditado por un periodo que no podrá exceder a los 6 meses calendarios.

Creo que esta prohibición traerá serios problemas para las entidades públicas para los servicios intermitentes, por ejemplo, el mantenimiento de una central telefónica, equipos de cómputos y otra por su naturaleza temporal.

La promulgación de esta ley, por su redacción es, la evitar burlas al contrato de trabajo

El contrato de trabajo:

Tiene tres elementos principales que están precisados en el artículo 4to del DS 003- 97-TR y son:

1- la prestación del servicio, el que debe ser personal, es decir intuitu personae

2- La remuneración

3-La dependencia o subordinación

EL CONTRATO DE LOCACION DE SERVICIOS:

Está regulado por el artículo 1768 del Código Civil el plazo máximo de este contrato es de 6 años si se trata de servicios profesionales y de 3 años en el caso de otra clase de servicios. Si se pacta un plazo mayor al límite máximo indicado solo puede invocarse por el locador.

De la redacción de este artículo apreciamos:

1- Que el contrato de locación de servicios es de naturaleza temporal, no sería admisible un contrato a largo plazo (Leon Barandiaran, p.454):

2-Será por un periodo de seis o 3 años

3- Este contrato puede ser ampliado por las partes.

4 -El que tiene el derecho a reclamar, una vez vencido sería el locador, el contrato no es nulo – Leon Barandiaran – (página 455) es decir vencido, podría invocar que no tiene ninguna obligación legal con el Locatario.

5- Si se venciera la fecha de los seis o tres años no habría ninguna consecuencia.

El contrato de locación de servicios, reúne también los dos primeros elementos que tiene el contrato de trabajo, que es el de la prestación y el de la remuneración más no la dependencia ni subordinación.

El elemento característico del contrato de trabajo es la dependencia o subordinación, en el contrato de locación de servicios no hay dependencia ni subordinación.

El locador no tiene ningún derecho laboral.

TIPOS DE CONTRATOS DE TRABAJO

Existen tres tipos de contrato:

1- El indeterminado o indefinido

2-Sujeto a modalidad, o a plazo fijo

3-Y el parcial

El único contrato que exige requisito es el sujeto a modalidad, que si no se cumplen se desnaturaliza y se convierten en contrato Indeterminado.

Los contratos sujetos a modalidad son los siguientes:

En total son nueve modalidades de contratos, los regulados en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, conforme al siguiente detalle:

- **Contratos de naturaleza temporal (Art. 54°)**

Inicio o Lanzamiento de nueva actividad (Art. 57°)

Necesidades de mercado (Art. 58°)

Reconversión empresarial (Art. 59)

- **Contratos de naturaleza accidental (Art. 55°)**

Ocasional (Art. 60°)

De suplencia (Art. 61°)

Emergencia (Art. 62°)

- **Contratos de obra o servicio (Art. 56°)**

Específico (Art. 63°)

Intermitente (Art. 64°)

Temporada (Art. 65°)

FRAUDE O SIMULACIÓN

Hemos mencionado que el contrato de trabajo tiene dependencia o subordinación mientras que el contrato de locación de servicio no lo tiene, que sucede si el empleador simula un contrato de locación de servicios, cuándo en realidad es verdaderamente un contrato de trabajo, y esto lo hace para no

pagarles los derechos laborales a los locadores, nosotros, sabemos perfectamente que el contrato de trabajo genera una serie de beneficios laborales como es remuneración mínima vital, jornada de trabajo, derecho a la Seguridad Social, derecho a la compensación por tiempo de servicio, derecho a la indemnización en caso de un despido arbitrario, derecho a vacaciones, a compensación por tiempo de servicio, derechos que no tienen los locadores.

Si el empleador hace esta figura de celebrar un contrato de locación de servicios disfrazando al contrato de trabajo, para burlar el pago de los derechos laborales.

Habrá cometido un fraude laboral o una simulación.

EL FRAUDE LABORAL

El concepto general de fraude laboral es sinónimo de engaños. Cuando se analiza la realidad laboral a través de este concepto la mejor definición de fraude laboral lo brinda la OIT cuando expresa, refiriéndose a la relación de trabajo disfrazada o encubierta que “disfrazar una relación de trabajo significa crearle una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o Atenuar la protección que brinda la ley (OIT).

LA SIMULACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

Podemos definir a la simulación como una actitud de engaño, en la que existe un acto jurídico aparente, y un acto jurídico oculto.

El primero es aquel que se encuentra a la vista de todo y al cual se pretende dotar de validez, en cambio el segundo en el que se puede advertir de la realidad, es decir, la real intención de las partes, la verdadera situación jurídica de las partes.

Las consecuencias del acto jurídico simulado, es el remedio de la nulidad, con la cual pierde eficacia el acto aparente pues no constituye la verdadera voluntad de las partes.

PRIMACÍA DE LA REALIDAD

A través del principio de la primacía de la realidad el inspector de trabajo revisando el contrato de locación de servicio, verificando los hecho con los dichos y si demuestra de que existe dependencia o subordinación, pues, estamos frente a un contrato de trabajo y la consecuencia el contrato de Locación de Servicios sería nulo y que el trabajador tendría expedito su derecho para solicitar que se le reconozca como un contrato de trabajo y se le pague todos sus beneficios laborales con retroactividad frente a esta situación el empleador no podrá alegar la prescripción y tendrá que cumplir con todos los derechos laborales

CONCLUSIÓN:

- 1- Lo que determina que es un contrato de trabajo es la dependencia o subordinación
- 2- Los locadores no tienen derechos laborales

3- Si el empleador, a sabiendas de que la locación de servicio que está celebrando, es un contrato de trabajo, y lo hace para burla los derechos laborales estaría cometiendo fraude laboral o simulación, y estaría expuesto a una multa administrativa por parte de la Sunafil

4- Detectado o denunciado por el locador burlado, el empleador frente a una acción judicial tendría que reconocer los derechos laborales con retroactividad, al trabajador

13. ¿RESULTA FACTIBLE EL RETIRO TOTAL DE LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS?

La Compensación por Tiempo de Servicio viene a ser un sueldo diferido que el trabajador lo debe retirar al extinguirse el vínculo laboral. En el supuesto de que el trabajador sea despedido, la CTS le servirá como un seguro para subsistir en tanto consiga un nuevo trabajo.

Incluso me atrevería a decir, que en caso de que un trabajador renuncie, también serviría como un ahorro para su retiro, pero eso es una situación normal en donde no hay ninguna epidemia o plaga.

El Covid-19 es una anomalía que ha causado la muerte de muchos trabajadores. Hemos visto que hay gente que ha vendido sus propiedades para salvarse, a tal extremo, hemos escuchado en los medios de comunicación, que hay gente que ha ofrecido vender su riñón, no sé si llegó a hacerlo, para salvar la vida de un ser querido. Entonces yo pregunto ¿si está bien que se permita retirar la CTS y las AFP?, en esta coyuntura, por supuesto que está bien. En una situación normal quizás mi respuesta sería negativa, pero estamos en una situación anormal, lo considero algo bueno, porque sirve para paliar las dificultades económicas que atraviesa el trabajador y que vive con su familia angustiada, porque ahora tiene mayores gastos, y para con la psicosis, que por leve que sea un síntoma cree que tiene Covid-19.

A mí me parece bien la juramentación que han hecho los políticos que van a defender los derechos fundamentales de las personas, y me pregunto ¿la vida no es un derecho fundamental? ¿la salud no es un derecho fundamental?, claro que sí, sino veamos los artículos de la Constitución. De ahí que el Supremo Gobierno ha hecho muy bien en otorgar bonos a aquellas personas o familias en estado de necesidad y vulnerables, y que además he estado de acuerdo con el adelanto de la CTS, porque ha permitido el retiro del 100% de las CTS, hasta el 31 de diciembre del 2021.

Muchas familias afectadas por la crisis de la pandemia recurrieron a estos fondos cuyos fines es dar protección en caso de desempleo y el trabajador se quede sin ningún tipo de ingreso en tanto esté desocupado.

Los trabajadores se llevaron el total de los CTS, recursos que lo destinaron a gastos, compra de dólares pago de deuda e inversiones.

Ya hemos dicho que desde el mes de mayo hasta el 31 de diciembre gracias a una ley aprobada por el congreso y no observada por el ejecutivo, en estos dos últimos meses (mayo y junio) se habrían retirado unos S/. 5,000 millones de estas cuentas según informe del sistema financiero.

Los aporte a las AFP sirve para tener una jubilación, claro que el monto que recibe un trabajador que ha aportado 40 o 50 años de su vida, es ínfimo ¿acaso esta es equivalente o satisfactoria?, pues no, ya que

no le alcanza para cubrir sus necesidades, y es cuando más lo necesita, muchas veces ya son adultos mayores y los costos de cualquier servicio le cuesta como a cualquier joven, es por eso que en más de un artículo, hemos expresado que el estado debería darles un tratamiento tributario distinto como exonerarse del pago de IGV, medicina y alimentación subsidiada.

14. AL OTORGAR LA CTS DE MANERA ANTICIPADA, ESTO ES, ANTES QUE LA PERSONA TERMINE SU TIEMPO DE SERVICIO, ¿NO ENTRARÍAMOS FRENTE A UNA DESNATURALIZACIÓN DE LA MISMA FIGURA DE LA CTS? ¿O ES QUE LA DESNATURALIZACIÓN DE LA CTS YA SE VENÍA DANDO DESDE HACE MUCHO TIEMPO?

Cuando nació la Compensación por Tiempo de Servicio era para retirar al finalizar el vínculo laboral, pero en varias oportunidades hemos visto, que, frente a un conflicto, ante un reclamo de los trabajadores, los gobiernos han permitido retirar la CTS. Entonces ya desde hace mucho tiempo ya se venía vulnerando su naturaleza.

¿Acaso no existe la Ley N° 30334 donde uno puede retirar todo lo que está por encima de cuatro remuneraciones?, por supuesto que sí, entonces también vendría a ser una desnaturalización aprobada por ley.

Si revisan los convenios colectivos firmados con la federación de empleados bancarias con la asociación de bancos, ahí van a ver que los bancos estaban obligados a dar la CTS cada vez que el trabajador cumplía un año, y eso no tenía efecto cancelatorio.

Entonces yo no veo una desnaturalización reciente, porque está ya se ha dado hace tiempo. Primero en la federación de empleados bancarios, y segundo porque los gobiernos han autorizado sacar la CTS, con fecha 24 de junio de 2015 emitiendo la Ley N° 30334 que permite a los trabajadores disponer de por encima de cuatro remuneraciones, y les pregunto ¿cuál es la diferencia de 4 remuneraciones del total?, ambas son desnaturalizaciones.

Entonces, es mejor permitirle al trabajador el retiro del 100% de su CTS en estos momentos para aliviar sus necesidades, porque es peor que se endeude, venda sus propiedades, y tenga su CTS en un banco ganando una miseria de intereses.

15. ESTA DESNATURALIZACIÓN DEL RETIRO DE LA CTS, ANTES QUE SE CULMINE EL TIEMPO DE SERVICIO, ¿ES CONSTITUCIONAL O INCONSTITUCIONAL?

En primer lugar, la CTS no está regulada por la Constitución, entonces no es un derecho constitucional, ni el retiro es inconstitucional. Y si alguien hubiese pretendido llevar este retiro de la CTS al Tribunal Constitucional, nos preguntamos ¿genera tanto problema?, no, esa plata es del trabajador, que de acuerdo con el Decreto Supremo N° 001-97-TR se crea el depósito en el mes de mayo y en el mes de noviembre que se debe hacer los doceavos de la Compensación por Tiempo de Servicio, entonces, es ahí donde nace los depósitos en las entidades financieras, y estas han estado trabajando estos beneficios, y ¿Cuánto le pagarán al trabajador?, en dólares 1% y en soles 3% o 4%.

16. HAY DOCTRINARIOS Y OPINÓLOGOS QUE ESTÁN EN CONTRA DE LA LIBERACIÓN DEL 100% DE LA CTS, YA QUE SEÑALAN QUE ESTO GENERARÍA UN GASTO PUES SE ESTARÍA ANTICIPANDO SOBRE APORTES QUE TODAVÍA NO HAN REALIZADO A LOS TRABAJADORES, POR TANTO, ESE DINERO SALDRÍA DE LAS PROPIAS ARCAS DEL ESTADO, QUIEN NO TIENE LA GARANTÍA QUE ESOS TRABAJADORES CONTINÚEN CON SUS LABORES. ¿QUÉ OPINA AL RESPECTO?

En primer lugar, la CTS no son aportaciones del trabajador, es un beneficio del trabajador, y el que deposita la CTS es el empleador. Lo que el trabajador elige es la entidad financiera donde se ahorra, y el tipo de moneda en que se ahorra; y el trabajador viene percibiendo los beneficios sociales por dozavos. Por ejemplo, si yo ya tengo un mes trabajando, tengo derecho a un dozavo, entonces por eso que en mayo se hace 6 dozavos, y en noviembre otros 6 dozavos, con lo cual se completa un sueldo. No es que el trabajador lo haya aportado mi querido amigo, lo que pasa es que el empleador lo deposita porque es un sueldo diferido del trabajador por el esfuerzo que está dando al prestar su mano de obra.

17. ¿QUÉ ES LA REMUNERACIÓN INTEGRAL Y CUAL ES EL AMPARO LEGAL?

Es el convenio a través del cual, se acuerdan la remuneración integral anual, que consiste en un acuerdo entre el trabajador y el empleador, para juntar todas las remuneraciones, que el trabajador percibe, incluida la CTS y dividirlo entre 12 y entregarle al trabajador en la oportunidad convenida.

Sólo aplican a la remuneración integral los trabajadores que percibe una remuneración no menor de dos UIT.

Se debe tener presente que la UIT, varía todos los años.

El periodo de pago de la remuneración integral, las partes pueden acordar que sea mensual, bimensual o trimestral.

El empleador deberá realizar las aportaciones a, EsSalud, AFP, ONP y EPS, así como el impuesto a la renta en forma mensual.

Es importante que en el convenio se señalen todos los beneficios que se incluyen en la remuneración integral. Como son los sueldos, las gratificaciones, las asignaciones y la CTS.

La remuneración integral está contemplada en el artículo ocho, del Decreto Supremo 003 — 97-TR Y el artículo 14 del Decreto Supremo 001 — 96-TR

ARTÍCULO 8

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

ARTÍCULO 14

“El convenio sobre remuneración integral a qué se refiere el artículo 41 de la ley, debe precisar si comprende a todos los beneficios sociales establecidos por ley, convenio colectivo o decisión del empleador, o si excluye uno o más de ellos. A falta de precisión, Se entiende que lo comprende a todos, con la sola excepción, de la participación o asignación sustitutoria de las utilidades. Las partes determinarán la periodicidad de pago de la remuneración integral

De establecerse una periodicidad mayor a la mensual, el empleador está obligado a realizar las aportaciones mensuales de ley que afecten dicha remuneración, deduciendo dichos montos en la oportunidad que correspondan “

Los antecedentes de la remuneración integral la encontramos en su inicio en decreto supremo número 05 — 95 -TR, artículo 41, publicado el 18 de agosto de 1995, mediante la cual se faculta al empleador a celebrar este convenio con el personal de dirección, esta norma tenía un carácter excepcional

Con fecha 4 de octubre de 1996, por decreto legislativo 855 se hizo extensivo a los trabajadores que perciben una remuneración mensual no menor a dos UIT, norma que en ese sentido ha sido recogido por el artículo ocho del decreto supremo 003 — 97 -TR

El decreto supremo 003 — 97 — TR, no señala una obligación de celebrar este convenio por escrito puede celebrarse en forma verbal, para evitar contingencias y reclamos en el futuro es conveniente celebrarlo por escrito para que las partes tengan claro en un futuro lo que están pactando

18. ¿LA SUBSANACIÓN ELIMINA EL PAGO DE MULTA POR INFRACCIÓN LABORAL?

Con fecha 11 de julio del 2014, se ha promulgado la Ley N° 30222, que modifica la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, la misma que, en su Única Disposición Complementaria Transitoria ha establecido en el marco de un enfoque preventivo de la política de inspección del trabajo, un periodo de gracia de tres años contados desde el 12 de julio del 2014, plazo durante el cual, el Sistema de Inspección del Trabajo privilegia acciones orientadas a la prevención y corrección de conductas infractoras.

Dicha disposición Complementaria Transitoria, ha establecido en su segundo párrafo que: “Cuando durante la inspección del trabajo se determine la existencia de una infracción, el inspector de trabajo emite un acto de requerimiento orientado a que el empleador subsane su infracción En caso de subsanación en la etapa correspondiente, se dará por concluido el procedimiento sancionador, en caso contrario, continuará la actividad inspectiva”.

Al respecto, el artículo 17.3 del Decreto Suprema N° 012-2013-TR, publicado el 07 de diciembre del 2013, que modificó el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, estableció entre otros aspectos, descuentos de hasta el 90% en las multas que se le impongan a las empresas, siempre que opten por la subsanación del incumplimiento de las normas sociolaborales antes de la emisión del acta de infracción, dicha disposición estaría quedando en suspenso conforme lo señalado en la Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30222.

Por otro lado, hay que tener presente también, el artículo 40° de la Ley N° 2880, Ley General de Inspección del Trabajo, que prevé una reducción del 30% de la multa impuesta cuando se acredite la

subsanción de infracciones detectadas, desde la notificación del acta de infracción hasta el plazo para interponer el recurso de apelación y 50% de reducción de la multa impuesta, cuando resuelto el recurso de apelación, el sancionado acredita la subsanción de las infracciones detectadas dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación.

Como podrá apreciarse, el monto de reducción de la multa, en estos casos previstos en la Ley N° 28806, Ley General de Inspecciones, depende del momento en que el empleador adopte las medidas necesarias para cumplir con las normas indicadas.

Al respecto consideramos que estos procedimientos de reducción de multa reguladas en el artículo 40° de la Ley General de Inspecciones y lo previsto en el artículo 17.3 del Reglamento de la Ley General de Inspecciones, también quedarían suspendidos por los efectos de la Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30222, que como hemos mencionado, establece que, en caso que el empleador subsane el requerimiento efectuado, se dispondrá en la etapa correspondiente la conclusión del procedimiento sancionador que se inicia con la notificación del Acta de Infracción.

Dicha Disposición Complementaria Transitoria también ha establecido que, durante este periodo de tres años, en caso se incumpla con subsanar las infracciones detectadas, la multa que se imponga no será mayor al 35% de la que resulte de aplicar luego de la evaluación del caso concreto sobre la base de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, así como las atenuantes y agravantes que correspondan según sea el caso.

Esta disposición no se aplicará en los supuestos que se afecte la libertad de asociación y sindicación, disposiciones referidas a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, normativa referida a la prohibición del trabajo infantil, y trabajo forzoso, disposiciones que afecten la seguridad y salud en el trabajo, siempre que se haya ocasionado muerte o invalidez permanente al trabajador, y actos de obstrucción a la labor inspectiva.

19. ¿CÓMO ES LA INDEMNIZACIÓN DE ACUERDO AL PROYECTO DE LA LEY GENERAL DEL TRABAJO?

En el año 1917 la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (Queretaro), establece que el patrono que despedía a un trabajador, deberá de cumplir con el contrato o indemnizar con un importe de tres meses de salario, a elección del trabajador.

En la década de los veinte las legislaciones latinoamericanas plasmaron en sus Cartas fundamentales y normatividad legal, la estabilidad laboral y el despido injustificado; así de procederse al despido, el trabajador afectado podrá pedir el pago de una indemnización. El Perú no fue ajeno a ello, fue así como se expidió el Reglamento de la Ley 4916 en el año 1928, en la que se consagró la estabilidad laboral y mediante Decretos Supremos de 1953 y 1958 se estableció que no se podía despedir injustificadamente a los trabajadores con 20 años de servicio.

Con la dación del D.L. N° 18471 durante el gobierno del General Juan Velasco Alvarado, a partir de 1970, se consagró la estabilidad laboral absoluta, señalando que no se puede despedir al trabajador salvo comisión de falta grave, teniendo el trabajador el derecho de solicitar una indemnización, en el supuesto de no pedirse la reposición, la misma que era equivalente a tres meses de remuneración. La

acción indemnizatoria se tramitaba ante el Fuero Privativo de Trabajo. Con la Constitución Política de 1979, por primera y única vez se elevó a categoría constitucional el derecho a la estabilidad laboral absoluta. En 1986 se promulgó la Ley N° 24514 adecuando la legislación laboral a la Constitución de Haya de la Torre.

En 1990 con el gobierno de Alberto Fujimori, se promulgó el D.Leg. N° 728, estableciéndose el despido como una causal de extinción de la relación laboral y la facultad de hacerlo en forma injustificada pero sujeta a una indemnización. En nuestro concepto, esta norma era inconstitucional y crea un conflicto con la Constitución pues su texto pretendió modificarla. La Constitución solo se modifica en la forma señalada en ella y no mediante una Ley.

La estabilidad laboral fue abolida en la Constitución de 1993, que la reemplazó con la protección contra el despido arbitrario, lo que posteriormente motivo la expedición del D.S. N° 003-97-TR, que estableció que, ante la existencia de un despido arbitrario, procede el pago de una indemnización como única forma de resarcimiento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 38 del citado Decreto Supremo “la indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicio con un máximo de doce remuneraciones”, que en buena cuenta vienen a ser un tope de 8 años de servicio.

En el proyecto de la Ley General de Trabajo elaborada por la Comisión de expertos nombrada por el Poder Ejecutivo, se establece que el pago de la indemnización por despido arbitrario o injustificado tendría un tope de 18 sueldos por 16 años, con esta norma estaríamos haciendo más rígida la normatividad laboral; en tal sentido pregunto a los proponentes: ¿habrán considerado la gran cantidad de trabajadores que están en la informalidad?, ¿no será un elemento más que imposibilite la formalización de las empresas? La rigidez y sobre exigencias normativas en materia laboral no contribuyen económico como efecto de la crisis financiera global. Tal vez sea oportuno reflexionar sobre lo afirmado por Rafael Caldera, que señaló que al derecho laboral no hay que hacerlo rígido sino flexible. En realidad, creo que no es una solución el elevar el monto de la indemnización, máxima de 12 a 18 remuneraciones. Normalmente un empleador no despiden a un buen trabajador, más bien si a un mal trabajador; entonces es un premio la indemnización, sobre todo teniendo en cuenta que el trabajo es una mercancía sino una actividad social, mejor sería pensar en la reconversión profesional.

20. ¿ES LA TARJETA LABORAL ANDINA EL CAMINO CORRECTO?

El parlamento Andino ha remitido a consideración de los Congresos y Cancillerías de los países miembros de la Comunidad Andina la recomendación de crear la Tarjeta Laboral Andina (TLA). Esta propuesta tiene como objetivo fundamental permitir que cualquier profesional, trabajador o estudiante, pueda desarrollar su actividad en el espacio comunitario de la CAN con las mismas prerrogativas que poseen en su país de origen. Es así que los profesionales que cuenten con la TLA podrían ejercer su profesión sin más requisito que el título respectivo otorgado en su país de origen. Los trabajadores que tengan la TLA podrían conservar sus beneficios sociales en cualquier país de la CAN, en tanto que los estudiantes tendrían la capacidad de continuar sus estudios en la subregión andina con solo convalidar los certificados otorgados en su país de origen.

De encontrar eco la iniciativa, los países deberán reunirse en el marco de la Comunidad Andina para negociar la manera de cristalizar la propuesta. En el camino, los países andinos encontrarían una serie de dificultades para ponerse de acuerdo al considerar que se trata de una recomendación que se enmarca más en lo político que en lo técnico. Este aserto se sustenta en que se estaría soslayando lo avanzado hasta la fecha con la Decisión 545, al proponerse la creación de manera paralela de la Tarjeta Laboral Andina, instrumento equivalente al Certificado de Trabajo que se encuentra establecido en la citada decisión. De otro lado, al hecho de que en vez de impulsar las reglamentaciones que permitirán implementar la Decisión 545 en toda su parte resolutive, el Parlamento Andino ha optado por proponer solo un instrumento que cumpliera la función de un documento de identidad.

En nuestro entorno subregional, la migración laboral andina continúa teniendo serios problemas para los habitantes del espacio comunitario, debido al vacío normativo originado por la falta de reglamentación e implementación de la Decisión 545 “Instrumento Andino de Migración Laboral”, que fuera aprobada en junio de 2003. Esta norma comunitaria, de naturaleza vinculante para los países andinos, regula y precisa los derechos, beneficios y deberes que corresponden a los trabajadores del régimen laboral privado que se trasladen dentro de la Comunidad Andina de Naciones.

Nuestro país, por su lado, es el único que ha avanzado en la armonización de su legislación a dicha decisión, expidiendo el Ministerio de Trabajo dos resoluciones ministeriales, la N° 279-2004-TR y la N° 009-2006-TR. De lo anterior se advierte que los nacionales de los países miembros de la CAN que se desplacen a trabajar a nuestro país serán tratados como peruanos para los efectos de su contratación laboral, debiendo cumplir con la formalidad de presentar su contrato ante la autoridad laboral para su registro y expedición de su constancia de trabajador migrante andino.

Finalmente, encuentro positivo la recomendación al poner nuevamente como tema de agenda de la CAN, el tema laboral, que por mucho tiempo era soslayado por los temores que subsisten. Sin duda, uno de los pilares en que se sustenta todo proceso de integración entre países, pasa necesariamente por la decisión política de otorgarse mutuamente las máximas facilidades para la libre circulación de sus ciudadanos en el contorno geográfico que lo define. El hecho de sentirse “parte” y no “ajeno a determinado espacio, facilita de manera categórica que los pueblos se integren eliminando así las fronteras que los separan, muchas de ellas mentales, y que impiden una verdadera cohesión. Así lo entendió en su momento la Unión Europea y hoy vemos cómo los resquemores que se alzaron frente a la presencia de un número importante de trabajadores de los países del este han quedado en el recuerdo.

21. ¿QUÉ PAPEL CUMPLE EL TRABAJADOR EN EL CONTRATO DE TRABAJO?

El contrato de trabajo es el acuerdo de dos partes por la cual una de ellas (Trabajador) se obliga a prestar sus servicios de forma personal y subordinada a favor de la otra (empleador) a cambio de un pago (remuneración), recayendo en ésta última las facultades de normar, dirigir y fiscalizar la ejecución de las labores encomendadas al trabajador; y, de sancionar, dentro de los límites de la razonabilidad y proporcionalidad, las faltas e infracciones que el trabajador cometa.

El contrato de trabajo tiene tres elementos principales y dos secundarios. Los principales son: la prestación personal de servicios; la remuneración; y, la dependencia o subordinación (artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-97-TR). Mientras que los secundarios son la exclusividad y la profesionalidad.

De los elementos principales, la dependencia o subordinación es el elemento determinante. Muchas veces, no obstante existir este elemento tipificante, los empleadores, al suscribir los contratos, los han llamado locación de servicios, no sabemos con qué finalidad, si por simulación, por ignorancia o por fraude laboral, para no pagarle sus derechos laborales.

De presentarse esta situación, aplicando el principio de la primacía de la realidad se podrá establecer la dependencia y subordinación; y, por consiguiente, el reconocimiento de todos los derechos laborales. Por ello, podemos afirmar que donde exista este elemento estaríamos frente al contrato de trabajo, aunque su empleador haya denominado al contrato de otra manera.

De encontrarse en alguna situación similar a la descrita, les aconsejo presentar su denuncia ante la SUNAFIL y luego su demanda para que se le reconozca su verdadera situación laboral, ya que el no hacerlo se estaría perjudicando al trabajador al recortarle sus derechos y beneficios; por ejemplo no contaría con el seguro de salud que lo proteja frente a una enfermedad a él, o a su cónyuge e hijos, igualmente con el tiempo tampoco tendría derecho a una pensión por jubilación; de consentir ello, el trabajador estaría permitiendo la informalidad laboral que tanto aqueja a nuestro país.

Conforme vemos por el contrato de trabajo, todo trabajador tiene derechos laborales, como una jornada justa de trabajo de las ocho (08) horas o de cuarenta y ocho (48) a la semana y el pago de horas extras si es que trabaja más allá de esos límites; gratificaciones, de julio y diciembre; pago de escolaridad; CTS; derecho a la seguridad social; jubilación; entre otros. En cambio, aquellos que presentan servicio bajo locación de servicio no tienen derecho a ninguno de estos beneficios laborales.

22. ¿CÓMO OBSERVA LAS PENSIONES DE LA ONP DURANTE LOS AÑOS 2006 AL 2011?

Debo señalar que subsisten los problemas estructurales del sistema previsional de nuestro país, como la baja cobertura, poca o nada cultura previsional, sistemas paralelos y fragmentados, que no se complementan, sino que compiten entre sí con reglas diferentes en perjuicio de los afiliados. Durante el gobierno del presidente Alan García, se dieron cambios muy importantes en la administración del sistema nacional de pensiones (ONP) y que tuvieron como resultado un mejor servicio orientado 100% al usuario, más cercano, más humano y de pleno respeto a sus derechos, así tenemos que, bajo la premisa que "justicia que tarda no es justicia", se inició el gran proceso de desjudicialización de procesos provisionales, con la dación del Decreto Supremo N° 150-2008- EF, en beneficio de miles de pensionistas.

Pasando de la estrategia de dilatar el pago de una pensión mediante todas las maniobras procesales posibles, se tomó la decisión política de reconocer en sede administrativa, los derechos previsionales de miles de pensionistas que veían frustrado el reconocimiento de sus derechos a una pensión por una mala práctica gubernamental de gobiernos anteriores. Esta medida benefició no sólo a nuestros pensionistas, quienes ya no tendrían que pagar abogados para que el Poder Judicial reconozca sus legítimos

derechos, sino que también trajo como consecuencia que la carga procesal de los juzgados de creciera por la no interposición de este tipo de demandas.

Se archivaron más de 90,000 procesos judiciales por el cambio de estrategia procesal adoptado, debido a la aplicación en sede administrativa de precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Poder Judicial, así como a la interposición de allanamientos, desistimientos, escritos de conclusión anticipada del proceso y la no impugnación de sentencias judiciales. Hoy existen más de cien mil procesos judiciales, destinándose aproximadamente S/.70,000.000 millones para el pago de estudios de abogados, que bien pudieran destinarse para mejorar las pensiones de nuestros jubilados (fuente: datos oficiales de la ONP – diario EXPRESO 29/11/15).

Debe continuarse con la desjudicialización iniciada en el gobierno del presidente García, aplicando en sede administrativa, los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, con una adecuada articulación de estrategias procesales para procurar allanamientos y desistimientos, que hoy a la fecha se han paralizado.

En sede Administrativa, en aplicación del Decreto Supremo N° 150-2008-EF, se calificaron más de 70,000.00 casos del Decreto Ley N° 19990, comprometiendo y reconociendo el pago de más de S/. 242 millones, por concepto de devengados (S/. 200 millones) e intereses legales (S/. 42 millones). Se otorgaron atribuciones a las Oficinas Departamentales (La Libertad, Lambayeque, Arequipa, Junín, Ica y Piura), para que califiquen y resuelvan las solicitudes de pensión. Esto evitó que las solicitudes de pensión sigan siendo enviadas a Lima para ser calificadas y resueltas. Se ahorró tiempo y dinero al pensionista, al calificarse su derecho en el lugar de su residencia.

Se creó el Registro Individual del Asegurado – RIA, que constituye la base de datos que permite la verificación de los aportes al Sistema Nacional de Pensiones – SNP y que viabiliza la labor de calificación de las solicitudes de pensión. Mediante los más modernos sistemas y equipos de toda Latinoamérica, se digitalizaron cientos de miles de documentos que estaban dispersos y abandonados en diversos archivos físicos y con los cuales se acreditaron los años de aportación al sistema, lo que permite reconocer y otorgar derechos previsionales en brevísimo tiempo en beneficio del pensionista.

El 23 de mayo de 2010, se publicó el Decreto Supremo No 116-2010-EF, mediante el cual se aprobó el Reglamento de la Ley 29451 que establece el Régimen Especial de Jubilación para la Sociedad Conyugal y las Uniones de Hecho. Este dispositivo benefició a todas aquellas parejas de jubilados que no contaban con los años de aportación suficientes para obtener pensión, permitiéndoles aplicar de manera mancomunada la posibilidad de sumar los años de aportes que, de manera independiente efectuaron al Sistema Nacional de Pensiones y cumplir con ello el requisito de los 20 años de aportaciones.

De esta manera se incluyó y se hizo justicia a miles de familias peruanas que no tenían derecho a nada, no obstante haber aportado varios años de su vida laboral al Sistema Nacional de Pensiones. Esto es una muestra que el crecimiento sí puede y debe beneficiar a la población menos favorecida. En este período, mediante la dación del Decreto Supremo N° 077-2009-EF, el Gobierno autorizó el pago de devengados, en una sola cuota, que estaban fraccionados en varios meses o años.

Asimismo, se otorgaron bonos extraordinarios que en la práctica tuvieron como finalidad incrementar el monto de la pensión y compartir con nuestros pensionistas los efectos del crecimiento sostenido de nuestro país a tasas superiores al 7 %. Esto es un ejemplo de redistribución equitativa de la riqueza. En síntesis, una gestión eficiente que optimizó los tiempos para reconocer derechos y reducir los costos presupuestales, que hoy no se advierte. Volvamos a construir un país en base al servicio y la justicia social.

UNA DE LAS CONSECUENCIAS DEL COVID 19 es que la suspensión perfecta o el despido hará que el trabajador no tenga derecho a esta jubilación porque no llegará a los 20 años de aportación.

23. ¿PUEDE EL TRABAJADOR DISPONER DE UN MAYOR PORCENTAJE DE SU CTS?

Actualmente, el trabajador que está laborando puede disponer frente a cualquier contingencia, de sus cuentas individuales de Compensación por Tiempo de Servicios del excedente de las cuatro remuneraciones brutas.

Al respecto, es bueno recordar que de conformidad con lo establecido por el Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-97-TR, la CTS es un beneficio social que se otorga al trabajador con la finalidad de que pueda cubrir sus necesidades y las de su familia en caso de desempleo o despido. El monto de la CTS, sus intereses, depósitos, traslados, retiros parciales y totales se encuentran inafectos de todo tributo creado o por crearse, incluido el del impuesto a la renta.

De igual manera, se encuentra inafecta al pago de aportaciones al régimen contributivo de la Seguridad Social, al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) y al Sistema Privado de Pensiones.

Es decir, de acuerdo a lo prescrito por la norma antes señalada, la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) tiene la calidad de beneficio social de previsión de las contingencias que origina el cese en el trabajo.

Respecto a este beneficio, tal y como precisa la norma, funciona como un tipo de seguro, pues frente a las contingencias que pueda padecer el trabajador frente al cese en el trabajo y en tanto logre insertarse nuevamente en el mercado laboral, le permitirá cubrir momentáneamente determinadas urgencias.

El retiro de mayo porcentajes, puede permitir solucionar una serie de problemas económicos de un grueso sector de la población, ya que contarán con mayor disponibilidad y liquidez, pudiendo ser utilizado dicho fondo entre otros, para el pago de hipotecas, deudas, etc., y que podrá traer como efecto, que la economía se dinamice.

Actualmente se ha autorizado por ley el retiro del 100% de las CTS hasta el 31 de Diciembre del 2023, esto es una prórroga de la ley anterior que permitió el retiro del 100% de la CTS hasta el 31 de Diciembre del 2021.

24. ¿LAS EMPRESAS CUMPLEN CON EL REQUISITO DE CONTRATAR PERSONAL DISCAPACITADO? MUY POCAS ¿CUÁL ES LA PROTECCIÓN DEL DISCAPACITADO FRENTE AL DESPIDO?

La Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, publicada con fecha 24 de diciembre del 2012 en su Séptima Disposición Complementaria Modificatoria, ha modificado el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que aprueba la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, estableciendo que es nulo el despido que tenga por motivo la discriminación por razón de discapacidad del trabajador.

La consecuencia de obtener una sentencia favorable en el caso de una demanda de nulidad de despido en la reposición del trabajador, con el consiguiente pago de remuneraciones devengadas.

La Séptima Disposición Complementaria también ha modificado el artículo 30°, estableciendo que son actos de hostilidad equiparables al despido, los siguientes: i) los actos de discriminación, ii) la negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad.

Cabe indicar, que cuando estamos frente a un acto de hostilidad equiparable al despido, el trabajador antes de accionar judicialmente, deberá emplazar por escrito a su empleador, imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo enmiende su conducta, según sea el caso.

25. ¿CUÁNDO ES POSIBLE EL DESPIDO DE UN TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD?

Al respecto, además de las causales de despido previstas en el artículo 24 y 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, el artículo 23 de la norma mencionada, ha establecido como causa justa de despido relacionadas con la capacidad del trabajador, las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevinientes, cuando realizados los ajustes razonables correspondientes, impidan el desarrollo de las tareas del trabajador, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros.

Respecto a lo antes señalado, debe tenerse en cuenta que el artículo 52° de la Ley N° 29973, refiere que el personal que adquiere una discapacidad durante la relación laboral tiene derecho a conservar su puesto de trabajo, cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, esta no es determinante para el desempeño de sus tareas, en este caso, dicho personal debe ser transferido a un puesto que sea compatible con sus capacidades y aptitudes, siempre que exista vacante, y que no implique riesgos para su seguridad y su salud o la de otros trabajadores, de no existir esta condición, el trabajador podrá ser despedido.

Por último, cabe señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 49° de la Ley N° 29973, los empleadores privados con más de 50 trabajadores deberán contratar una proporción no inferior al 3% personal con discapacidad, teniendo en cuenta que conforme lo señalado por la Sexta Disposición Complementaria y Final de la Ley mencionada, el incumplimiento del porcentaje de contratación de personas con discapacidad.

Las empresas que cumplan con el requisito de contratar personal discapacitado, resultan ser muy pocas.

26. ¿CUÁLES SON LOS EFECTOS LABORALES DEL DECRETO SUPREMO N° 003-2014-MTC, QUE MODIFICA EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO NACIONAL DE TRÁNSITO?

Mediante Decreto Supremo N° 003-2014-MTC, publicado el 24 de abril del 2014, se ha modificado el Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Tránsito.

Entre las modificatorias, tenemos que el conductor que haya conducido con presencia de alcohol en la sangre o bajo los efectos de estupeficientes, narcóticos y/o alucinógenos, que origine un accidente de tránsito será sancionado con multa de hasta 100% de la UIT, y con la cancelación de la licencia de conducir e inhabilitación definitiva para obtener una licencia.

De la misma manera, se incorpora sanciones, como la suspensión de la licencia de conducir, para infracciones cometidas por conducir y ocasionar un accidente de tránsito con daños personales, al no observar las normas de tránsito dispuestas en el Reglamento en mención. Así, el artículo 299° del Código de Tránsito señala dentro de las medidas preventivas a imponer en caso de accidente de tránsito, la retención de la licencia de conducir, que es un acto de incautación del documento que inhabilita al conductor del vehículo.

La Policía Nacional del Perú, dejará constancia de la retención de la licencia en la papeleta impuesta y dentro de un plazo de veinticuatro (24) horas de retenida la misma inscribirá la medida preventiva de retención de la licencia de conducir en el Registro Nacional de Sanciones.

La Autoridad Administrativa competente, emitirá la resolución de sanción dentro de un plazo de treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de vencido el plazo para presentar descargos o desde presentados éstos, lo que ocurra primero, bajo responsabilidad.

Los efectos laborales en el caso de un trabajador, cuya labor es la de conducir vehículo automotor y se encuentra bajo los supuestos de la norma modificatoria.

Conforme a la norma comentada, luego que la licencia de conducir sea retenida e inscrita la medida preventiva de retención de la licencia en el Registro Nacional de Sanciones, mientras no se levante dicha medida de retención de la licencia de conducir, el trabajador cuya labor es la de conducir vehículos automotores y no motorizados de transporte terrestre, no podrá prestar el servicio al empleador, en la medida que tiene la licencia de conducir retenida, por lo que, en estos casos, se suspenderá el contrato de trabajo, cesando la obligación del trabajador de prestar servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral, hasta lo que resuelva la Autoridad Administrativa sobre la suspensión o cancelación definitiva de la licencia de conducir.

Esta suspensión, entendemos que es de forma perfecta, conforme lo prevé el primer párrafo del artículo 11° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, en tanto el trabajador al verse imposibilitado a prestar servicios por causa imputable a él, no puede cobrar remuneración. Ello, en tanto

la remuneración que se paga es contraprestativa, en tal sentido al no prestar servicios el trabajador, no puede cobrar remuneración, de acuerdo con lo señalado por el artículo 6 de la norma mencionada.

Finalmente, en concordancia con lo previsto en el artículo 28° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, el empleador estará facultado para proceder al despido en el caso de los chóferes o personal que desarrolle sus labores en forma motorizada, si la suspensión o inhabilitación impuesta por la Autoridad Administrativa es de tres meses como mínimo o la cancelación definitiva de la licencia de conducir.

27. GRATIFICACIÓN SIN DESCUENTO

Las gratificaciones en el Perú, se venía otorgando en mayor o menor grado por una costumbre, algunas empresas otorgaban un sueldo en julio y diciembre, otro medio sueldo en julio y un sueldo completo en diciembre, otro medio sueldo en esos meses, es decir, no había uniformidad en su otorgamiento en la medida que era un acto unilateral del empleador, quedaba a criterio de este, si este beneficio se otorgaba.

Paralelamente, también surgió este beneficio por acuerdo entre el empleador y la representación sindical en la negociación colectiva, aquí el otorgamiento era más uniforme, pues era un acuerdo de partes en cuanto al monto y fecha de percepción de dicho beneficio.

Sobre la costumbre como fuente de derecho, la Corte en la Casación Laboral N° 727-2011-CALLAO, señaló que el comportamiento repetitivo de dos años constituye una costumbre, aunque en cuanto a las gratificaciones felizmente fue regulado por norma expresa.

Así tenemos que, la Constitución Política de 1979, en su artículo 44° estableció en su oportunidad, que los trabajadores tenían derecho a las gratificaciones; tuvo que pasar una década para que este beneficio se convierta en obligatorio, y fue recién durante el primer gobierno del Ex -Presidente Alan García Pérez, que se promulgo la ley N.º 25139, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15 de diciembre de 1989, disponiendo que, los empleadores otorgarán con carácter obligatorio a sus trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, dos gratificaciones al año, es así que, ha partir de esa fecha, se hace obligatorio este beneficio que se otorgaba antiguamente por costumbre o negociación colectiva.

Actualmente, conforme lo dispone la Ley N° 27735 Ley que regula el otorgamiento de las Gratificaciones para los trabajadores del régimen de la actividad privada y su Reglamento el Decreto Supremo N° 005-2002-TR., para percibir este beneficio, el trabajador debe haber celebrado un contrato de trabajo y estar laborando durante la quincena de julio o quincena de diciembre o estar en uso del descanso vacacional, de licencia con goce de remuneraciones o percibiendo subsidios de la seguridad social o por accidente de trabajo al momento de pago del beneficio. Si el trabajador no tiene vínculo laboral vigente en la fecha en que corresponde percibir el beneficio, pero hubiera laborado como mínimo un mes en el semestre correspondiente, percibirá la gratificación en forma proporcional a los meses efectivamente laborados, se llama gratificaciones trucas.

Este beneficio, no les alcanza a los trabajadores independientes o los que están bajo un contrato civil de locación de servicios, conforme a las disposiciones del Código Civil.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL, viene efectuando visitas inspectivas para determinar si dicha relación contractual civil se ha desnaturalizado, aplicando para ello el principio de primacía de la realidad, disponiendo en caso de desnaturalización laboral, la incorporación del trabajador a la planilla de la empresa.

En cuanto a la inafectación de las gratificaciones, éstas hasta el año 2008, estaban sujetos a descuento al seguro social y jubilación, es a partir del 01 de mayo del año 2009, que se publica en el diario oficial El Peruano la ley N° 29351, disposición que establece que las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad no se encuentran afectas a aportaciones, contribuciones ni descuentos de índole alguna; excepto aquellos otros descuentos establecidos por Ley o autorizados por el trabajador. Dicho beneficio se ha extendido hasta el 31 de diciembre del 2014 a través de la Ley N° 29714.

En la actualidad está pendiente de discutirse y ojalá se apruebe en el Congreso de la República, que esta exoneración sea también para el Impuesto a la Renta, en beneficio de los trabajadores.

Surge la pregunta si el trabajador puede renunciar a este derecho, la respuesta es no, por cuanto de acuerdo con el artículo 26° numeral 2° de la Carta Constitucional de 1993, los derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes, son irrenunciables, aunque el trabajador renuncie a dichos beneficios, este acto sería nulo.

28. ¿EL TRABAJO ES UN DEBER Y UN DERECHO?

La Constitución de 1979, en su artículo 42 señala "... El trabajo es un derecho y un deber social...". En cambio, la Constitución de 1993, en su artículo 22 señala "El trabajo es un deber y un derecho...".

Pasaremos a explicar la diferencia de si el trabajo es un derecho o un deber.

El orden sistemático del contenido de una norma constitucional obedece a una voluntad política de los constituyentes. Para dilucidar las diferencias conceptuales de lo que es el trabajo como "derecho y un deber social" y un "deber y un derecho", contenidos en las Constituciones de 1979 y 1993, respectivamente, debemos entender el entorno político, económico y social en que se gesta la carta política y luego ejercitar un proceso exegético de los artículos respectivos.

Toda Constitución tiene la función de asegurar la unidad política y el orden jurídico del Estado. Asimismo, refleja un propósito o voluntad de establecer un determinado orden social, económico y político; una determinada forma de convivencia. En su naturaleza y concepción, nos señala George Burdeos, se institucionaliza el status del poder político en ejercicio. Para Karl Loewenstein en toda sociedad existe una Constitución real u ontológica que refleja la cultura social real, sus formas de conducta reconocidas y principios políticos en los que se sustenta la comunidad, formalizada en una Constitución escrita.

El modelo de convivencia delineado en la Constitución del país se impregna de múltiples factores políticos, sociales y económicos, imperantes en el contexto interno del país como a nivel internacional. Este aserto se ve reflejado en las intervenciones en el debate constituyente, plasmado en las diferentes posturas políticas, que luego de arduas negociaciones son recogidas en las respectivas normas constitucionales.

En ese orden de ideas, debemos referirnos a un tema sustancial como son los derechos humanos. En el periodo de 1930 a 1980 se dan grandes avances y se desarrolla toda la teoría de los derechos humanos en el mundo. Producto de determinadas influencias ideológicas y reacciones sociales dominantes en su momento surgieron generaciones de derechos humanos, denominadas de acuerdo al orden en que estas aparecieron. Se conoce como derechos de primera generación a aquellos que resguardan los derechos fundamentales. Los derechos humanos de segunda generación tienen un carácter colectivo y corresponden a determinados grupos sociales. Están constituidos por derechos sociales, económicos y culturales. México fue el primer país que los reconoce en su artículo 123 de Constitución Política de 1917, en que habla del derecho del trabajo. Finalmente, tenemos los derechos humanos de tercera generación, surgidos en la doctrina a partir del 1980, que se vincula con la solidaridad y relacionados por ejemplo a la paz, el medio ambiente, la preservación de los recursos naturales.

En las últimas tres décadas, vemos como en el contexto internacional la globalización y la corriente económica neoliberal ganaron amplia popularidad en el mundo académico y político, como respuesta al fracaso de los preceptos keynesianos que rigieron el mundo a partir de los años 30. Es así como cobro impulso, a nivel mundial y regional, políticas orientadas a reducir el excesivo intervencionismo estatal en materia social o en la economía y se defendió el libre mercado capitalista como mejor garante del equilibrio institucional y el crecimiento económico del país. Igualmente, se materializa en nuevas normas y mecanismos legales, una mayor flexibilización laboral y precarización del empleo, todo ello orientado a incrementar la producción de bienes y mejorar las utilidades en detrimento y reducción de los costos laborales.

En el mismo periodo, a nivel interno, nuestro país signado por el resquebrajamiento del orden democrático institucional. De un lado, fueron doce años (1968-1980) de gobierno militar, autodenominado Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas; que se caracterizó por emprender numerosas y profundas reformas económicas y sociales, que provocar grandes transformaciones en la estructura socioeconómica del país. La falta de libertad y la férrea política represiva contra los partidos de oposición, ocasiona una serie de protestas y huelgas nacionales que obligarían al régimen militar a convocar elecciones para una Asamblea Constituyente y presidenciales posteriormente. De otro lado, el “autogolpe” del ex Presidente Fujimori del año 1992, que afectó seriamente las principales instituciones democráticas del país.

En el periodo señalado, en el Perú se da tanto la Constitución de 1979, como la vigente de 1993. La Constitución de 1979 tuvo un profundo sentido social. El Preámbulo recoge una serie de principios que sustentan tal aserto, entre ellos cabe mencionar el párrafo quinto que señala que el Estado debe promover una sociedad “justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores...donde la economía este al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía”. En lo atingente al trabajo se consagra que es “derecho y deber de todos los hombres y representa la base del bienestar nacional”. Más aún, el artículo 79 señala de manera expresa y plena que el Perú es “una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo”.

Concomitante a lo señalado, vemos que los derechos laborales cobran trascendencia; no solamente se contrae a los artículos de la Constitución que tratan estos derechos sino en la existencia de un capítulo especial bajo la égida del Título I “Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona”. En el capítulo V

del artículo 42 al 57, la Constitución consagra los derechos y la defensa del Estado de la dignidad del trabajo en todas sus modalidades sin discriminación alguna. El extenso artículo 42 reconoce el trabajo como eje central de las relaciones laborales y recoge el precepto que “El trabajo es un derecho y un deber social”.

La Constitución de 1993 -decimocuarta de la historia nacional- entro en vigencia el 31 de diciembre de dicho año, luego de ser aprobada mediante un referéndum. Si bien algunos miembros de la comunidad académica constitucional han señalado que las disposiciones contenidas en la actual carta política son iguales o similares a las que se hallaban en la constitución de 1979, resulta claro el distanciamiento de la ideología social demócrata para incorporar artículos que reflejan una marcada liberalización de la economía. Esta dicotomía se desprende del contenido de algunos artículos. A manera de ejemplo, vemos que el artículo 58° reconoce que somos una “economía social de mercado” y, por otro lado, se recortan los derechos laborales como la estabilidad en el trabajo o la retroactividad de la ley en beneficio del trabajador.

En lo que atañe al trabajo, la Constitución actual de 1993 señala en Capítulo II “De los Derechos Sociales y Económicos”, artículo 22 “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

De los textos anotados en ambas constituciones, vemos que el trabajo tiene un carácter bidimensional. Es un derecho y un deber a la vez. Sin embargo, subsiste la interrogante si las constituciones de 1979 y 1993 han querido decir lo mismo y que, en este caso, el orden de los conceptos no altera el producto. Me inclinaría a pensar que la respuesta a esta interrogante la encontraremos en función del rol que se le esta asignando al Estado y de la competencia del hombre frente a la sociedad.

En efecto, mencionar primero que el trabajo es un derecho implica que el Estado asume la obligación de crear las condiciones para que el hombre pueda desarrollarse. Hay una suerte de binomio inseparable al identificar la actividad con la persona. En la encíclica *Laborem Exercens* que Juan Pablo II le dedico el trabajo, aparece como “una de las características que distinguen al hombre del resto de las criaturas”. A través del trabajo “se realiza a sí mismo como hombre; es más, en un cierto sentido se hace más hombre”.

De otro lado, lleva implícito que el trabajo es base del bienestar, fuente principal de la riqueza y medio de realización de la persona en el desempeño de una actividad y por tanto exigible de responsabilidades al Estado si no cumple con proveer los puestos de trabajo necesarios. Por ello, el derecho al trabajo solo puede ser garantizado en un supuesto de organización económica en que el Estado tenga la capacidad de determinar de manera decisiva la creación de empleos. Resulta a toda luz evidente que esta aspiración es inviable y que detrás de esta línea de pensamiento se aspira a que el Estado, imbuido en el espíritu tuitivo, cumpla con su deber de intervenir, para corregir, distorsiones en la relación entre el prestador de un servicio y el usuario del mismo.

En esta línea de pensamiento, vemos que los constituyentes complementan el espíritu que los inspira en el enunciado que el trabajo es un derecho, con la obligación del hombre para con los demás miembros de su sociedad, como deber social. La fórmula implícita, a nuestro entender, podría interpretarse en que,

creadas las condiciones de trabajo por el Estado, por ser un derecho, el hombre debe cumplir su deber de realizar un trabajo útil para bien de ella misma, de su familia y de la sociedad a la que pertenece.

Diferente perspectiva se observa en la Constitución de 1993, donde el artículo 22 consigna de manera lacónica al trabajo, primero como un deber y luego como un derecho. Desde luego, el cambio significativo en el orden en que se presentan las obligaciones, vemos pues, que guarda estrecha relación con la corriente de pensamiento que prevé un trato o manejo diferenciado por parte del Estado entre los derechos fundamentales y los derechos sociales y económicos. “El Trabajador Migrante Andino” de Luis Nava Guibert, Págs. 31-34.

29. ¿CÓMO SE DA EL USO DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS EN LOS CENTROS DE TRABAJO?

El Ejecutivo ha remitido al Congreso de la República para su debate y aprobación, un proyecto de ley que “regula el uso de medios informáticos para la comunicación en el centro de trabajo”, normando así el adecuado uso de estos medios para una mayor productividad y abordando un tema complejo y sensible que concierne tanto al empleador como al trabajador, por los conflictos laborales que se pueden suscitar por el aparente vacío normativo existente.

A nadie llama la atención observar en nuestro país que las empresas privadas e instituciones públicas, facilitan a sus empleados para su trabajo el uso de cuentas de correo electrónico laboral, conexiones a internet, intranet o redes sociales. A su vez, viene concitando preocupación en los empresarios, los resultados de los estudios elaborados sobre el uso del internet por parte de los trabajadores con fines personales en los centros de trabajo, que muestra sustanciales pérdidas para la empresa a causa de la baja en el rendimiento y productividad laboral, amén de las amenazas de los virus en la red, posible fuga de información e incluso la concertación de acciones (huelgas o paralización) contra el empleador o la empresa.

En el Perú, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral califica en su artículo 25 como falta grave la utilización indebida de los bienes y servicios del empleador o que se encuentren bajo su custodia, sin importar su valor, en beneficio propio o de terceros. En consecuencia, usar el correo electrónico de manera inapropiada es falta grave, sin embargo, cuando se aplica la sanción muchas veces la autoridad que administra justicia ha resuelto inaplicable la sanción bajo el principio de la razonabilidad al no haber proporcionalidad entre la falta y la sanción porque la considera exagerada. Con este proyecto de ley se estaría tipificando la falta y facultando aplicar medidas disciplinarias que podría llegar al despido. Ahora, lo difícil es probar la existencia de esta falta habida cuenta que en nuestro país la privacidad está amparada constitucionalmente en el numeral 10) del artículo 2, que garantiza el derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, salvo por mandato judicial. Más aún, el artículo 23 de la carta magna señala que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales.

El criterio que ha prevalecido en el Ejecutivo para determinar el área donde convergen ambos derechos ha sido la Sentencia N° 1058-2004-AA/TC, emitida por el Tribunal Constitucional, que señala que la empresa o empleador debe formular de manera detallada políticas del uso, seguridad y supervisión de

la correspondencia electrónica y luego divulgarlas con énfasis a los empleados, indicando también las sanciones en caso de su uso incorrecto.

El debate está abierto en el Congreso y las posturas doctrinales son diversas, pero lo que si debemos tener claro es que en esta ley en ciernes debe prevalecer la equidad, que las nuevas tecnologías no presupone un recorte del derecho del trabajador a su privacidad en su centro de trabajo, que se debe guardar una justa proporcionalidad y razonabilidad de la sanción con las circunstancias objetivas o subjetivas concurrentes en la falta y que siendo éste un tema sensible, no se debe dejar al solo consenso de las partes sin que medie, de por medio, un marco referencial.

Es así que el proyecto de ley propone, entre otros aspectos, establecer los límites y condiciones en el ejercicio de las facultades de control, fiscalización y sanción sobre los medios informáticos efectuada por los empleadores al amparo del poder de dirección. Asimismo, fomentar el uso eficiente y racional de dichos medios de comunicación por los trabajadores, sujetos al régimen laboral público o privado, con el objeto de facilitar el mejor desempeño de sus funciones, cautelando, a la vez, los derechos constitucionales de intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador.

El proyecto también plantea que el empleador ponga en conocimiento del trabajador, a través de un Reglamento Interno del Trabajo o documento impreso, las políticas de uso aplicables a los medios informáticos, definiendo con claridad los mecanismos de fiscalización, infracciones y sanciones, frente al inadecuado uso de medios de comunicación. De igual modo, busca regular la potestad del empleador para emplear mecanismos de control y fiscalización de medios informáticos otorgados al trabajador. Se propone, finalmente, precisar que en ningún caso las facultades de control del empleador suponen la interceptación o acceso al contenido de las comunicaciones privadas enviadas o recibidas por los trabajadores.

30. ¿QUÉ DERECHO NUEVO REIVINDICÓ EL GOBIERNO A FAVOR DEL TRABAJADOR?

La administración del presidente Alan García tomó un paso importante y progresivo a favor del trabajador con la promulgación de la Ley N° 29561, que establece la obligación de la cobertura de preexistencias de la capa compleja en el Plan de Salud de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), con lo cual se le reivindica al trabajador un derecho que por varios años se venía soslayando y se le elimina este problema de exclusión en la atención de las enfermedades complejas por parte de las EPS

Una definición comúnmente aceptada a nivel internacional de que es la seguridad social nos la proporciona la Organización Internacional del Trabajo al señalar que: “Es la protección que la sociedad proporciona a sus miembros mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos”.

En el caso de nuestro país, la Constitución vigente consagra este derecho en los artículos N°10, 11 y 12 al señalar que es universal y progresivo para toda persona acceder a la seguridad social; garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas; y,

se manifiesta la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social. Como vemos, la acción protectora tiene diversas facetas, desde las medidas económicas a las medidas de protección sanitaria.

Una somera síntesis sobre el sistema de salud en el Perú nos muestra que este es de reciente data, pues se empieza a configurar en 1936 con la promulgación de la Ley N° 8433 que crea la Caja Nacional del Seguro Social Obrero y que posteriormente se transforma en el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), entidad que tenía a cargo recibir los aportes en salud y pensiones. Más tarde, en enero de 1999, el IPSS pasa a convertirse en lo que hoy es el Seguro Social de Salud (EsSalud), entidad que administra el aporte en salud y permite que el trabajador pueda ser atendido en problemas de salud.

Con miras a modernizar el sistema de salud peruano, mejorar la atención y acortar la brecha en el acceso a servicios entre el sector público y privado, se crearon mediante Ley N° 26790, de mayo de 1997, las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), que están constituidas por empresas e instituciones públicas o privadas distintas de EsSalud, con infraestructura propia y de terceros, y que tienen como fin brindar servicios de atención para la salud. Se estableció que la cobertura que brindaría las EPS para los trabajadores y sus derechohabientes (esposa o concubina, hijos menores de edad o mayores discapacitados) no podría ser inferior al Plan Mínimo de Atención o “Capa Simple, vale decir que cubría dolencias -preexistentes o no- que aquejan con mayor frecuencia y menor complejidad como es la bronquitis, faringitis, parto simple, tumores benignos, por mencionar algunas.

Las coberturas adicionales o referidas a la Capa Compleja, es decir, las de menor frecuencia y mayor complejidad, serían voluntarias y conformen lo pacten las partes, sin que existiera en este caso la obligación de las EPS de cubrir preexistencias, como si lo hace EsSalud. Peor aún, no obstante que el trabajador cuente con un plan de salud adicional que cubriera la capa compleja, de migrar a otro plan empresa o cambiar de trabajo, perdía la cobertura de las enfermedades de capa compleja diagnosticadas durante la vigencia del plan anterior, excluyéndola de atención esta dolencia, aunque en su nuevo trabajo tenga relación con la nueva o misma EPS.

Sin duda, se ha dado un paso importante y solidario a favor de las mayorías laborales. Todos los países miembros de la Comunidad Andina deberían continuar por el mismo camino a fin de que el trabajador migrante cuente con estos nuevos derechos.

31. ¿QUÉ ES EL CONTRATO CAS?

El contrato de trabajo tiene elementos principales y secundarios. Entre los primeros están la prestación de servicios, el pago de remuneración y la dependencia o subordinación. De estos elementos los dos primeros son también elementos de la locación de servicios. El determinante de un contrato de trabajo es la dependencia o subordinación, y que genera las facultades del empleador como: dirección, supervisión, o fiscalización y disciplinarias (amonestación, suspensión o despido).

Antiguamente la Ley de Presupuesto Público prohibía los nombramientos de personal, la intención era que no se incrementara la planilla en la administración pública, por aquella, época las empresas públicas interpretaban que esta ley no los regulaba por cuanto ellos no efectuaban nombramientos sino contrataciones. Cuando se prohibieron, además, las contrataciones se usó el Contrato de Locación de

Servicios como una forma de sacarle la vuelta a la ley, toda vez que la intención del Ejecutivo era que no se incrementara el personal en el Estado.

El Estado al tener ambas prohibiciones durante mucho tiempo utilizó la locación de servicios, contratos no personales, con esta modalidad el trabajador no percibía ningún beneficio laboral (vacaciones, gratificación, compensación por tiempo de servicios, seguro social); no obstante que este tipo de contratación cumplía con todos los requisitos de un contrato de trabajo conforme lo estableció el Dec. Leg. 728, aprobado por Dec. Sup. N° 003-97-TR, y lo que es peor la locación de servicio también fue utilizada por la actividad privada como una forma de simulación o fraude laboral, en tanto por este medio no se pagan beneficios sociales ni aportaciones a EsSalud.

Como una forma de solucionar este abuso, con fecha 27 de junio del 2008, el gobierno de Alan García promulgó el Decreto Legislativo N° 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), reglamentándola por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM de fecha 24 de noviembre del 2008; mediante el cual otorgaba a los empleadores de la administración pública, el poder contratarlos mediante esta modalidad, dándosele como beneficios quince días de vacaciones, descanso semanal obligatorio, jornada máxima de 48 horas, prohibición de pagar menos que la RMV y afiliación a la Seguridad Social.

Más de 5,000 ciudadanos interpusieron demanda de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1057, el Tribunal Constitucional con fecha 31 de agosto de 2010 la declaró infundada, es decir, reconoció la existencia de una nueva modalidad de trabajo lo que hace interpretar que ya no se podrá demandar la inaplicabilidad de los Contratos Administrativos de Servicios por haberlo así establecido el Tribunal Constitucional.

Actualmente existe un Proyecto de Ley N° 00666/2011-PE presentado por el Poder Ejecutivo con fecha 29 de diciembre del 2011, el cual se encuentra en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso. Este otorga además otros beneficios laborales con lo cual estamos plenamente de acuerdo porque la idea siempre fue que los beneficios se fueran incrementando, pero causa preocupación la no renovación del contrato a aquellos que vienen prestando servicios bajo el régimen CAS que ingresaron por concurso. La tendencia es llegar a la igualdad de derechos de todos los trabajadores.

32. ¿LÍMITE A CONTRATACIÓN DE PERSONAL E INVERSIÓN QUE GENERA EMPLEO?

Entre características del contrato de trabajo encontramos la labor personal que implica que la prestación la realiza aquel que fue contratado para hacerlo. Se dice por esto que es *intuitu personae*. De ahí que no se admite la sustitución o reemplazo del trabajador sin el consentimiento del empleador. No olvidemos que en el contrato de trabajo existe un periodo de prueba y es para analizar y observar la capacitación y el desempeño del trabajador.

El contrato de trabajo es celebrado generalmente de buena fe entre ambas partes, en que deben decirse la verdad de los requisitos y condiciones del mismo. El contrato de trabajo es consensual, se realiza sin mayor formalidad, basta el acuerdo de las partes el cual puede ser verbal o escrito. Así conforme al Art. 4° del Dec. Sup. N° 003-97-TR del TUO del Dec. Leg. N° 728 Ley de Productividad y Competitividad

Laboral se entiende que existe un contrato de trabajo si existe prestación personal, remuneración y subordinación.

El Art. 5° del D.S. 003-97-TR señala que los servicios para ser de naturaleza laboral deben ser de forma personal y directamente por el trabajador, no invalidando dicha posibilidad si el trabajador es ayudado por familiares que dependen de él.

En este mismo dispositivo se regula el trabajo a domicilio, así el Art. 87 señala que es aquel que se ejecuta, habitual o temporalmente, en forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por este sin supervisión inmediata del empleador, tal contrato genera una relación laboral entre el trabajador y el empleador estableciendo una suerte de derechos a favor del trabajador.

Por el contrario, el artículo IV del Título Preliminar del Proyecto de Ley General de Trabajo resulta cuestionable, si consideramos que la única excepción para que el trabajador ejecute la prestación es tratándose del trabajo a domicilio; pero no recoge otro tipo de servicio como las labores que pueda realizar un obrero de campo. Este por las características de su labor es factible que sea ayudado por su hijo u otros dependientes. Ciertamente, debió establecerse que la característica de prestación personal del servicio no se pierde así fuera ayudado por familiares directos del trabajador que dependan de él, cuando sea normal por la naturaleza de las labores. Se puede concluir, que la fórmula utilizada en el artículo en comentario es limitada, y no está de acuerdo con el criterio establecido por la Corte Suprema en la Casación N° 49005-2009-Lambayeque.

Debemos resaltar que según el Art. 5° del Dec. Sup. 003-97-TR el trabajador podría ser ayudado por familiares directos que dependen de él cuando la naturaleza del trabajo así lo exija, es decir es flexible, empero el Art. 4° del Título Preliminar, de entrar en vigencia el precitado anteproyecto lo limitaría, en tanto dicha posibilidad estaría reducida sólo al trabajo domiciliario. En nuestro concepto es un retroceso a lo establecido en el art. 5° del Dec. Sup. 003-97-TR. Ciertamente, debería extenderse esta posibilidad a otras labores como las desarrolladas por el trabajador de campo.

33. ¿CÓMO ES EL DERECHO DE TRABAJO SEGÚN LA IGLESIA CATÓLICA?

Concepción del trabajo en la Biblia:

El trabajo puede ser entendido como castigo divino si se da lectura a la Biblia en el antiguo testamento (Génesis, III, 17 y 19) donde Dios condena a Adán a sacar de la tierra el alimento *“con grandes fatigas”*

y a comer el pan “

mediante el sudor de su rostro

”. Es pues, en este contexto, que se da el mensaje que el trabajo es una actividad que implica un castigo y por tanto su concepción es negativa, como una sanción para el ser humano. Incluso, posteriormente con la afirmación del cristianismo aparecen figuras que resaltan el trabajo a tal nivel que llegan a expresar como San Pablo que “

El que no quiere trabajar que no coma”.

La iglesia mostró preocupación en solicitar mejores condiciones para los trabajadores, elevando y resaltando la naturaleza humana y la dignidad del trabajador.

La Revolución Industrial marcó la asimilación del trabajo al universo o mundo jurídico o, en términos más concretos, la coyuntura permitió la aparición del derecho del trabajo. Esta aseveración la comparten muchos autores que llegan a sostener que, si no se hubiera dado en el mundo el fenómeno de la revolución industrial, no hubiera aparecido en el universo jurídico el derecho del trabajo de cuya importancia e independencia nadie puede dudar en la actualidad.

El Papel de la Iglesia Católica:

En los últimos tiempos, fundamentalmente durante los siglos XIX y XX, se ha producido una humanización del derecho del trabajo a través del desarrollo de la doctrina social de la Iglesia Católica. Así tenemos, como ejemplo de ello, la Encíclica Rerum Novarum del Papa León XIII, a través de la cual se concibe al trabajo desde una doble perspectiva: la personal y de necesidad. En efecto, se manifestaría que el trabajo constituye una actividad consustancial o inmanente al ser humano y que es a través de dicha actividad que el hombre logra su subsistencia. Más reciente, tenemos la Encíclica Laborem Exercens, del Papa Juan Pablo II, mediante la cual se concibe el trabajo como un bien del hombre y de la humanidad, no sólo por que transforma la naturaleza, sino que el hombre se hace más hombre.

“...El Trabajo es un bien del hombre, es un bien de la humanidad, porque mediante este no sólo se transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre; es más, en un cierto sentido se hace más hombre...”.

34. ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR JORNADAS ATÍPICAS O ACUMULATIVAS EN EL PROYECTO DE LEY GENERAL DE TRABAJO?

Las jornadas atípicas constituyen una herramienta de gestión dentro del subsistema de mantenimiento de recursos humanos, que dispone el empleador dadas las peculiaridades del servicio o explotación que realiza. De esta manera, la distribución del tiempo de trabajo en unidad determinada, puede exceder de la semana; a diferencia de la jornada típica, donde el trabajo se realiza sólo semanal mente y no debe de exceder de 8 horas diarias o 48 horas semanales.

El Proyecto de Ley de Trabajo elaborado por la Comisión de expertos nombrada por el Poder Ejecutivo, desarrolla la jornada de trabajo y jornadas en sobretiempo en el título IV, capítulo I, subcapítulo I, y dentro de la misma regula en el artículo 235 las jornadas atípicas o acumulativas, estableciendo que, en este caso, el promedio de horas trabajadas en un período máximo de tres semanas no debe exceder de 144 horas.

Ciertamente, este límite está dentro de los parámetros generales regulados por el artículo 2 del Convenio N° 1 de la OIT, ratificado por nuestro país, mediante Resolución Legislativa N° 10195 del 23 de marzo de 1945, y lo señalado por la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 4635-2004-AA/TC de fecha 17 de abril del año 2006, y su aclaratoria del 10 de mayo de dicho año.

No obstante, lo expuesto, no se ha considerado en el comentado Proyecto de Ley General de Trabajo, las normas de excepción de los artículos 5 y 7 de dicho Convenio de la OIT, normas que establecen que, en casos excepcionales, se puede considerar inaplicable el límite de 144 horas en un periodo máximo de tres semanas, en tal sentido se podría establecer un periodo mayor de semanas siempre y cuando no se exceda de 48 horas semanales en promedio, si el gobierno opta por dicha salida legislativa.

En dicho supuesto se tendrá que tener una lista de trabajos clasificados como de funcionamiento necesariamente continuo, tal como lo ha señalado la Comisión de Expertos de la OIT en el Informe III, Parte IV, Tercer Párrafo del orden del día, Ginebra 1967 (1).

Sucede que hay actividades laborales como se da en el caso de la actividad marítima, en donde se desarrollan trabajos de transporte, mantenimiento o reparación de plataformas petroleras alejadas de nuestras costas, mediante las cuales se extrae petróleo del zócalo marítimo, entre otras operaciones. Así, los trabajadores de mar contratados para realizar dichas labores pueden verse obligados por la naturaleza de sus labores a estar embarcados por más de tres semanas.

De esta manera, por ejemplo, podría una empresa que se dedica a actividades marítimas, tener trabajadores de mar contratados en un régimen atípico de nueve horas diarias por 32 días de trabajo, con un descanso de diez días. Si dividimos las horas laboradas en los 42 días que comprende el periodo (6 semanas), la jornada semanal promedio es de 48 horas.

Al respecto, sirve como referencia el Convenio sobre Trabajo Marítimo de la Organización Internacional del Trabajo del año 2006, que, aunque no haya sido ratificado por el Perú, nos puede servir de pauta para considerar a dicha actividad como especial. En esta norma en la Regla N° 2.4, numeral 2, se establece que deberán concederse a la gente de mar permisos para bajar a tierra, con el fin de favorecer su salud y bienestar, y que estas sean compatibles con las exigencias operativas de sus funciones.

Se puede concluir, que se estaría perdiendo una valiosa oportunidad de generación de inversión y empleo, de aprobarse la norma bajo comentario sin establecer una relación de trabajos excepcionales, donde no resulte de aplicación dicho límite a la jornada atípica de 144 horas en un periodo máximo de tres semanas.

35. ¿CÓMO SE DEBE DAR EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS LABORALES A LOS TRABAJADORES?

Son cinco elementos que caracterizan al contrato de trabajo, de ellos, tres principales que son la prestación personal del servicio, el pago de la remuneración y la dependencia o subordinación, y dos secundarios, como es la exclusividad y la profesionalidad.

De acuerdo al Decreto Supremo N° 003-97-TR, cuando se advierten estos elementos, se presume la existencia de un contrato de trabajo indeterminado. Siendo el trabajo un derecho protegido por los artículos 23° y siguientes de la Constitución Política del Estado, creemos que debió conceptualizarse que es un contrato de trabajo y no presunción como está desarrollado en la norma mencionada.

Un trabajador cuya relación laboral se rige por las normas de la contratación laboral de la actividad privada en general, le corresponde todos los beneficios laborales, tales como, una remuneración, jornada

de trabajo de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, vacaciones, gratificaciones, pago de la compensación por tiempo de servicios, seguridad social, jubilación entre otros derechos.

En el sector privado se sigue contratando aun a muchos trabajadores bajo la figura de locación de servicios, cuando en realidad son contratos de trabajo, y como consecuencia de ello, dichos trabajadores no cuentan con ningún beneficio laboral. Desde el año 2009, el Sistema de Inspección del Trabajo ha venido efectuando inspecciones laborales a este grupo de trabajadores, quienes efectúan las mismas tareas que otro trabajador que está en planilla y que por el principio de primacía de la realidad les corresponde ser contratos bajo el régimen legal del Decreto Legislativo N° 728.

Nos preguntamos ¿Vale la pena contratar a ese trabajador bajo esta modalidad de la locación de servicio a sabiendas de que es un contrato de trabajo?. Consideramos, que no, ya que en dicha relación se presentan los elementos del contrato de trabajo antes explicado.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, emitió el Lineamiento N° 001-2009-MTPE/2/11.4, documento que contiene las pautas a seguirse a nivel nacional para la fiscalización del trabajador contratado por locación de servicios, disponiéndose en caso de infracción, su incorporación a la planilla de la empresa y en caso de incumplimiento, la multa correspondiente.

En el sector público, durante años, se contrataba trabajadores bajo la modalidad de servicios no personales sin derecho laboral alguno, a partir del 28 de junio de 2008, durante el gobierno del ex Presidente Alan García Perez, se promulgó el Decreto Legislativo N° 1057 que creó el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) dirigido a solucionar la problemática de los casi más de 200 mil trabajadores del Estado que venían laborando sin ningún beneficio, reconociéndose derechos laborales que antes nunca se había reconocido, tales como, vacaciones remuneradas, jornada de ocho horas de trabajo, descanso semanal y seguridad social. Fue el inicio de un cambio progresivo y trascendental en cuanto a derechos laborales de decenas de miles trabajadores profesionales, técnicos y auxiliares en todo el aparato estatal que antes no gozaban.

36. ¿CÓMO SE DA LA PROTECCIÓN A LA MADRE, MENORES E IMPEDIDOS QUE TRABAJAN?

El texto constitucional vigente partiendo de una visión proteccionista privilegiada extiende su manto protector en el terreno laboral a tres sujetos laborales que por particulares circunstancias merecen un tratamiento tuitivo especial tales como son: la madre trabajadora, el menor de edad y la persona con discapacidad. En tal sentido, cumpliendo con esta premisa constitucional la normatividad infraconstitucional ha desarrollado una legislación que apunta a favorecer a la madre trabajadora, al menor de edad y a la persona que adolece de discapacidad.

1. En cuanto a la madre trabajadora, el texto constitucional vigente, en su artículo 23, se ocupa primero de protegerla. Busca evitar un tratamiento discriminatorio contra la mujer trabajadora que se encuentra en estado de gravidez o embarazo. Esta situación, que responde a la naturaleza, es uno de los pocos aspectos que diferencian biológicamente a la mujer del varón. Por ende, el Estado orienta sus esfuerzos a dotar a la mujer trabajadora embarazada de una tutela particular.

Este rasgo diferencial y tutelar, se viabilizar en los siguientes aspectos puntuales:

- Si el despido de la trabajadora se produce durante su estadio de embarazo o en los días posteriores al parto (98 días), se presume, salvo prueba en contrario, que la ruptura del vínculo laboral se ha producido por dicha situación. Nuestra legislación considera esta situación como un despido nulo y en tal sentido, es factible impugnar dicho despido y lograr su reposición en el empleo. La reinstalación de la madre trabajadora permite la continuidad laboral privilegiando su situación biológica y la manutención de su hijo, artículo 29 del Decreto Supremo 003-97-TR.
- Según la Ley N° 26644, la trabajadora gestante tiene derecho a gozar de días de descanso prenatal y días de descanso postnatal. En caso de parto múltiple, según, la Ley N° 27606, el descanso post natal se extiende por 30 días naturales adicionales. El descanso prenatal puede ser diferido y ejercido de forma conjunta con el posnatal luego del parto. La madre trabajadora puede gozar del subsidio por maternidad siempre que tenga vínculo laboral vigente al momento de la concepción. Estas medidas privilegian su estado de salud y la etapa puerperal posterior al parto, que implican una serie de cambios físicos y mentales.
- La madre trabajadora goza del permiso por lactancia por mandato de la Ley N° 27591, mediante el cual se le otorga una hora de permiso diario dentro de la jornada laboral hasta que su menor hijo alcance del año de edad. Si el parto es múltiple el permiso por lactancia se incrementa una hora más. De igual modo, si es afiliada regular de EsSalud recibirá el subsidio por lactancia. Esto es relevante pues en la actualidad estudios médicos han demostrado que la leche materna es un alimento natural fundamental e insustituible para los menores. Es de notar también que recientemente se ha creado el primer banco de la leche en el Perú.
- La madre trabajadora goza de la posibilidad de adicionar, luego de su descanso post natal, su goce de descanso vacacional.
- En caso de riesgo en las labores de la trabajadora gestante esta podrá solicitar con el certificado correspondiente la reasignación a otro puesto para salvaguardar la salud no solo de ella sino del producto de la concepción.
- El artículo 1 del Decreto Supremo N° 009-2006-MIMDES prescribe que, en las entidades del sector público, donde laboren 20 o más mujeres en edad fértil es obligatorio contar con un lactario.

2. En cuanto al menor de edad que trabaja, el Artículo 23 de la Constitución también lo dota de un campo especial de protección. Su trabajo se encuentra regulado en la Ley Nro. 27337, Código de los Niños y Adolescente. Según esta norma el adolescente puede desempeñar un trabajo actividad laboral. Es decir, aquella persona entre 12 y 18 años de edad. El adolescente que trabaja es protegido de manera especial por el Estado, el cual le reconoce su legítimo derecho al trabajo, pero bajo ciertos parámetros, como que no se produzca explotación económica, que no se afecte sus estudios ni su desarrollo espiritual y mental, entre otros. Cabe observar que el Perú ha ratificado el Convenio 138 de la OIT, permitiendo nuestra legislación el trabajo desde los 12 años siempre que no perjudiquen su salud o desarrollo.

Se ha establecido también un tratamiento especial en cuanto a la duración de la jornada de trabajo, estableciéndose que entre 12 y 14 años la jornada de trabajo es entre 4 horas diarias o 24 horas semanales. Entre los 15 y 17 años la jornada es entre 6 horas diarias o 36 horas semanales. Asimismo, existe un procedimiento especial para la autorización del trabajo de adolescentes ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), el cual deben realizar en compañía de sus padres o tutores. De no contarse con dicha autorización el adolescente no podrá desarrollar la actividad laboral. Entonces,

aquel que lo contrate sin esta autorización incurrirá en una grave infracción y será pasible de una fuerte multa por parte del MTPE.

El adolescente trabajador deberá contar con una libreta en donde se indiquen sus datos personales, la labor que desempeña, su horario, su remuneración y la escuela a la que asiste. Asimismo, se encuentra facultado para accionar o reclamar tanto administrativamente como judicialmente frente al incumplimiento laboral de su empleador.

El trabajador adolescente tendrá derecho a los mismos beneficios que cualquier trabajador; por ende, tendrá derecho a CTS, vacaciones, gratificaciones, seguridad social, pensiones e incluso al ejercicio de los derechos colectivos.

3. Finalmente, la Constitución Política enfoca su atención a lo que denomina “el impedido que trabaja” y que en la terminología actual se conoce como trabajador con discapacidad. En tal sentido, las persona que adolecen de algún tipo de disparidad gozan de un tratamiento especial para realizarse como trabajadores y llevar a cabo una actividad laboral. Como regla general se entiende que la persona que presenta alguna discapacidad como sujeto laboral tiene, sin restricción, todos los beneficios y derechos que corresponden a un trabajador. Cualquier acto en contrario constituye un acto de discriminación en el empleo que se considera que una infracción muy grave en la normatividad. El ámbito normativo de protección de los derechos laborales de los trabajadores con discapacidad se encuentra en la Ley No. 27050. Manifestaciones concretas de esta protección se encuentran, por ejemplo, en la bonificación del 15% del puntaje final obtenido en los concursos públicos, en el requerimiento de que por lo menos el 3% del personal de las instituciones públicas sean personas con discapacidad, en la existencia de créditos preferenciales, incentivos tributarios, entre otros aspectos. Es decir, existe una orientación para privilegiar el trabajo de las personas con discapacidad, por ley se ha señalado un porcentaje de contratación de este personal en las empresas.

Una clara y nueva demostración de que la legislación laboral peruana en los últimos tiempos ha destinado esfuerzos a la protección de la madre gestante, del menor de edad y de la persona con discapacidad se expresa en que en la nueva Ley Procesal del Trabajo Nro. 29497, concretamente en el artículo 10 se regula la defensa pública a cargo del Ministerio de Justicia (por los abogados de oficio) para los citados sujetos laborales.

37. ¿QUIÉN ES EL TRABAJADOR MIGRANTE ANDINO?

El actual mecanismo de integración subregional denominado Comunidad Andina de Naciones (CAN) tuvo como antecedente al denominado Pacto Andino o Acuerdo de Cartagena. El 26 de mayo de 1969, cinco países sudamericanos (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú) firmaron el mencionado Acuerdo de Cartagena, con el propósito de lograr la integración y la cooperación económica y social entre sus habitantes.

El 13 de febrero de 1973, Venezuela se adhirió al Acuerdo y el 30 de octubre de 1976 Chile se retiró del mismo.

Actualmente, de manera formal, los países que integran la CAN son Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú; habiéndose producido el retiro de Venezuela en abril de 2006.

En la historia de este organismo, se observa que la problemática del trabajador migrante andino es de reciente data y que aún resta implementar una serie de medidas a nivel interno de cada país como en conjunto, con el fin de contar con un marco normativo adecuado a las necesidades actuales. En este escenario surge la denominada “Decisión 545, Instrumento Andino de Migración Laboral”, de 25 de junio del año 2003, que es una norma comunitaria de naturaleza vinculante para los países de la CAN. Esta Decisión constituye una herramienta legal de primer orden que regula la migración laboral de los nacionales andinos. En ella, se regulan y precisan los derechos, beneficios y deberes que corresponden a los trabajadores que se trasladen dentro de la Comunidad Andina de Naciones.

Tal como se desprende del artículo 2° de la Decisión 545, esta normativa se aplica al trabajador perteneciente al régimen laboral privado, quedando excluido el empleo en la administración pública y en aquellas actividades contrarias a la moral, al orden público, a la vida y a la salud de las personas y a los intereses esenciales de la seguridad nacional. Por ende, al trabajador migrante andino de nacionalidad boliviana, colombiana o ecuatoriana que pretenda laborar en el Perú, solo le será posible hacerlo dentro del ámbito del sector privado, aunque lo deseable sería que en un futuro cercano se influya también al sector público.

En cuanto a nuestro país la Decisión 545 estará sujeta a los alcances de la legislación laboral establecida por el TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR y todas las disposiciones del régimen laboral privado conexas con esta.

Las clases de trabajadores son:

Trabajador con desplazamiento individual.- Es aquella persona natural de un país miembro de la CAN que se traslada a otro miembro con fines laborales, por haber suscrito un contrato de trabajo o por tener una oferta de empleo desde el país de inmigración. En ambos casos, bajo una relación de dependencia.

Trabajador de empresa.- Es aquel que se traslada a otro país miembro distinto al país de su domicilio habitual por un tiempo mayor a los 180 días por orden expresa de la empresa para lo cual labora bajo relación de dependencia, sea que la misma ya este instalada en otro país, tenga en curso legal un proyecto para establecerse, o realice un proyecto especial allí.

Trabajador de temporada.- Por su propia denominación, es el nacional andino que se traslada a otro país para realizar trabajo o labores de naturaleza cíclica o estacional, tales como por ejemplo, labores de carácter agrario, pecuario, o forestal. El ingreso de estos trabajadores requerirá la existencia de un contrato que ampare a uno o varios trabajadores con precisión la labor y el tiempo en que la misma se desarrollara. Se les debe garantizar su alojamiento y el pago de los gastos que acarrea su desplazamiento.

Trabajador fronterizo.- Es el trabajador al nacional andino, que manteniendo su domicilio habitual en un país miembro se traslada continuamente al ámbito fronterizo laboral de otro país miembro para cumplir su actividad laboral. Un ejemplo típico de este trabajador sería el caso de un peruano que labore en el Ecuador, cruzando diariamente la frontera, para luego retornar a su país.

Resulta importante destacar el hecho que, al trabajador migrante andino, por el principio de igualdad de trato y de oportunidades, se le consideran los mismos derechos y beneficios que cualquier trabajador

connacional. En ningún caso se le sujeta al trabajador migrante andino a discriminación por razones de nacionalidad, raza, sexo, credo u otros.

Igualmente, el artículo 11 de la Decisión 545 garantiza al trabajador migrante andino los derechos de sindicalización y negociación colectiva; de conformidad con nuestra legislación y los convenios de la OIT ratificados por el Perú.

Por otro lado, se garantiza que el trabajador migrante andino goce de la libertad de transferencia de los fondos provenientes de su trabajo, que las rentas que provienen de su trabajo sean únicamente gravadas en el lugar donde estas se originaron, que pueda acceder libremente a las instancias administrativas y judiciales para ejercer sus derechos, así como el acceso a los sistemas de seguridad social. En este último aspecto, debe entenderse que, si su tratamiento es igual al de un connacional al momento de relacionarse laboralmente, tenga que incorporarse como asegurado, en un sistema de seguridad social en salud, en principio, EsSalud o en caso del sistema previsional o de pensiones podría incorporarse legítimamente al sistema nacional de pensiones – ONP o al Sistema Nacional de Pensiones – AFPs. “El Migrante Andino” de Luis Nava Guibert.

38. ¿QUÉ ES EL DERECHO AL TRABAJO?

EL DERECHO AL TRABAJO: CONCEPTO

Es opinión general de la doctrina el reconocer que el derecho al trabajo tiene un contenido genérico y otro específico. El primero se refiere al derecho de toda persona a obtener un empleo, para lo cual el Estado tendrá que ejecutar políticas sociales que incentiven la generación de empleo. El segundo se refiere a la conservación del empleo, siendo este último aspecto el que se identifica con el derecho a la estabilidad en el trabajo.

Así, según GORRELLI HERNANDEZ, el derecho al trabajo tiene dos facetas: a) la faceta pública, la cual se relaciona a la labor de los poderes públicos para fomentar el empleo; b) la faceta privada, relacionada al derecho del trabajador a ocupar un puesto laboral hasta que ocurra una causa justa por la que sea despedido. Esta posición teórica es mantenida por gran parte de la doctrina española, la cual se ve reforzada por la jurisprudencia de ese país. En efecto, el Tribunal Español (sentencia 22/81) tiene la privada, al referirse a “conservar el puesto de trabajo que se tiene”.

De la misma forma, para NESTOR DE BUEN, “el derecho al trabajo presente, sin duda, varias formas de manifestaciones. Podríamos hablar, en primer término del derecho a adquirir un empleo, en segundo lugar, el derecho a conservar un empleo”. Esta doble dimensión del derecho al trabajo también es sostenida por gran parte de la doctrina nacional (por ejemplo, SANGUINETI RAYMOND, BLANCAS BUSTAMANTE, NEVES MUJICA, etc.).

Este doble contenido del derecho al trabajo ha sido acogido, tanto por la doctrina, los instrumentos internacionales y la interpretación seguida por el Tribunal Constitucional en sus pronunciamientos. Sin embargo, para otros autores, el derecho al trabajo tiene tres aspectos, mutuamente vinculados.

En ese sentido, para SASTRE IBARRECHE “en el derecho al trabajo constitucionalmente diseñado aparece individualizado tres aspectos: en primer término, la pretensión protegida por el propio texto

constitucional, de conseguir una ocupación; en segundo lugar, la garantía de un puesto de trabajo adecuado y, finalmente, un puesto estable. (Luis Nava, en el "Despido Arbitrario", 2004)

En todo caso, resulta claro que el derecho al trabajo es considerado como uno de los fundamentos jurídicos del derecho a la estabilidad en el trabajo, pues es una de sus dimensiones fundamentales. El Derecho de Trabajo está dividido, académicamente, en tres partes:

- 1) Derecho Individual de Trabajo;
- 2) Derecho Colectivo de Trabajo; y,
- 3) Derecho Procesal del Trabajo.

39. ¿QUÉ ES EL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO?

El derecho laboral proviene del Derecho mixto (público y/o privado) que gobierna las relaciones entre empleadores y trabajadores; y de ambos con el Estado en lo concerniente al trabajo subordinado, en lo tocante a las profesiones y a la forma de prestación de servicios, y también en lo relativo a las consecuencias jurídicas mediatas e inmediatas de la actividad laboral. La parte relativa al contrato de trabajo pertenece al Derecho Privado, mientras que la intervención del Estado para tutelar los derechos del trabajador pertenece al Derecho Público.

Así, el Derecho del trabajo se divide en Derecho individual del trabajo (el contrato de trabajo, la forma como deben proceder las partes durante la ejecución del trabajo, la remuneración, la terminación del contrato de trabajo, los regímenes especiales de contratación laboral) y Derecho del trabajo colectivo (negociaciones colectivas, sindicalización, etc.).

El Derecho Individual del Trabajo tiene como objeto de estudio la regulación de las relaciones jurídicas nacidas entre empleadores y trabajadores, sus derechos y obligaciones, siempre con un carácter social a favor de estos últimos.

Esta es la acepción que la generalidad de la doctrina especializada, tanto nacional como comparada, atribuyen al Derecho Laboral Individual. Este mismo criterio se plasma en los Convenios y Recomendaciones aprobadas por la Organización Internacional del Trabajo (del cual el Perú es miembro) a fin de que sus asociados la impriman dentro de su legislación interna.

Uno de los aspectos que se le ha criticado al Derecho Laboral Peruano es, precisamente, que no cuente con un Código de Trabajo, tal como ocurre con el Derecho Civil (Código Civil) y el Derecho Penal (Código Penal), encontrándose su legislación dispersa, lo que hace que los sujetos involucrados en las relaciones de trabajo (empleador y trabajador) no conozcan a cabalidad sus derechos y obligaciones, incurriéndose en una serie de actos contrarios a la legislación. Sin embargo, tal situación parece remediarse con la elaboración del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo.

40. ¿CÓMO HA IDO LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL PERIODO DE PRUEBA?

Procedemos a efectuar un estudio sobre la evolución legislativa del periodo de prueba desde su inicio hasta la ley actual.

- REGLAMENTO DE LA LEY N° 4916 (Ley del Empleado)

Art. 6.- DURANTE LOS TRES PRIMEROS MESES, PERIODO QUE SE CONSIDERA DE PRUEBA, el empleado no gozara de ninguno de los derechos, indemnizaciones o beneficios señalados por la ley.

- Ley N° 6871 del 02 de mayo de 1930, en su Art. 4° Ratifico el plazo de tres meses para el periodo de prueba.

El Decreto Ley N° 14218 del 19 de Octubre de 1962 (norma sobre el periodo DE PRUEBA PARA LOS EMPLEADOS Y OBREROS)

Art. 1.- “Los empleados y obreros despedidos DENTRO DEL PERIODO DE PRUEBA DE TRES MESES percibirán por concepto de COMPENSACION POR TIEMPO DE SERVICIOS, UN DOZAVO DE SU REMUNERACION mensual por cada mes de labor”.

- EL DECRETO LEY N° 18471, dispone que el derecho a la estabilidad laboral ERA ADQUIRIDO POR EL TRABAJADOR AL SUPERAR EL PERIODO DE PRUEBA (tres meses).
- El Decreto Ley N° 22126 mantuvo el plazo de periodo de prueba en tres meses.
- El Art. 2° de la Ley N° 24514 señalaba en tres meses dicho plazo.
- El Decreto Legislativo N° 728 (Ley de Fomento al Empleo – 1991) Vigente la constitución de 1979

Art, 43”.- “EL PERIODO DE PRUEBA ES DE TRES MESES A CUYO TERMINO EL TRABAJADOR ALCANZA DERECHO A LA ESTABILIDAD. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores a desarrollar requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación puede resultar justificada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de TRABAJADORES CALIFICADOS y de un año tratándose de personal de DIRECCIÓN O QUE DESEMPEÑE CARGOS DE CONFIANZA”.

- La Ley N° 26513 del 27 de JULIO DE 1995, decretada para adecuar el Dec. Leg. N° 728 (Ley de Fomento al Empleo) al artículo 27° De la Constitución de 1993, modifico el mencionado artículo, estableciendo lo siguiente:

Art. 43”.-EL PERIODO DE PRUEBA ES DE TRES MESES, A CUYO TERMINO EL TRABAJADOR ALCANZA DERECHO A LA PROTECCION CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal programación pueda resultar justificada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores CALIFICADOS O DE CONFIANZA y de un año en el caso de PERSONAL DE DIRECCION.”

- Decreto Supremo N° 003-97-TR

Artículo 10”- El Periodo de Prueba es de TRES MESES, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder en conjunto con el periodo inicial de SEIS MESES EN EL CASO DE TRABAJADORES CALIFICADOS O DE CONFIANZA Y DE UN AÑO EN EL CASO DE PERSONAL DE DIRECCION.

- Decreto Supremo N° 001-96-TR (Reglamento del Dec. Leg. 728)

Artículo 17°.- El exceso del periodo de prueba que se pactara superando los seis meses o el año en el caso de trabajadores calificados o de confianza, respectivamente, no surtirá efecto legal alguno.

- Decreto Supremo N° 001-96-TR (Reglamento del Dec. Leg. 728)

Artículo 16°.- En caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba establecido por la Ley. No corresponde dicha acumulación en caso de que el reingreso se haya producido a un puesto notorio y cualitativamente distinto al ocupado previamente, o que se produzca transcurridos tres (3) años de producido el cese.

41. ¿EN QUÉ CONSISTE EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS?

El contrato de trabajo tiene elementos principales y secundarios. Entre los primeros están la prestación de servicios, el pago de remuneración, la dependencia o subordinación. De estos elementos los dos primeros son también elementos de la locación de servicios. El determinante de un contrato de trabajo es la dependencia o subordinación lo que genera las facultades del empleador: dirección, supervisión o fiscalización y disciplinarias (amonestación, suspensión o despido).

Antiguamente la Ley de Presupuesto Público prohibía los nombramientos de personal, la intención era que no se incrementara el personal en la administración pública, por aquella época las empresas públicas interpretaban que esta ley no los regulaba por cuanto ellos no hacían nombramientos sino contrataciones. Cuando se prohibieron, además, las Contrataciones, se usó el Contrato de Locación de Servicios como una forma de sacarle la vuelta a la ley, toda vez que la intención del Ejecutivo era que no se incrementara el personal en el Estado.

Al tener ambas prohibiciones el Estado usó durante mucho tiempo la locación de Servicios y los Contratos No personales, siendo que en estas modalidades el trabajador no tenía ningún beneficio laboral.

El Estado durante mucho tiempo utilizó la locación de servicios, contratos no personales, con esta modalidad el trabajador no percibía ningún beneficio laboral (vacaciones, gratificación, compensación por tiempo de servicios, seguro social); no obstante que este tipo de contratación cumplía con todos los requisitos de un contrato de trabajo conforme lo estableció el Dec. Leg. N° 728, ahora artículo 4 del TUO del Dec. Leg. N° 728, aprobado por Dec. Sup. N° 003-97-TR, y lo que es peor la locación de servicio también fue utilizada por la actividad privada como una forma de simulación o fraude laboral, en tanto por este medio no se pagan Beneficios Sociales ni aportaciones a EsSalud.

Como una forma de solucionar este abuso , con fecha 27 de junio del 2008, el gobierno de Alan Garcia promulgo el Decreto Legislativo N° 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), reglamentándola por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM de fecha 24 de noviembre de 2008; mediante el cual otorgaba a los empleados de la administración pública, el poder contratarlos mediante esta modalidad, dándosele como beneficios quince días de vacaciones, descanso semanal obligatorio, jornada máxima de 48 horas, prohibición de pagar menos que la RMV y afiliación a la Seguridad Social.

Mas de 5,000 ciudadanos interpusieron demanda de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N2 1057, el Tribunal Constitucional con fecha 31 de agosto del 2010 la declaro infundada, es decir, reconoció la existencia de una nueva modalidad de trabajo lo que hace interpretar que ya no se podrá demandar la inaplicabilidad de los Contratos Administrativos de Servicios por haberlo así establecido el Tribunal Constitucional.

La única manera de incrementar estos beneficios seria derogando o modificando la ley. Actualmente existe un Proyecto de Ley N° 0666/2011-PE presentado por el Poder Ejecutivo con fecha 29 de diciembre del 2011, el cual se encuentra en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso. Este otorga derechos laborales y elimina el régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios con lo cual estoy plenamente de acuerdo por que la idea siempre fue que los beneficios se fueran incrementando. La tendencia es llegar a la igualdad de derechos de todos los trabajadores.

Como consecuencia de este proyecto se ha presentado cierta preocupación en los diferentes ministerios; se está despidiendo al personal contratado bajo el régimen del CAS, no obstante que han sido seleccionados por concurso, sin ningún matiz político.

Hoy nos encontramos que están prohibiendo contratar nuevos contratos CAS.

42. ¿QUÉ SIGNIFICA EL CONTRATO DE TRABAJO SEGÚN LA LEGISLACIÓN?

Respecto a la evolución legislativa de la definición del contrato de trabajo en nuestro país, debemos precisar que actualmente existe una deficiente definición legal del contrato de trabajo.

A nivel constitucional, el texto de 1933, no hizo mención a un concepto específico sobre el contrato de trabajo. De igual forma, la Constitución de 1979, solamente utilizaba el término relación laboral, siguiendo la suerte de su antecesora en no definir al contrato de trabajo. A manera de ejemplo, se puede apreciar lo estipulado en el artículo 42° del mencionado texto constitucional, que expresamente establecía “En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad”. (el subrayado es nuestro). Del mismo modo, en la actualidad, nuestra vigente Constitución de 1993 solo hace referencia a la relación laboral y no menciona al Contrato de Trabajo ni lo conceptualiza, tal como se puede apreciar en su artículo 26° que señala: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...)”. (el subrayado es nuestro); y en el último párrafo del artículo 23°, el cual expresamente estipula que: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. (el subrayado es nuestro).

De lo expuesto, es necesario establecer que entendemos por Relación de trabajo.

Al respecto, a la Relación de Trabajo se le conoce como el conjunto de derechos y obligaciones de los empleadores y trabajadores que emergen o son consecuencia de la prestación efectiva del servicio que reúna las características propias de un contrato de trabajo aunque este no se haya pactado expresamente. Basta que se de la prestación dentro de las condiciones apropiadas para que se apliquen los derechos legales o contractuales en su caso y que estos sean exigibles por el titular, sin que pueda sustentarse oposición alguna al reconocimiento de ellas en consideraciones estrictamente formalistas tales como falta o defecto de capacidad de contratación, prestación de servicios prohibidos, o diferencia de denominación.

En virtud a ello, debemos recordar que en algún momento se suscito una controversia acerca de si se trataba de contrato de trabajo o relación de trabajo enfrentando dos tesis contrapuestas inicialmente (la contractualista y la anticontractualista), habiéndose impuesto, por lo menos en la realidad la teoría contractualista aunque se utilicen, a veces indistintamente y para referirse a lo mismo los términos de contrato o relación de trabajo.

Luego de esta diferenciación, es pertinente recordar que en nuestro país, el contrato de trabajo, recién aparece legalmente, impropriadamente definido, en el artículo 1571° del código civil de 1936, en vista de que dicha definición adolece de errores tales como el de ser restrictiva o limitativa, ya que solos e refiere al obrero y al salario, dejando de lado al otro sujeto laboral por excelencia el empleado y su remuneración el sueldo y por el hecho de no mencionar al elemento más característico y típico de la contratación laboral, esto es la subordinación o dependencia. Sin embargo, debemos precisar que prácticamente durante buena parte de tiempo la doctrina y la jurisprudencia aportaron luces mucho más solidas acerca de la contratación laboral, y sobre todo de sus elementos que lo conforman y es mas bien recién en los últimos tiempos que la legislación laboral, sobre contrato de trabajo, ha tenido una visión mucho más sólida de dicha institución, fundamentalmente en lo tocante a sus elementos.

Es por ello, que decimos que históricamente encontramos que en el Código Civil de 1936 existía una definición imperfecta y cuestionable del contrato de trabajo, pero que por lo menos, señalaba sus principales elementos.

Artículo 1571.- “Por este contrato el obrero ofrece contribuir a la producción con su trabajo personal por tiempo determinado o indeterminado mediante el pago de un salario”

El cual fue desarrollado, por el artículo 1572 del referido cuerpo legal, al establecer lo siguiente:

“Artículo 1572.- El contrato de trabajo, sea individual o colectivo, supone el pago del salario en dinero efectivo; la jornada máxima de 8 horas de labor; el descanso semanal; la prohibición del trabajo de los menores de catorce años; la limitación del trabajo de los menores de dieciocho años, condicionada a la educación y desarrollo físico; la igualdad del salario, sin distinción de sexo, por trabajo igual y su adecuación a las necesidades de la vida del obrero; la indemnización por accidentes; los seguros obligatorios; y la intervención del estado para asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos correspondientes”.

Por otro lado tenemos que luego de la incorporación del concepto de contrato de trabajo en nuestro Código Civil de 1936, hubo una intención de volver a regularlo en el Código Civil de 1984, así lo demuestra el anteproyecto de dicha codificación del año de 1982, en donde se pretendió que

nuevamente el contrato de trabajo fuera regulado en un código civil, lo cual origino la protesta de connotados encontraba el Dr. Jorge Rendon Vasquez, Mario Pasco Cosmopolis y Ricardo Nugentt; quienes luego de informar ante la citada comisión lograron que esta eliminara del anteproyecto del código civil de 1984 la figura del contrato de trabajo. Hecho que resulta innegable resaltar ya que si bien se podría haber aceptado que el contrato de trabajo hubiera estado regulado en el Código Civil de 1936, ello se hubiera justificado porque quizá era aceptable en el año de 1984, en donde el derecho del trabajo ya gozaba de plena autonomía como disciplina jurídica.

Con el paso del tiempo, en noviembre de 1991, se dictó una de las primeras normas amparadas en la flexibilización del derecho del trabajo. El Decreto Legislativo N° 728, denominado “Ley de Fomento al Empleo”, que a través de su artículo 37° constituye el primer intento legislativo en definir el contrato de trabajo, basado en la presunción que determina la existencia de un contrato de trabajo, siendo su característica más saltante en que se trata de una ley propiamente de carácter laboral.

Finalmente, en el actual Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de productividad y competitividad laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, concretamente en su artículo cuarto, se define al contrato de trabajo incluyendo a todos sus elementos en dicha definición. Cabe resaltar que el extinto artículo 37 de la entonces Ley de Fomento al Empleo y la del actual artículo 4 del TUO del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral se puede apreciar que tampoco encontramos una definición legal del contrato de trabajo en nuestra legislación, toda vez que en dichos dispositivos solo se hace mención a la presunción de laboralidad, en donde podemos encontrar claramente la presencia de los tres elementos del contrato de trabajo, constituyendo de esta forma una definición imperfecta del contrato de trabajo o un intento por definir legislativamente dicha institución.

Artículo 4°.- “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo determinado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna”.

Preciso que el contrato de trabajo está mal concebido porque esta es una realidad y no una presunción como lo establece la ley.

Habría que hacer hincapié a que la doctrina laboral peruana, hace la precisión de que el contrato de trabajo, representa la plasmación de la relación laboral, ya que nuestra norma, apunta a que la contratación laboral puede materializarse de manera verbal o escrita. A lo que debemos agregar que el contrato de trabajo, tiene influencia del derecho civil, por lo tanto como todo contrato se ajusta a las pautas establecidas en el artículo 1351° de nuestro vigente código civil que sostiene sobre el contrato lo siguiente: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”. De lo que se desprende que el contrato de trabajo se nutre de lo regulado en el código civil, por lo tanto, también habría que precisar que el contrato de trabajo se nutre de las bases de lo que se denomina en el derecho civil el acto jurídico. Por lo que se debe tener en cuenta también el artículo 140 del Código Civil, en cuanto a la concepción del acto jurídico y sus elementos, que jugaran un rol fundamental en el desenvolvimiento, de la contratación laboral.

43. ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AL TRABAJO?

Los principios del derecho al trabajo son un conjunto de “normas generales” que subyacen o informan a todo ordenamiento laboral y que cuentan, en muchos casos, con un origen derivado de las normas constitucionales. Los principios del derecho al trabajo son enunciados básicos que contemplan, abarcan y comprenden una serie indefinida de situaciones. En general, un principio es algo más que una norma, porque sirve para inspirarla, para entenderla y para suplirla. Por eso se habla de principios básicos o fundamentales, porque es la base de toda la estructura jurídica laboral.

Al respecto PLA RODRIGUEZ señala que los principios son: “(...) Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encausar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos (...)’

FUNCIONES

DE CASTRO, citado por PLA RODRIGUEZ, dichos principios cumplen una triple función:

INFORMADORA: inspiran al legislador, sirviendo como fundamento del ordenamiento jurídico.

NORMATIVA: Actúan como fuente supletoria en caso de ausencia de la ley. Son medios de integrar el derecho.

INTERPRETADORA: Operan como criterio orientador de juez o del interprete.

Estos principios generales se encuentran en la base de todo el derecho laboral Latinoamericano. Asimismo, se encuentran consagrados en nuestra Constitución, en su artículo 26” los siguientes principios: a) el principio protector y sus reglas, b) el principio de irrenunciabilidad, y c) el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.

Cabe mencionar que juntos a ellos coexisten, entre otros: d) el principio de la primacía de la realidad; e) el principio de continuidad de la relación; f) el principio de razonabilidad; g) el principio de buena fe.

Todos los principios tienen alguna o armonía entre sí, a efectos de definir las características de esta rama del derecho en que tienen su unidad y su cohesión interna.

Por fines pedagógicos, en este trabajo solamente nos avocaremos en desarrollar aquellos principios con rango constitucional, para posteriormente poder desarrollar aquellos que no poseen esa calidad en otro. En el presente artículo trataremos sobre:

- El Principio Protector.
- El Principio de la Irrenunciabilidad.
- El Principio de Igualdad de Oportunidad sin Discriminación.

EL PRINCIPIO PROTECTOR

Un reconocimiento doctrinal prácticamente unánime establece que la ley laboral tiene como verdadero principio general la protección del trabajador.

Respecto a su denominación, algunos tratadistas, conocen a este principio como: Juan MENENDEZ PIDAL “Principio Tutelar o Principio Tutelar-Protección”, RUSSOMANO “Principio de Protección Tutelar”, Walter KASKEL y Herman DERSH “Principio de Protector”, Ludovico BARASSI “Favor hacia el Trabajador”, PLA RODRIGUEZ “Principio de Protector”.

Semejante principio, fundamentado en la Genesis misma de las leyes laborales, justifica por sí solo la intervención estatal en la emisión de las normas, en la vigilancia de su cumplimiento efectivo y en su aplicación específica. Sin embargo, un objetivo adicional, también importante, y no expresamente declarado, parece ser el mantenimiento de un modelo de desarrollo que presupone un mercado de trabajo cautivo y estrictamente regulado.

Respecto a lo primero, cabe señalar que la ley laboral tiende a la protección o tutela de la parte más débil de las relaciones laborales. Ese contenido denominado por la doctrina como “Principio Protector” del derecho laboral, contiene reglas específicas que lo implementan o tres Subprincipios: a) la regla de la interpretación más favorable al trabajador (indebido pro-operario), b) la regla de la condición más beneficiosa, y, c) la regla de la norma más favorable.

La importancia del principio protector es tal, que se le llega a ubicar en todo el contenido de la ley laboral; trascendiendo un ámbito restringido. En todo caso, se trata de reglas establecidas en protección y tutela del trabajador, pero también en función de las definiciones efectuadas respecto al comportamiento a que se obliga a los actores del mercado de trabajo, considerando que uno de ellos —El trabajador— es la parte más débil.

Atendiendo a esa amplitud, una manifestación concreta del principio se la puede encontrar, por ejemplo, en la disposición constitucional que establece la obligación del Estado de “(...) tutelar los derechos de los trabajadores (...)” —Honduras, Constitución Política, art. 135”—; y como ya se indicó, en todo el conjunto de normas que constitucionalmente establecen y orientan el contenido del derecho laboral.

Como protección de los trabajadores pueden citarse las reglas de aplicación, según las cuales en caso de “(...) conflicto o duda sobre la aplicación de las normas de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador (...)” —El Salvador, Código de Trabajo, art. 14”—. Esa misma regla, con algunas variantes, pero siempre como una clara manifestación del criterio de interpretación de las normas en beneficio del trabajador (“indebido pro operario”) se encuentra en la mayoría de las legislaciones (por ejemplo, Código de Trabajo de Panamá; Código de Trabajo de Costa Rica, art. 17”; y Código de Trabajo de Guatemala art. 17”), e incluso, resolviendo sobre la prevalencia de la ley laboral sobre cualquier otra, se señala que: “(...) en caso de conflicto entre las leyes de trabajo (...) con las de cualquier otra índole, deben predominar las primeras (...)” —Honduras, Código de Trabajo, artículo 8”—.

En nuestro país, el artículo 26” inciso 3 de la Constitución de 1993 señala que es principio de la relación laboral la “interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”. Este principio, recogido inicialmente por la Constitución de 1979, solo tiene validez cuando se trata de optar entre varias posibilidades surgidas de la fórmula normativa, pero jamás para suplir la

voluntad del legislador. Inicialmente, en la Carta Magna de 1979 se expresaban tres posibles manifestaciones concretas, a saber:

44. ¿EN QUÉ CONSISTE LA REGLA DEL “IN DUBIO PRO-OPERARIO”?

Es el criterio que debe utilizar el Juez o el Intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador. Dicho de otra forma, es el “(...) criterio según el cual en caso de que una norma pueda entenderse de varias maneras, debe preferirse aquella interpretación más favorable al trabajador (...)”

En la aplicación de este principio juega un rol importante el criterio que adopta la autoridad de trabajo, al determinar la norma que debe ejercitarse; es un específico conflicto de intereses. Necesariamente deberá preferir la interpretación de la norma que sea más favorable al trabajador, tomando en consideración los aspectos objetivos de una específica controversia laboral.

Este principio consiste en que las autoridades, tanto administrativas como judiciales; deberán adoptar, en caso de dudas o conflictos de leyes, la que favorezca al trabajador. Es importante que los jueces o autoridades apliquen un justo raciocinio y un criterio objetivo en busca de la justicia laboral.

45. ¿EN QUE CONSISTE LA REGLA DE LA NORMA MAS FAVORABLE?

PLA RODRIGUEZ, determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, deba optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas.

Este principio indica, que cuando existan varias normas o reglas aplicables a un determinado caso laboral, las autoridades administrativas y judiciales deberán aplicar la que sea más favorable al trabajador. Este precepto es importante en nuestra realidad debido a la abundante legislación no sistematizada y dispersa actualmente en vigencia, por no existir un código o una ley general de trabajo.

DIAZ AROCO, manifiesta que se aplica en caso de que existan varias reglas aplicables. La autoridad de trabajo deberá aplicar la norma que sea más favorable al trabajador.

46. ¿EN QUÉ CONSISTE LA REGLA DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA?

Según PLA RODRIGUEZ, “(...) es el criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuirlas condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador (...)”. Añade además “(...) la regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse (...)”.

Este principio permite cautelar las condiciones laborales más beneficiosas de los trabajadores, ante la aplicación de nuevas normas jurídicas que pretendan disminuir los beneficios laborales vigentes. Asimismo, cuando las autoridades tengan que decir sobre las condiciones laborales, tendrán que optar por las que consideren las mejores para los trabajadores.

DIAZ AROCO, establece que la existencia de una nueva norma jurídica no debe interpretarse para disminuir las condiciones más beneficiosas. La autoridad de trabajo, en lo que toca al juzgamiento de la conducta laboral del trabajador, deberá decidir en base al criterio más ecuánime y la objetividad más transparente, asegurando la condición más beneficiosa al trabajador.

El artículo 26* de nuestra Constitución Política (1993) señala que es principio de la relación laboral la Y(...)interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma (...). Este principio, recogido inicialmente por la Constitución de 1979 (artículo 57 — segundo párrafo) señalaba “(...) en la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más favorable al trabajador (...)”. En ese sentido, solo tiene validez cuando se trata de optar entre varias posibilidades surgidas de la fórmula normativa, pero jamás para suplir la voluntad del legislador.

Como mencionamos inicialmente, en nuestro Texto Constitucional de 1979 se expresaban estas tres posibles manifestaciones concretas, a nuestro entender aquel texto era más protector que nuestra Carta vigente; porque se refiere a cualquier disposición en materia de trabajo y señala que la interpretación debe ser siempre favorable al trabajador; en cambio, la Constitución de 1993, limita la interpretación favorable al trabajador solamente en caso de duda insalvable sobre el sentido de esa norma, ahora bien podemos preguntarnos: ¿Que es duda insalvable? ¿Es aplicable sobre una costumbre o negociación colectiva?. (“Los principios del derecho laboral, en el Perú”, Luis Nava G. 2006)

47. ¿EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE LA IRRENUNCIABILIDAD?

Este principio se encuentra recogido en el numeral 2 del artículo 26? de la Constitución de 1993, y, siguiendo al maestro PLA RODRIGUEZ, definimos este principio como “(...) la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de no o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio (...)[18]. En algunos casos se establece en el ámbito constitucional como parte del contenido laboral que “(...) los derechos consagrados en favor de los trabajadores son irrenunciables (...)[19], mientras que en otros, se le enuncia, también expresamente, en la propia ley ordinaria.

Relacionado con la naturaleza de orden público, que se reconoce a las normas laborales, encontramos la más conocida y unánime expresión del principio de irrenunciabilidad, en aquellas normas conforme a las cuales no solo no se admiten las renunciaciones que los trabajadores formulen a las disposiciones que les favorezcan, sino que en caso de producirse las mismas, se reputan como absolutamente nulas.

En ese sentido, no solo se declara en la ley ordinaria que “(...) los derechos...son irrenunciables (...)” — Nicaragua, Código de Trabajo, artículo 7” —, sino que toda renuncia disminución o tergiversación de esos derechos se declaran «NULOS IPSO JURE» —Honduras, Código de Trabajo, inciso 3 del artículo 2*, Código de Trabajo de Costa Rica, entre otros—. Una función tutelar inherente al principio de irrenunciabilidad deviene según ese enunciado, como incuestionable.

En otras palabras, el trabajador no puede renunciar a ciertos derechos que le otorga la ley, es un principio propio del derecho laboral, basado en la posible presión que puede sufrir un trabajador para renunciar a un derecho legítimo; pero, de acuerdo con nuestra constitución si se pudiera renunciar a los derechos adquiridos por la costumbre.

La Constitución señala que no se puede renunciar a los derechos reconocidos en la Constitución, en la Ley, y también los que se han establecido en la Corte Suprema.

48. ¿EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES SIN DISCRIMINACION?

La igualdad es entendida como la facultad que tiene toda persona para que se le trate en las mismas condiciones que a sus semejantes que se encuentran en idéntica o similar situación.

La igualdad es un principio que intenta colocar a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello implica una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancias, calidad, cantidad, o forma. Ello de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otras en igualdad de circunstancias.

La noción de igualdad ante la ley se encuentra reñida con la discriminación. Esta denota un trato desigual a personas sujetas a condiciones o situaciones iguales, bien sea por el otorgamiento de favores o por privilegiar la imposición de cargas.

La Constitución de 1993 —inciso 2 del artículo 22— nos dice que “(...) toda persona tiene derecho (...) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole(...)”. Es claro que los motivos resaltados no son los únicos prohibidos, sino solo los más perniciosos. La libertad sindical, por ejemplo, no se encuentra en la citada relación, pero es evidente que despedir a un trabajador por desempeñar actividades sindicales configura una discriminación, ya que afecta un derecho constitucional. No queda duda de esto en el artículo 26.1 de la propia constitución, que sanciona la discriminación sin formular ninguna de las causas.

En materia laboral, este principio se encuentra reconocido en nuestra legislación—artículo 26”—, que señala: “(...) En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación (...)”.

Asimismo, se encuentra en el Convenio N° 111 de la OIT (Convenio sobre Discriminación) al señalar “(...) Artículo 1°: 1. A los efectos de este Convenio, el término «discriminación» comprende: a).- Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b).- Cualquier otra distinción, e exclusión, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados (...)”.

Se violará el principio de igualdad cuando no existan motivos razonables para tratamiento desigual. El trato especial se justificará y no atentará contra el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación si se otorga el mérito a características particulares del trabajador, tales como su capacidad, esfuerzo, dedicación, especialidad u otros.

El tema de discriminación en materia laboral pasa por analizar tres momentos importantes:

1. La discriminación al momento de acceder a un empleo.
2. La discriminación durante la relación laboral.
3. La discriminación en la extinción de la relación laboral.

El desarrollo legislativo no contiene mecanismos idóneos que hagan viable este derecho en toda su extensión: la legislación laboral peruana se limita a prohibir la discriminación en el empleo. Nadie discute la vigencia de las normas de igualdad y no discriminación, pero es indudable que son las que menos debate han generado, y menos desarrollo jurisprudencial también.

Con la Ley N° 226772 — «Ley que prohíbe la discriminación en las ofertas de empleo y en el acceso a los medios de información educativa» (publicada el 27 de abril de 1997), modificada por la Ley N° 27270, en su artículo 2° nos dice:

“(…) Se entiende por discriminación, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole (…)

Además, por Ley N° 28983 — «Ley de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres» (publicada el 15 de marzo de 2007), ¿que en su artículo 2° desarrolla el concepto de discriminación en los siguientes términos:

“(…) Para los efectos de la presente Ley, se entiende por discriminación cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre la mujer y el hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra, en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú y en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado peruano (…)

La discriminación durante la relación laboral la podemos encontrar en el Art. 302 del D.S. N° 003-97- TR (inciso f) estableciendo como acto de hostilidad: “Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma”.

¿La discriminación en la extinción de la relación laboral es recogida por el literal d) del artículo 29° del DS. N° 003-97-TR al establecer de manera clara que todo despido es nulo si este se ha motivado en “(…) discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma (…)

¿Es de apreciar, que el citado artículo, dentro de un contexto no tan amplio, señala menos supuestos de discriminación que los estipulados en el inciso 2 del artículo 2° de nuestra Constitución.

En tal sentido, el artículo 29° del cuerpo legal citado, no estaría en arreglo a lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 23° de nuestra carta magna que señala que “(...) ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (...)”.

Por otro lado, la Ley N° 26772 contempla, entre otros motivos de discriminación, al estado civil y la edad. Al respecto, “(...) resulta siendo absurdo que se prohíba dejar de contratar a una persona por razón de su edad y que, sin embargo, de acuerdo con la LPCL su despido no se convierta en nulo al hacerlo por tal razón, sino que se considere únicamente arbitrario, sabiendo, además, que la indemnización que conlleva este último despido es insuficiente para reparar esa violación de derechos (...)”.

CORTES y TOYAMA, citando a FERRO DELGADO, se inclinan “(...) por la prevalencia del mandato constitucional de manera que cualquier supuesto de separación cuya motivación corresponda a actos de discriminación goza de la protección del despido nulo, incluso en los supuestos que el TUO del Decreto Legislativo 728 no ha previsto, como discriminación por razón de origen o discriminación de cualquier otra índole (...)”.

En nuestra opinión, la discriminación no recibe un trato uniforme en materia laboral, toda vez que la discriminación al momento de acceder al empleo se encuentra parcialmente regulada en la Ley N° 26772, por otro lado, la discriminación durante la relación laboral y al momento de su extinción no contienen los mismos motivos discriminatorios.

49. ¿EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD?

este principio, entre otras denominaciones, se le conoce como: principio de la primacía de los hechos, principio de veracidad, principio de la verdad real, principio de contrato realidad.

Dicho principio surge, a nivel doctrinario, mediante el aporte del laboralista uruguayo PLA RODRIGUEZ, quien señala que “(...) en caso de discordia entre los que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos (...)”.

Además, agrega que “(...) el significado que le atribuimos a este principio es el de la primacía de los hechos sobre las formas, las formalidades o las apariencias (...)”. En igual sentido, añade, que “(...) esto significa que en materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que los que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa o lo que luzca en documentos, formularios, instrumentos de control (...)”. Es decir, este principio se fundamenta en que los hechos predominan sobre las formas; dicho de otro modo, la verdad de los hechos está por encima de los acuerdos formales.

En el ámbito nacional, son pocos los especialistas que se esfuerzan en desarrollar y resaltar su verdadera importancia. El Dr. Francisco Rojas Rodríguez, forma parte de este reducido grupo, definiendo y atribuyéndole un objetivo que debemos de tomar en cuenta.

“(...) El principio de la primacía de la realidad es el precepto mediante el cual se prioriza o se impone lo real, lo factico, los hechos, la realidad sobre lo formal, sobre lo escrito (...)”. En el mismo sentido, añade “(...) El principio de la Primacía de la realidad tiene como objetivo primordial y fundamental el de hacer

respetar y salvaguardar las verdaderas vinculaciones laborales que se hayan encubiertas, camufladas, y asfixiadas por otra serie de tipos o clases de contrataciones (...).

Dentro de las cuales, podemos señalar el Contrato de Locación de Servicios, el pago de honorarios a través del RUC, el Contrato de Obra, el Contrato de Servicios No Personales, entre otros, que con el tiempo van surgiendo y se convierten en soluciones más comunes para esconder el vínculo laboral y evitar el pago de los beneficios sociales que le corresponden al trabajador.

A decir de ROJAS RODRIGUEZ (2004) ello implica, fundamentalmente el rescate del vínculo laboral. El rescatar el contrato de trabajo que se encuentra camuflado, que se encuentra apantallado, que se encuentra escondido en cualquier otro tipo de contrato(...)

NEVES MUJICA señala que "(...) ante cualquier situación en que se produzca una discordia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello (...).

Asimismo, NEVES MUJICA indica que "(...) el Juez debe hacer prevalecer la realidad sobre la apariencia y considerar el acto de encubrimiento como invalido (...).

Al respecto, este principio fue recogido en el pleno del 07 de julio de 2000, realizado en la ciudad de Tarapoto, por los vocales de las Salas Laborales del Poder Judicial; siendo el acuerdo que el Juez si constata una relación laboral a pesar de un contrato civil deberá preferir el principio de la primacía de la realidad sobre el de buena fe contractual.

En los últimos años, solo una minoría de nuestros magistrados han aplicado este principio, pero la aplicación de este principio ha ido evolucionando de manera paulatina. Tal evolución legislativa la desarrollaremos a continuación:

Con fecha el 17 de marzo de 2001, se publicó en el diario oficial "El Peruano" el Decreto Legislativo N° 910 «Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador» (reglamentada por el DS. N° 020-2001-TR, del 01 de julio de 2001). Posteriormente, con fecha 22/07/2006, mediante la Ley N° 28806 - «Ley General de Inspección del Trabajo» que deroga el Título I y 1° del Decreto antes citado, quedando redactado el Principio de la Primacía de la Realidad de la siguiente manera:

"(...) Artículo 2.- Principios Ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo (...) 2. Primacía de la Realidad, en caso de discordancia, entre los hechos contratados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados. (...).

La importancia de la inserción del principio de la primacía de la realidad en el procedimiento inefectivo laboral, a nuestro modesto entender radica en primer término en el papel o rol protector que juega este principio en clara defensa de las verdaderas relaciones laborales y por ende tuitiva del contrato de trabajo, en segundo lugar su uso y empleo ya no queda en manos exclusivas del órgano jurisdiccional sino que se asimilan a una vía más directa de aplicación que es la vía administrativa laboral y finalmente como lo más esencial lo constituye el hecho de que va a ser una herramienta de aplicación trascendente por parte del inspector de trabajo, constituyéndose este por la misma naturaleza de inmediatez de su labor en el funcionario encargado por Ley de la aplicación práctica y concreta de este principio.

De igual forma, podemos mencionar que la Ley N° * 27809 «Ley General del Sistema Concursal», publicada el 08 de agosto de 2002, incorporó el principio de la primacía de la Realidad en su artículo 40 —modificado por el Decreto Ley N° 1050, publicado el 27 de junio de 2008— siendo el INDECOPI, a través de la Comisión de Procedimientos concursales la encargada de aplicar dicho principio, cuyo texto queda redactado de la siguiente manera:

“(…) Artículo 40.- (…) Para el reconocimiento de los créditos de origen laboral. La comisión podrá aplicar el principio de la primacía de la realidad privilegiando los hechos verificados sobre las formas O apariencias contractuales que sustentan el crédito (…)”

No deja de ser controvertida la decisión del legislador de otorgar a órganos de naturaleza administrativa la facultad de aplicar un principio cuyo ámbito de actuación es, esencialmente, en sede judicial. No obstante, consideramos que el reconocimiento del principio de la primacía de la realidad por la Ley concursal dota a la comisión de un recurso que dará mayor transparencia al procedimiento concursal y, especialmente, garantizará de mejor manera los intereses de los acreedores laborales.

50. ¿EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DE LA RELACION?

Se han utilizado diversas denominaciones para designar este principio. Las más frecuentes son las expresiones “continuidad” o “permanencia”. Alguna vez se ha empleado la expresión “estabilidad”.

El principio de la continuidad engloba una serie de reglas que definen a las relaciones laborales como dotadas de una "extremada vitalidad y dureza..." y que realizan o evidencian" ... la tendencia del derecho del trabajo por atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos". Así, el principio se orienta a las relaciones labores regidas por un régimen de “verdadera” estabilidad en el empleo.

Pla Rodríguez, afirma: “este principio expresa la tendencia actual del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos”.

Las manifestaciones concretas del principio en el ámbito de la ley ordinaria pueden ser expuestas de la siguiente manera:

1. La ley laboral privilegia y acentúa la existencia de relaciones laborales a tiempo indefinido, por sobre las relaciones a tiempo definido. De ello deriva como una regla general que el contrato de trabajo se reputa a tiempo indefinido y, solo excepcionalmente y ante circunstancias muy calificadas, se admiten las contrataciones a tiempo definido, ya sean estas a plazo fijo o por obra determinada. Como consecuencia directa de lo indicado, se establecieron presunciones específicas en favor de las relaciones a tiempo indefinido o indeterminado, cuando a la finalización persistieran las causas que originaron la contratación, o bien cuando la naturaleza indefinida de la relación derivase de la prestación misma (erg. Costa Rica, Código de Trabajo, art. 26* y 27%) buscando con ello el beneficio y protección del trabajador (erg. Código de Trabajo de Costa Rica, art. 22%; Código de Trabajo de Guatemala, art. 26% Código de Trabajo de Nicaragua, art. 45% Código del Trabajo de Honduras, art. 479).

2. El principio de continuidad produce una restricción importante en materia de las modificaciones unilaterales -por parte del patrono- a la relación laboral. A pesar de que el patrono ejerce una potestad

que le faculta para disponer de la fuerza de trabajo que contrata, tal poder no deviene en ilimitado. De tal manera, el ejercicio abusivo del denominado "sus variandi" se revela como un incumplimiento contractual grave de su parte y da lugar a la terminación de la relación laboral con responsabilidad empresarial equiparándose a un despido injustificado [10]. En América Latina, trece textos constitucionales, de un total de veinte países, reconocen este principio (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela).

Por tanto, este principio comprende una resistencia a la terminación encausada de las relaciones laborales. Tal y como se indicó, según la concepción "clásica" del principio, se supone que el derecho laboral conduciría hacia el establecimiento en la ley de una garantía de estabilidad en el empleo. Conforme a ello, el despido solo sería posible en los casos en que el trabajador incurriera en una falta grave a sus obligaciones. Es esa la orientación que contenga la legislación mexicana de 1931, el cual sirvió de modelo a las primeras leyes laborales Latinoamericanas. Una norma general ajustada a ese señalamiento es la contenida en la Constitución Nacional de Panamá, según la cual "Ningún trabajador podrá ser despedido sin justa causa y sin las formalidades que establezca la ley. Esta señalará las causas justas para el despido, sus excepciones especiales y la indemnización correspondiente" (Panamá, Constitución Política, art. 702).

Por tanto, en aplicación de este principio, cuando el empresario decide extinguir la relación laboral que le liga con alguno o algunos trabajadores, debe justificar esa decisión basándose en una razón relevante o causa justa prevista en la ley. Se trata de una protección del trabajador frente al despido arbitrario o injustificado, frente al despido sin causa o a la denominada extinción ad nutum, por la sola voluntad del empleador.

En consecuencia, la discusión doctrinal se centra fundamentalmente en la existencia o no del despido sin causa, la duración del preaviso para el despido, la indemnización que debe pagar el empleador, las causales de despido justificado, así como en la posibilidad de reinstalación del trabajador si el despido es considerado injustificado. En nuestro país, por ejemplo, antes de la reforma el despido injustificado podía dar lugar a la indemnización o la reposición del trabajador, en tanto que después de la reforma laboral solo da lugar a la indemnización. Otro caso relevante es el de Chile, en que luego de la reforma se ha establecido que desde el inicio del séptimo año de la relación laboral se puede sustituir la indemnización que establece la ley por una indemnización a todo evento. Esto es, pagadera con motivo de la terminación del contrato de trabajo, cualquiera que sea la causa que la origine, exclusivamente en lo que se refiera al lapso posterior a los primeros seis años de servicios y hasta el término del undécimo año de la relación laboral.

Adicionalmente, debe tenerse presente que Venezuela es el único país en la región que ha ratificado el Convenio N°158 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre la terminación de la relación de trabajo. Como se sabe, tal convenio sienta el principio general de que el empresario no puede, por su propia iniciativa, poner término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con la capacidad del trabajador, con su conducta o en las necesidades de funcionamiento de la empresa; salvo que se pague una indemnización adecuada y otra reparación que se considere apropiada.

51. ¿EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD?

Al desarrollar los principios del derecho del trabajo, muy pocos laboristas hacen referencia a este principio. En la doctrina se le conoce como principio de la Razonabilidad o principio de Racionalidad.

Según Pla Rodríguez, este principio consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforma a la razón.

En nuestra legislación, dicho principio se encuentra plasmado en el artículo 9° del D.S N° 003-97-TR:

*(...) Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las ordenes necesarias para la ejecución de estas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador (...)."

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la falta de modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

52. ¿EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE BUENA FE?

Las partes deben mostrar en su conducta la buena fe. Las partes deben creerse entre sí. En el caso que un trabajador es contratado debe decir la verdad. En la negociación colectiva lo que se ofrece debe ser serio.

Este principio consiste en que tanto los trabajadores como empleadores, deben cumplir fielmente sus obligaciones y ejercer libremente sus derechos con toda sana intención y Buena Fe, evitando por todos los medios ocasionarse danos materiales o morales

El Principio de la Buena Fe se fundamenta en la significación objetiva del cumplimiento honesto, responsable y firme de las obligaciones de carácter individual y colectivo y el respeto de estas por parte del empleador, dentro de los mismos alcances. Asimismo, constituye la base de la vitalidad, organización y seguridad jurídica, necesarias para la evolución de las instituciones en una sociedad justa que aspira a mejores condiciones de convivencia.

53. ¿SE PUEDE RECONOCER EL TIEMPO DE TRABAJO PREVIO AL INGRESO A PLANILLA?

Respecto a la consulta sobre el caso de un funcionario de la compañía que tiene como fecha de ingreso en la planilla el 30 de marzo, sin embargo, por diversas situaciones prestó sus servicios profesionales días antes a la fecha de ingreso a la planilla, por una determinada cantidad de días. En ese sentido, la empresa desea reconocerle dichos días trabajados con antelación a su fecha de ingreso.

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. El Decreto Supremo N.º 018-2007-TR, que regula las disposiciones relativas al uso de la planilla electrónica, dispone que, todo trabajador deberá ser registrado en la planilla electrónica, dentro del día en que se produce el ingreso a prestar sus servicios.

2. El artículo 24° del Decreto Supremo N.º 019-2006-TR, disposición que aprueba el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, regula como infracción grave, el no registrar a un trabajador en la planilla de pago dentro del día en que se produce el ingreso del trabajador a la empresa.

3. Con fecha 11 de julio del 2014, se ha promulgado la Ley N° 30222, que modifica la Ley Ni N.º 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ya misma que, en su Única Disposición Complementaria Transitoria ha establecido en el marco de un enfoque preventivo de Ya política de inspección del trabajo, un periodo de gracia de tres años contados desde el 12 de julio del 2014, plazo durante el cual, el Sistema de inspección del Trabajo privilegia acciones orientadas a Ya prevención y corrección de conductas infractoras.

4. Dicha Disposición Complementaria Transitoria, ha establecido en su segundo párrafo que: “Cuando durante Ya inspección del trabajo se determine Ya existencia de una infracción, el inspector de trabajo emite un acto de requerimiento orientado a que el empleador subsane su infracción. En caso de subsanación, en Ya etapa correspondiente, se dará por concluido el procedimiento sancionador, en caso contrario, continuará Ya actividad inspectora”.

5. Estando a lo señalado en las disposiciones legales citadas, y antes que se pueda producir una visita inspectora, con la finalidad de evitar contingencias, se sugiere que, el responsable de la planilla electrónica de la compañía ingrese con su clave sol al sistema T – REGISTRO, y modifique en dicho sistema, la fecha de ingreso de dicho trabajador, consignando la fecha real en que comenzó a prestar servicios. Cabe señalar dicho sistema T-REGISTRO, permite poder modificar dicha data informativa.

6. Deberá modificarse también en la boleta de pago, la real fecha de ingreso, pues esta debe contener los mismos datos de la planilla.

7. Si el trabajador ha suscrito un contrato sujeto a modalidad, deberá hacerse una adenda y establecer la real fecha de ingreso para su presentación vía Web al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

8. Si el trabajador ha suscrito un contrato indeterminado, no hay problema porque en estos casos no hay obligación de presentarlos al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

9. Efectuada dicha modificación respecto a la fecha real en que comenzó a prestar servicios dicho trabajador en el sistema T-REGISTRO, se elimina cualquier contingencia en materia laboral, correspondiéndole al trabajador, que le abonen su remuneración desde la fecha real de ingreso consignado en el referido sistema T-REGISTRO.

54. ¿QUÉ SE CONSIDERA REMUNERACIÓN?

En aplicación de lo dispuesto por el artículo 6° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 003-97-TR y el Art. 10° de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 001-96-TR, constituye remuneración para todo efecto legal, con excepción del Impuesto a la Renta que se rige por sus propias normas, “el integro de lo que el trabajador percibe por sus servicios, en dinero o especies, cualquiera sea la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición.

Ahora bien, luego de haber establecido qué se entiende por remuneración, cabe precisar que, nuestra normatividad ha señalado que debe considerarse como remuneración no computable (inciso i del Art. 19° del D. S. 001-97-TR) “todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de sus labores, o con ocasión de sus funciones tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador”

Respecto al caso en concreto sobre la situación de un mensajero que tiene una moto de su propiedad, la misma que usará para realizar las funciones propias de mensajería de la compañía y que la empresa le asignará S/.1,700 soles por concepto de combustible y mantenimiento, y que el pago del SOAT de la moto correrá a cuenta del trabajador. Se consulta si dicho monto por concepto de combustible y mantenimiento que se entregará al trabajador está sujeto a los descuentos de las leyes laborales. En nuestra opinión consideramos que no, porque este dinero no es de su libre disposición (no es remuneración), debiendo llevar un control estricto de los encargos asignados.

Sí estará sujeto a los descuentos de ley, si es que se otorga esta cantidad y no cumple permanentemente esta función, ya que se consideraría como una remuneración encubierta, incluso pudiendo el trabajador en el futuro reclamar dicho monto como parte de su remuneración.

Al respecto el literal a) del artículo 1° del Decreto Supremo N.º 179-2004-EF, que regula lo referente al impuesto a la Renta, establece que, las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos, están sujetas al pago de la renta correspondiente, que no es el caso, por tratarse dicho monto de dinero que se entregará por concepto de gasolina y mantenimiento, de una condición de trabajo sin característica remunerativa y por consiguiente, no sujeto al pago del impuesto a la renta.

Dicho importe, debe constar en la boleta de pago y en la planilla electrónica conforme lo dispone el artículo 1° de la Resolución Ministerial N.º 020-2008-TR., que precisa que, las boletas de pago deben contener los importes no remunerativos.

Se sugiere redactar un documento en el que se señale por y para qué se entrega este dinero, además debe precisarse que en caso se le malogre la moto, se la roben o la deje de tener, él deberá suplir la misma, caso contrario se le retirará esta asignación, documento que deberá tener la conformidad de su contenido por parte del trabajador.

Asimismo, debe indicarse las responsabilidades en caso de mala utilización de dicho fondo, precisándose que, en caso sea utilizado para otros fines, podrá constituir falta grave por utilización indebida o apropiación de bienes de la empresa conforme lo dispone el inciso c) del artículo 25° del Decreto Supremo N.º 003-97-TR (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

55. ¿CREE QUE LOS SEGUROS DE SALUD CUMPLEN EL ROL POR EL CUAL FUERON CONSTITUIDOS?

Las compañías de seguros de salud son de propiedad de los mismos dueños de los bancos.

El Banco A es propietario de la compañía de Seguro A, está a su vez de la Clínica A, y farmacia A.

El Banco B es propietario de la compañía de Seguro B está a su vez de las clínicas B, y farmacia B.

Cuando compras un seguro de salud, puedes atenderte de dos maneras:

1- En algunas de las clínicas señaladas en la red de la póliza, para atenderte con el médico pagas un porcentaje llamado deducible y un coaseguro, por las medicinas que compras en las farmacias de estas clínicas cuyo precio muchas veces es el doble de una farmacia del exterior, con el monto que pagas por las medicinas estás pagando el 100% de su valor, ¿entonces que cubre el seguro?

Por ejemplo, te dicen que el seguro cubre el 60% y el asegurado un 40%, con ese 40% estás pagando el 100% de lo que vale la medicina en el exterior, en conclusión, el seguro no te cubre, por así decirlo, nada.

2- También tienes el derecho atenderte en un médico privado que no esté en la red, y pedir el reembolso de lo pagado por la consulta, por ejemplo, si el valor de la consulta es de S/.450.00, todas las compañías de seguro manejan un tarifario por atención médica vía reembolso, el que generalmente es .de S/. 250.00, es decir hasta ese monto te cubren, a dicho importe le descuentan un deducible que es de S/. 102.00 y la diferencia del deducible que es de S/. 148.00 se genera el reembolso del 60% o 70 %, al final te dan S/.88.8.

El seguro, cuando eres joven, te cuesta barato, pero conforme vas avanzando en edad, te van subiendo el pago de la prima, y cuando llegas a adulto mayor el seguro te cuesta carísimo, que es casi imposible de pagar.

¿Por qué te lo elevan? Por qué tu siniestralidad es alta, porque ya eres adulto y te aparecen las enfermedades y vas a ser oneroso para la compañía de seguros, pero como no te pueden separar, una forma de hacerlo es subiendo el valor del seguro y muchas veces tienes que abandonarlo.

Es decir, has pagado 30, 40 o 50 años de tu vida y cuando estás jubilado no tienes con qué pagar el seguro, a eso le llamamos libre mercado. Y por supuesto que esto lo conoce, el Estado, la SBS, y la institución encargada de supervisar, que es INDECOPI, institución donde es imposible que una persona de a pie les gane a las compañías de seguro una denuncia, de esas tengo varias pérdidas.

La jubilación no te alcanza para pagar el seguro y ¿de quién son las AFP?, adivinen, algunas de los bancos, que son los dueños de las compañías de seguro, de las clínicas y farmacias cuando pagas a las AFP, entre otros, se paga una comisión, y un seguro, ¿a quién?, a los dueños. Esto es libre mercado.

Yo estoy de acuerdo con que el sistema pensionario se deba reestructurar y darle más beneficios a los trabajadores que llegan a la jubilación. Pero también creo que debemos reestructurar los sistemas de seguro:

1. No cobrar tan caro al adulto mayor, sobre todo si viene pagando un seguro toda su vida.
2. No debe el estado cobrar IGV a los seguros de los jubilados.

3. Debe cubrir el tratamiento mental, psiquiátrico, a lo que se niegan a cubrirlos como si no fuera una enfermedad, que muchas veces son consecuencias de la cuarentena prolongada, el teletrabajo, la falta de empleo, la suspensión perfecta, la incertidumbre del futuro del país y hasta los despidos laborales que incluso ha originados que miles de jóvenes dejen de estudiar por los escasos recursos de ellos o de sus padres, les crea ansiedad, angustia y nerviosismo que tiene que ser tratadas, sobre todo durante y después de esta perversa pandemia.

Sobre todo, si el El MINSA, está atendiendo llamadas de Salud Mental, que estas se han incrementado, Perú 21 en una publicación de fecha 30.06.2021, señala “al menos 66,070, de llamadas de orientación mental fueron atendidas a través de la Línea 113, entre Enero y Mayo de este año. Esta cifra representa un incremento del 40.9 % en comparación con el mismo periodo del 2020, informó el ministerio de Salud”.

Las consultas que más se recibieron estuvieron ligadas al tema como estrés (38,919), depresión o ansiedad (11,045), conflictos en general (2,581) manejo de habilidades sociales (679) problemas del comportamiento (623), entre otros.

Entonces ¿por qué las compañías de seguros no cobertura su tratamiento?

Las farmacias de las clínicas deben vender las medicinas a precio de las farmacias del exterior tanto a los del tratamiento ambulatorio como a los pacientes internados, y así el seguro cumplir lo pactado y pagar la parte que les corresponde y evitar, por eso, que las facturas sean altísimas y exageradas, muchas veces imposible de pagar, a diario vemos denuncias en los medios de comunicación, al respecto, acaso no hemos visto que familiares han tenido que vender sus inmuebles y hasta sus órganos, riñón, para curar a sus seres queridos.

Y la última. Hoy, usted compra un seguro de salud y le dicen que le cubrirán, por ejemplo, hasta un monto de S/. 500,000, y si te tienen que intervenir quirúrgicamente, vas confiado a la clínica y te internas, luego te dicen que la operación te va a costar S/. 50,000, pero como la compañía de seguro tiene un convenio con la clínica. Y se ha acordado que solo se cubra por la operación S/. 30,000, ustedes tienen que pagar la diferencia, es decir la compañía de seguro ha celebrado un convenio con las clínicas sin conocimiento del asegurado.

56. EXPLIQUE LA JUBILACIÓN Y SUS REQUISITOS

La jubilación en el Perú antiguamente estaba bajo diferentes regímenes, teníamos por un lado el FEJEP, Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares, que era para aquellos trabajadores que laboraban en empresas cuyo capital social era de S/. 2,000,000.

Para el resto de los trabajadores, El Seguro Social del Perú, el mismo que tenía dos cajas:

1- Caja enfermedades maternidad, encargada de la Salud de los Trabajadores

2- La caja de pensiones, encargada de las pensiones de jubilación

Con fecha 30 de abril de 1973 se expide el DL 19990, que es el Sistema Nacional de Jubilación que unifica el sistema de pensiones en el Perú.

La Oficina Nacional de Normalización Previsional, ONP por sus siglas, se crea por el Decreto Ley N° 25967 de fecha 07 de diciembre de 1992, que es la encargada de la jubilación. La Ley N° 26323 que realiza modificaciones al Decreto Ley N° 25967 define a la ONP como:

“Artículo 4.- La ONP constituye un pliego presupuestal y es una institución pública descentralizada del Sector Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público interno, con fondos y patrimonio propios y con autonomía funcional, administrativa, técnica, económica y financiera. Se rige, por lo dispuesto en el Artículo 25 de la Ley N° 26268 – Ley de Presupuesto del Sector Público – en cuanto al proceso presupuestario, normas de austeridad, de remuneraciones y otras en materia presupuestaria sin perjuicio de lo que dispone el literal c) del Artículo 34 de la mencionada ley”

Y la Administradora de Fondos de Pensiones, AFP por sus siglas, se crea por Decreto Ley N° 25897 de fecha 06 de diciembre de 1992, y es la que administra la jubilación privada.

En la ONP, para tener derecho a la jubilación el trabajador debe cumplir 65 años de edad y tener 20 años aportando si tienes menos por ejemplo 19 años 11 meses y 29 días no tienes derecho a la jubilación, has perdido ese derecho, lo cual me parece injusto, cuando menos debería tener una porción de la jubilación, el Estado no debería arrebatarle ese derecho.

La jubilación a los 65 años es opcional para el trabajador, a los 70 años es obligatorio y automática de conformidad al artículo 21 del DS 003-97 TR, salvo pacto en contrario. El pacto en contrario es un contrato que firmas con tu empleador para seguir laborando.

Una de las consecuencias del Covid 19 es que la suspensión perfecta o el despido hará que el trabajador no tenga derecho a esta jubilación porque no llegará a los 20 años de aportación, o tenga una pensión vitalicia muy reducida. En la AFP también es necesario los 65 años de edad, pero no los 20 años de aportación por eso que muchas veces recibe una jubilación muy reducida.

Durante los años, ha existido la intención de regular el Sistema de Pensiones formándose comisiones que han quedado archivados como simples estudios. Últimamente la Comisión del Congreso luego de una discusión de más de siete meses de análisis la Comisión del Congreso presentó un anteproyecto para crear un Nuevo Sistema Integrado Universal de Pensiones (SIUP), el cual estaría bajo la supervisión de una entidad estatal.

Este acuerdo generó rechazo por parte de las AFP y algunos parlamentarios y entendidos en la materia.

Este acuerdo incluye la Reforma Integral del Sistema de Pensiones que Integre a los afiliados de las AFP y ONP.

Este sistema ya ha fracasado en los años 80 en el Perú, periodo en el cual los gobiernos le han dado a sus dineros provenientes de los aportes uso diferente a los objetivos que señala la ley, como en construcción de carreteras de vivienda y centros comerciales (centro cívico).

El Estado peruano no se caracteriza por tener un buen manejo de inversión, manejan un capital inagotable como lo es el tesoro público, por lo que no sienten la emoción del privado al invertir, no corren el riesgo de quebrar, pues siempre tendrán los aportes en impuestos de los ciudadanos para levantarse.

Esta característica no fue ajena cuando en 1948 se crea el seguro social del empleado, igualmente en dos cajas. Al iniciar solo se tenían grandes cantidades de ingreso de dinero, sin salida aún pues no había pensiones que pagar. Entonces el Estado peruano tenía en su poder una masa de dinero muy importante, que se supone debió invertirse de modo rentable para hacerla crecer y conservar su valor, pero cuando eres un Estado como el del Perú, con déficits sucesivos presupuestales, con apenas dinero para cubrir gasto corriente y en uno de tus bolsillos tienes una fortuna, que no es tuya, sientes pasión por hacer obra pública con ese dinero, juras que lo vas a reponer, pero finalmente eso nunca sucede.

Se realizaron muchas obras improductivas, y el Estado nunca pudo devolver todo ese dinero.

Ahora bien, la creación de las AFPs parecía una propuesta seductiva para todos los jóvenes y los de edad media, pues se trataba de una cuenta individual, y el cuento que este modelo chileno nos entregaría pensiones mejores que las bajas pensiones del Sistema Nacional de Pensiones. Por ello Fujimori salió en cadena nacional y se comprometió a nombre del Estado peruano (más allá de su gobierno) a poner por el tesoro público toda la diferencia entre lo que aporten los pocos que se quedarían en el sistema público del D.L. 19990 y los pensionistas existentes y los nuevos que se pensionarían en ese régimen. Pese a esto las pensiones de las AFPs en Perú y en Chile son muy bajas, en el país del sur el gobierno está proponiendo subir las pensiones, no existen pensiones.

Lo cierto es que, los grandes grupos económicos fueron los únicos que se beneficiaron con todo esto, pues al captar tanto capital lograron hacer del sistema pensionario un beneficio privado, dejando de lado el sentido social de su creación.

Ganaron como siempre los dueños de capitales que crearon Fondos de Inversión, perdimos como siempre los que seríamos pensionistas y el Estado peruano dilapidó los Fondos de Pensiones y al Seguro Social.

Últimamente, hemos visto que se han adelantado parte de los aportes a los asociados tanto de la ONP como de las AFP, para cubrir las necesidades de los trabajadores ante la pandemia.

En el caso de los que se encuentran en alguna AFP se tuvo una primera liberación de los aportes por parte del ejecutivo con el Decreto de Urgencia N° 034-2020 de fecha 1 de abril del 2020, con el que se aprobaba el retiro extraordinario de hasta S/. 2 000.00 para los que no habían aportado durante los últimos seis meses de forma consecutiva.

Posteriormente fue el poder legislativo quien mediante Ley N° 31017 del 01 de mayo del 2020, aprobó el retiro del 25% del total de los fondos acumulados, estableciendo como monto máximo de retiro el equivalente a 3 UIT; y mediante Ley N° 31068 del 18 de noviembre del 2020, aprobó el retiro de hasta 4 UIT para los que no registraban aportes desde noviembre del 2019 a octubre del 2020. Y ahora último pretende incluso liberar el 100% de los aportes a través de una modificación del artículo 1 de la Ley N° 31068, frente a lo cual el ejecutivo ha respondido que de aprobarse presentará una acción de inconstitucionalidad sobre la referida normativa.

En el caso de los que se encuentran en la ONP, fue el poder legislativo quien mediante Ley N° 31083 promulgada el 04 de diciembre del 2020 a través de la presidencia del Congreso de la República, aprobó la devolución de los aportes hasta por 1 UIT, sin embargo, frente a esto el ejecutivo presentó una

demanda de inconstitucionalidad que finalmente terminó siendo declarada fundada por el Tribunal Constitucional.

Finalmente, sobre el particular, si estamos de acuerdo en que el Sistema Provisional en el Perú debe de cambiarse, mejorarse y ser más justo para el trabajador y reciba una pensión que pueda cubrir sus necesidades.

57. ¿CÓMO SE INICIA EL TRABAJO?

El trabajo puede ser entendido como castigo divino si se da lectura a la Biblia en el antiguo testamento (Génesis, III, 17 y 19) donde Dios condena a Adán a sacar de la tierra el alimento “con grandes fatigas” y a comer el pan “mediante el sudor de su rostro”. Es pues, en este contexto, que se da el mensaje que el trabajo es una actividad que implica un castigo y por tanto su concepción es negativa, como una sanción para el ser humano.

Incluso, posteriormente con la afirmación del cristianismo aparecen figuras que resaltan el trabajo a tal nivel que llegan a expresar como San Pablo que “El que no quiere trabajar que no coma”.

La iglesia mostró preocupación en solicitar mejores condiciones para los trabajadores, elevando y resaltando la naturaleza humana y la dignidad del trabajador.

La Revolución Industrial marcó la asimilación del trabajo al universo o mundo jurídico o, en términos más concretos, la coyuntura permitió la aparición del derecho del trabajo. Esta aseveración la comparten muchos autores que llegan a sostener que, si no se hubiera dado en el mundo el fenómeno de la revolución industrial, no hubiera aparecido en el universo jurídico el derecho del trabajo de cuya importancia e independencia nadie puede dudar en la actualidad.

En los últimos tiempos, fundamentalmente durante los siglos XIX y XX, se ha producido una humanización del derecho del trabajo a través del desarrollo de la doctrina social de la Iglesia Católica. Así tenemos, como ejemplo de ello, la Encíclica Rerum Novarum del Papa León XIII, a través de la cual se concibe al trabajo desde una doble perspectiva: la personal y de necesidad. En efecto, se manifestaría que el trabajo constituye una actividad consustancial o inmanente al ser humano y que es a través de dicha actividad que el hombre logra su subsistencia.

En la actualidad y como consecuencia del COVID-19, en el mundo, millones de trabajadores han perdido sus empleos.

En el Perú han perdido su trabajo cerca de 6,7 millones de trabajadores. Es en estos momentos cuando nuevamente las palabras del Santo Padre Juan Pablo II, quien nos visitó en dos ocasiones, se llenan de sabiduría y certeza a través de la Encíclica Laborem Exercens, en la cual refiere:

“...El Trabajo es un bien del hombre, es un bien de la humanidad, porque mediante este no sólo se transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre; es más, en un cierto sentido se hace más hombre...”.

El Santo Padre nos ha dejado su bendición y estoy seguro de que con esa bendición saldremos adelante, no perdamos la fe ni la esperanza.

58. ¿QUÉ SON LAS CTS Y CUANDO SE DEBE ENTREGAR AL TRABAJADOR?

Podemos definir a la Compensación por Tiempo de Servicios como un beneficio social de previsión de las posibles contingencias que origine el cese en el trabajo y de promoción del trabajador y de su familia. Además, son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador: 1. La comisión de falta grave. 2. La conducta penal por delito doloso, así como la negativa injustificada y probada del trabajador. Dentro de este beneficio encontramos a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que cumplan cuando menos una jornada mínima de 4 horas diarias o de 20 horas semanales. Por otro lado, se excluye a los trabajadores que no cumplan la precitada jornada de trabajo como mínimo, los que perciban el 30% o más del importe de las tarifas que paga el público por los servicios (no se considera en este rubro las comisiones, ni el destajo), y luego los trabajadores sujetos a un régimen laboral especial de CTS tales como los de construcción civil, artistas, trabajadores del hogar, los cuales se rigen por sus propias normas.

Este derecho surge desde que se alcanza el primer mes de iniciado el vínculo laboral. Cumplido este requisito, toda fracción laborada dentro del mes se computa por treintavos. Los meses que sirven como base del cálculo son el 30 de abril y el 31 de octubre; es decir, semestralmente. Se establecen los meses y días de acumulación, con el descuento de los días de inasistencia no computables.

En cuanto al pago o abono de la CTS, la que se devengue al cese del trabajador por periodo menor a un semestre le será pagado directamente por el empleador dentro de las 48 horas de su cese, y la remuneración computable será la vigente a la fecha del cese del trabajador. Aquí se debe reiterar que solo son computables los días efectivos de labores. Por ende, los días de inasistencia injustificada, así como los no computables, se deducirán del tiempo de servicios a razón de un treintavo por cada uno de estos días. Son computables también, por excepción entre otros, las inasistencias por accidente de trabajo, enfermedad profesional o enfermedad debidamente comprobada, en un periodo máximo de 60 días al año, los días de descanso pre y posnatal, los días de huelga que no haya sido declarada improcedente o ilegal.

En cuanto a la remuneración computable que sirve como referencia para el cálculo de la CTS, esta es la remuneración básica más todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador, en dinero o en especie, y que sean de su libre disposición. Para el caso de una remuneración complementaria de naturaleza variable o imprecisa, se considera cumplido el requisito de la regularidad si el trabajador las ha percibido cuando menos tres meses en cada periodo de 6 meses. La CTS se puede pagar en especie, siempre que exista acuerdo entre las partes y que su valoración no afecte al trabajador en sus derechos. Los conceptos fundamentales que son considerados como remuneración computable para la CTS son la remuneración básica, la asignación familiar, las gratificaciones legales de julio y diciembre, las gratificaciones ordinarias, las comisiones, las horas extras, la remuneración vacacional, entre otros.

El depósito de la CTS se puede realizar en cualquiera de las entidades del sistema financiero elegida por el trabajador. Dicho depósito deberá realizarse dentro de los primeros 15 días del mes de mayo y noviembre de cada año. Precisamente el trabajador cuando ingresa a prestar sus labores deberá

comunicar a su empleador por escrito, en un plazo que no excederá del 30 de abril y del 31 de octubre según su fecha de ingreso, el nombre del depositario elegido, el tipo de cuenta y moneda. De no ser así, el empleador depositará la CTS en cualquier de las instituciones autorizadas a plazo fijo y por el periodo más largo permitido.

Los depósitos de CTS tienen el carácter de intangibles e inembargables, salvo por alimentos y hasta por un porcentaje máximo del 50%. El monto máximo de retiro a que tiene el trabajador sobre su CTS es lo que supera las cuatro remuneraciones. El resto sólo podrá ser retirado hasta su cese, salvo el caso del uso del 80% de manera excepcional y por una sola vez, cuando se trata de vivienda de conformidad con la Ley N° 28461.

El plazo de prescripción para el reclamo de la CTS, entendiéndose que este es un beneficio social, es de 4 años contados a partir del día siguiente de la extinción del vínculo laboral de conformidad con la Ley N° 27321.

Ahora bien, si el trabajador es despedido por falta grave, y además hubiere ocasionado un perjuicio al empleador, este podrá retener su CTS y sus intereses a multas del proceso que promueva el empleador y que deberá ser entablado dentro de los 30 días naturales de producido el cese ante el Juez. Si en caso el empleador actuara fuera de los alcances de esta figura prescrita en la ley, deberá pagar al trabajador por concepto de indemnización por el daño causado el doble de la CTS no abonada.

Reitero que por mandato de la Ley N° 30334 se permite a los trabajadores que se encuentran comprendidos dentro de los alcances del TUO del Decreto Supremo N° 001-97-TR, disponer, aunque el vínculo laboral esté vigente, del 100% de lo que está por encima de cuatro remuneraciones brutas.

El Congreso de la República aprobó la Ley N° 31171, que fue publicada el 23 de abril del 2021 en el diario oficial El Peruano, que permite retirar el 100% de las CTS.

Se ha promulgado el Decreto Supremo N° 010-2021-TR, Reglamento de la ley, de retiro de las CTS, el que señala en efecto que se puede retirar el 100% de las CTS.

El retiro de la CTS aprobada por la Ley N° 31171 es a razón de las necesidades económicas causadas por la pandemia del COVID-19, y hasta el 31 de diciembre 2021. Se comprende a los trabajadores del Decreto Supremo N° 001-97-TR, para que estos puedan disponer del 100% de la CTS efectuados en las empresas del sistema financiero, así como en las cooperativas de ahorro y crédito que solo operan con sus socios y que no están autorizadas a captar recursos del público u operar con terceros que estén permitidas de ser depositarias de la CTS, que tengan acumulados a la fecha de disposición.

Asimismo, en el Decreto Supremo N° 010-2021-TR con que se establecen disposiciones reglamentarias para el retiro del 100% de la CTS, y en su artículo 2 señala que es de aplicación para:

1. Los trabajadores del sector privado del TUO del Decreto Legislativo N° 650, independientemente del régimen laboral al que se sujeten.
2. Los trabajadores de empresas del Estado sujetos al TUO del Decreto Legislativo N° 728.
3. Los servidores civiles de entidades del sector público del TUO del Decreto Legislativo N° 728.

59. ¿QUÉ SON LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SERVICIOS? ¿SON LEGALES?

PREEMINENCIA DEL MEDIO SOBRE EL RESULTADO

La literalidad ingresa como una perpendicular idea de someter la interpretación únicamente a lo expreso evitando toda presunción o inferencia tácita, y aunque esto no debería influenciar necesariamente cuando hablamos de derechos humanos, lo cierto es que para el Constituyente si tuvo un significado empírico, por lo que al reformar la Constitución en 1993 incorporó en la redacción de su primer artículo un rol más participativo tanto del Estado y de la sociedad. Nótese la redacción de la Constitución de 1979: “Artículo 1.- La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”.

Si bien aquí quedaba claro el antropocentrismo que dirige todo el ordenamiento jurídico, es decir, que el ser humano es el centro de toda creación en lo jurídico y es a su vez el fin por el cual se realiza todo un campo de protección sobre lo físico, moral y intelectual; una especie de entelequia formada por el hombre para el hombre, de la cual pueda hacer uso para disfrutar de su vida de la manera más plena posible, pero que sin embargo debe limitarse por razón de la convivencia social, cayendo en sí misma en una manifiesta limitación al albedrío. Pues a pesar de este reconocimiento expreso del cual se podía interpretar de manera extensiva muchos otros derechos, los cuales servirían para concretar de forma más acertada el fin anhelado y el de la propia intención humanística del artículo en comento, el Constituyente manifestó en una reforma un tanto resaltante sobre el accionar del Estado y la Sociedad. De esta manera el actual artículo primero de la Constitución de 1993 señala: “Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Aquí el incidente no comienza en estricto con la persona humana, sino con su defensa, es decir un rol protector, sin embargo, si se nota la comparación con la Constitución de 1979, este rol de proteger a la persona humana se encontraba al final del párrafo, y aquí ingresa a tallar también el orden gramatical de la normativa, pues un entendimiento ortodoxo llevaría a pensar que por el orden de la palabra, esto es que la defensa o protección se vea al final o al inicio, identifique necesariamente el rigor de su importancia, sin embargo, no coincide con esta apreciación, toda vez, que el texto normativo debe entenderse como un todo y no únicamente resaltar el orden de las palabras.

De igual manera debe apreciarse la incidencia que se crea con la incorporación de la dignidad humana como parte del fin supremo de la sociedad y del Estado, y es que el valor que se le asigna al hombre por su condición de tal no obedece a un mérito individual, sino a una concepción que se remonta en el biocentrismo, toda vez que al ser el hombre el único dotado de raciocinio y de cualidades únicas sobre las demás especies, se considera que este debe encontrarse por encima y por tanto es merecedor por el solo hecho de ser y no por el de hacer. De esta manera se garantiza una protección igualitaria sobre todo ser humano sin discriminación ni desprendimiento inmotivado de la regla principal que señala el artículo primero de la Constitución Política del Perú de 1993.

Entonces, si el ser humano es el fin, ¿lo demás que es?. Efectivamente si lo que se quiere lograr es la defensa de la persona humana y el respeto irrestricto de su dignidad, deberá utilizarse ciertos medios que ayuden a completar dicha tarea. Es así que todo lo demás que no ingrese dentro del concepto de humano deberá quedar en un segundo plano, ello no quiere decir que no merezca protección, pues en

algunos casos serán necesarios para la vida del ser humano, tales como la flora y la fauna, por poner algunos ejemplos, que mantienen en equilibrio actividades humanas necesarias para sus subsistencia.

En el camino por lograr satisfacer las necesidades humanas y equilibrar la convivencia social, el ser humano ha desplegado una organización elaborada de instituciones que permitan facilitar la tarea del Estado de proponer políticas públicas que materialicen el principio fundamental del respeto de la dignidad humana. Frente a esto también se debe tomar en cuenta que el análisis principal de motivación de una política pública se encuentre en el medio empleado y no en el resultado que se espera alcanzar, pues esto último dejaría al mismo Estado con un despropósito sobre el inicial poder concedido por la sociedad.

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SERVICIOS

El 20 de diciembre de 2007 se promulga la Ley N° 29157, con la que el Congreso de la República delegaba facultades para legislar al Poder Ejecutivo sobre facilitación del comercio, fortalecimiento institucional y modernización del Estado, entre otras, todo esto en el marco de implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos.

Los efectos de esta ley junto con su vigencia comenzaría a regir desde el 01 de enero de 2008, y al haberse delegado la facultad legislativa solo por 180 días calendario, se entiende que el ejecutivo tendría hasta el 28 de junio de 2008 para poder legislar sobre estas materias.

Es así que el Poder Ejecutivo a través del Presidente de la República, en aquel entonces Alan García Pérez; el Presidente del Consejo de Ministros, Jorge del Castillo Gálvez; y, el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, Mario Pasco Cosmópolis, suscribieron el Decreto Legislativo N° 1057 publicada el 28 de junio de 2008 en el diario El Peruano, mediante el cual se regulaba el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, conocido también como CAS, por sus siglas.

CONTEXTO

La situación jurídica en la que se encontraban los trabajadores del sector público era de un trabajador sin derechos laborales, esto debido a que se había utilizado la contratación de servicios no personales, también conocida como locación de servicios, que es un contrato de naturaleza civil y no laboral, para implementar mayor personal dentro de la administración pública, y no reconocerles los beneficios laborales.

La locación de servicios es un contrato típico que se encuentra regulado en el artículo 1764 del Código Civil, en el cual participa un locador, que puede ser una persona natural o jurídica, que se obliga a prestar sus servicios por un tiempo o trabajo determinado frente a un comitente, que también puede ser una persona natural o jurídica, a cambio de una retribución. Este contrato civil no cuenta con el elemento de la subordinación, por lo que no es considerado un contrato de trabajo y carece de ser objeto de una protección especial que brinda la Constitución Política del Perú.

En ese sentido, se tenía que el Estado evitaba seguir su propia regla, es decir, por un lado incitaba a que el privado respete los derechos laborales, tal cual su función de asumir la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, pero al momento de contratar personal lo hacía a través de servicios no personales, desnaturalizando el propio contrato, ya que sometía al trabajador a un horario determinado,

fiscalizar sus labores, y sancionar de ser el caso, siendo en el fondo un contrato de trabajo disfrazado solo por el nombre de una locación de servicios,

Era evidente que esto no podía continuar, y es así que en el gobierno del expresidente Alan García, se promulga el Decreto Legislativo N° 1057, que crea un régimen especial de contratación laboral, la contratación administrativa de servicios, que solo puede ser utilizado por las entidades del Estado excluyendo a las empresas del sector privado.

Definición:

La definición del CAS la encontramos dentro de la misma normativa, así el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1057 señala que:

Artículo 3°.- Definición del contrato administrativo de servicios

El contrato administrativo de servicios constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado. Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales.

La presente norma no se aplica a los contratos de prestación de servicios de consultoría o de asesoría, siempre que se desarrollen de forma autónoma, fuera de los locales o centros de trabajo de la entidad.

60. ¿QUÉ CARÁCTERÍSTICA TIENEN LOS CAS?

Como ya se había mencionado los CAS solo podrán ser utilizados por las entidades públicas que estén sujetas al Decreto Legislativo N° 276 (Ley de Bases de la Carrera Administrativa) y a otras normas que regulen carreras administrativas especiales. Asimismo se hace precisión que también podrán utilizarlas las entidades públicas que estén dentro del régimen de actividad privada, dejando fuera a las empresas del Estado.

El procedimiento de contratación está dividido en cuatro etapas:

-Primera etapa: Preparatoria.

-Segunda etapa: Convocatoria.

-Tercera etapa: Selección.

-Cuarta etapa: Suscripción y registro del contrato.

La primera etapa inicia con el requerimiento del órgano o unidad orgánica usuaria, en la que se detalla el servicio que se va a realizar, las aptitudes del postulante (requisitos como experiencia, formación, etc), se describe las demás etapas del procedimiento, se justifica la necesidad de contratar y se comprueba que exista un presupuesto disponible para hacer el pago de la remuneración.

En la segunda etapa se realiza la publicación de la convocatoria al público en el que se detallarán los requisitos exigidos para el postulante, los cuales han sido diseñados en la primera etapa, el cronograma y demás etapas del procedimiento. De igual manera deberá hacerse mención del modo, tiempo y lugar de la realización del servicio, indicando a su vez el monto de la retribución que se irá a pagar.

En la tercera etapa se realiza una evaluación de meritocracia y aptitudes del postulante a través de su curriculum, examen de conocimientos y/o entrevista. Se otorga un puntaje determinado en relación a la evaluación objetiva, y se selecciona a quien haya obtenido más puntos.

En la cuarta etapa, teniendo ya al postulante seleccionado, se procede a suscribir el contrato administrativo de servicios y se registra como tal, en caso el postulante que haya sido seleccionado no pudiera suscribir el contrato dentro de los cinco días hábiles de haber comunicado el resultado de la convocatoria, se tendrá que elegir al que sigue en la lista de orden de mérito, es decir el segundo que haya obtenido gran cantidad de puntos.

Es un contrato a plazo determinado y puede ser prorrogado o renovado.

61. ¿CUÁLES SON LOS BENEFICIOS DEL CAS?

La intención primordial de la creación de los CAS era otorgar beneficios laborales a trabajadores que no lo tenían, por lo que dentro de la estructura de estos contratos se comenzaron por reconocer los siguientes derechos:

-Un máximo de cuarenta y ocho (48) horas de prestación de servicios a la semana..

-Descanso de veinticuatro (24) horas continuas por semana.

-Descanso de quince (15) días calendario continuos por año cumplido. -Afilación al régimen contributivo que administra ESSALUD.

-La afiliación a un régimen de pensiones es opcional para quienes ya vienen prestando servicios a favor del Estado y son contratados bajo el presente régimen; y, obligatoria para las personas que sean contratadas bajo este régimen a partir de su entrada en vigencia. A estos efectos, la persona debe elegir entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones.

62. ¿EN QUÉ CONSISTE EL EFECTO PROGRESIVO DEL CAS?

Como se ha mencionado anteriormente los beneficios laborales era el fin que se buscaba obtener a través de los CAS, sin embargo la tarea no terminaba ahí, pues la intención real de la normativa era obtener un efecto progresivo en el que los derechos de los trabajadores aumentara hasta equipararse a los de un trabajador indeterminado. En buena cuenta lo que se buscaba era diseñar un plan a largo plazo en el que la igualdad, el trabajo sin discriminación y el respeto por la dignidad humana pudiera sobreponerse sobre la realidad laboral que acontecía y acontece el Perú.

En ese sentido la ampliación de derechos para los trabajadores CAS era una obligación pendiente para los próximos gobiernos. Es así que el 28 de Julio del 2011 acabado el segundo gobierno del expresidente Alan García, ingresa Ollanta Humala para ocupar el puesto, y durante su estancia el Congreso de la

República realiza la primera modificatoria en cuanto a beneficios laborales para los que se encontraban dentro de este régimen especial.

Mediante Ley N° 29849 del 06 de abril de 2012, que lleva curiosamente como título “Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales”, se amplía los beneficios que otorgaba el Contrato Administrativo de Servicios a través de modificatorias y ampliaciones que se dan de la siguiente manera:

Sobre las modificaciones a los beneficios que existían en la norma original.

Circunstancia	Decreto Legislativo N° 1057 Artículo 6 (28 de junio de 2008)	Ley N° 29849 Artículo 6 (6 de abril de 2012)
Modificatoria	6.1. Un máximo de cuarenta y ocho (48) horas de prestación de servicio a la semana	b) 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.
Modificatoria	6.2. Descanso de veinticuatro (24) horas de prestación de servicios a la semana.	c) Descanso semanal obligatorio de veinticuatro (24) horas consecutivas como mínimo.
Modificatoria	6.3. Descanso de quince (15) días calendario continuos por año cumplido	f) Vacaciones remuneradas de treinta (30) días naturales.
Modificatoria	6.4. Afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD	k) 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. Cuando el trabajador se encuentre percibiendo subsidios como consecuencia de descanso médico o licencia pre y post natal, le corresponderá percibir las prestaciones derivadas del régimen contributivo referido en el párrafo anterior, debiendo asumir la entidad contratante la diferencia entre la prestación económica de ESSALUD y la remuneración mensual del trabajador.

Sobre las ampliaciones de los beneficios con la dación de la Ley N° 29849

Circunstancia	Ley N° 29849 Artículo 6 (6 de abril de 2012)
Ampliación	a) Percibir una remuneración no menor a la remuneración mínima legalmente establecida.
Ampliación	d) Un tiempo de refrigerio, que no toma parte de la jornada de trabajo.
Ampliación	e) Aguinaldo por Fiestas Patrias y Navidad, conforme a los montos establecidos en las leyes anuales de presupuesto del sector público.
Ampliación	g) Licencias con goce de haber por maternidad, paternidad, y otras licencias a las que tienen derecho los trabajadores de los regímenes laborales generales.

Ampliación	h) Gozar de los derechos a que hace referencia la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.
Ampliación	i) 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.
Ampliación	l) Recibir al término del contrato un certificado de trabajo.

Ahora bien, esta fue la única y última ampliación que hubo sobre los derechos laborales contenidos en el Contrato Administrativo de Trabajo. Luego de casi nueve años de esta última modificatoria, los gobiernos posteriores han hecho caso omiso al efecto progresivo de la normativa que comenzó con su implementación en el año 2008, aunque luego se tendrían intentos para su eliminación de facto, que mencionaremos más adelante.

Otro detalle importante que destacar sobre la afiliación al régimen contributivo que administra EsSalud es que esto se modificaría para los trabajadores CAS en el 2019, como si se hubiera previsto lo que pasaría luego en el 2020 con el COVID-19, pues el objetivo era recabar más ingresos para invertirlos en creación de nuevos establecimientos de salud e implementarlos con equipos, así como brindar un mejor servicio de atención, para lo cual mediante Decreto de Urgencia N° 028-2019 del 19 de diciembre del 2019 se modifica el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1057, para señalar que dicha contribución tendría como base imponible el equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio para cada asegurado, y luego en el 2020 esto subiría a un 45%, para posteriormente en el año 2021 se tendría como base imponible el 55% de la UIT.

LA INDIFERENCIA NO ES FUENTE DE DERECHO, SINO FUENTE DEL ABUSO DE PODER

El 11 de diciembre del 2020, el Pleno del Congreso de la República aprobó la Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los Regímenes Laborales del Sector Público, que en buena cuenta busca rescipir a los trabajadores contratados bajo el Decreto Legislativo N° 1057 al Decreto Legislativo 728 y al Decreto Legislativo N° 276, este último donde corresponda.

La autógrafa siguió su procedimiento y conforme al artículo 108 de la Constitución, se envió al Presidente de la República para su promulgación el 18 de diciembre del 2020.

Posteriormente, mediante Oficio 024-2021-PR del 14 de enero de 2021, el Presidente de la República, Francisco Sagasti, responde a la Presidenta del Congreso de la República, Mirtha Vásquez, que observa la Autógrafa de Ley,

Al respecto muchos analistas salieron a comentar la decisión del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, algunos a favor y otros en contra del objetivo que tiene la ley.

Los que se encuentran en contra han señalado que esta ley lo que pretendería es vulnerar el principio de igualdad, sin embargo, yo señalo que esa idea está equivocada por cuanto esa persona bajo régimen CAS tiene derechos y no tienen que estar como un paria. La Constitución es muy clara al señalar en su artículo 2.2. que:

Toda persona tiene derecho (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Todos somos iguales ante la ley, ¿entonces porque se les excluye?. Un fundamento que utiliza la oposición es que se vulnera el derecho de aquellos trabajadores que ingresaron por concurso, cuando el artículo 2.15 de la Constitución reconoce el derecho de toda persona a “trabajar libremente, con sujeción a ley”.

También los ampara el artículo 26 de la Constitución, el cual señala como principio primordial de una relación laboral la “igualdad de oportunidades sin discriminación”. Entonces ¿no es una igualdad de oportunidades acceder a los mismos derechos?, nosotros consideramos que sí, y ello se manifiesta con esta reforma legislativa con la cual nos encontramos de acuerdo.

Una realidad de los contratados bajo el régimen CAS es que se les contrata solo por meses y se les despide, todo porque no tienen estabilidad laboral, no obstante de haber tenido una gran cantidad de años trabajando y haber superado inclusive el periodo de prueba establecido en el artículo 10 del Decreto Supremo N° 003-97-TR que señala “El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario”.

Tampoco se les está otorgando el 100% de los derechos laborales, no obstante de que su contrato tenía los elementos constitutivos del contrato de trabajo, sobre todo el tipificante de la dependencia y subordinación, y tener una prestación de servicio en jornada completa.

Consideramos que con la ley que el Congreso ha aprobado la relación laboral va a ser correcta, toda vez que se está dando a respetar el derecho a la igualdad.

No debemos olvidar que el contrato de trabajo es, según señala el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR: “(...) En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. (...)”, lo cual comprende incluso a los CAS.

Este es un cambio que se ha realizado a consecuencia de la pandemia del COVID-19, que a su vez ha traído una reflexión muy importante sobre el derecho laboral.

Algunos opinólogos, en contra de la ley que elimina el CAS, señalan que esto costará mucho dinero al Estado, sobre esto cabe una pregunta: ¿a caso con los honorarios por servicio, no se les está pagando?, es decir, ya existe un gasto que realiza el Estado.

Entonces con este pretexto de que comprendería un costo elevado al Estado ¿se puede postergar los derechos a los trabajadores?, ¿Qué queda el fin supremo del Estado?, ¿a caso el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, señala que primero debe mirarse el dinero y luego la dignidad humana?. Evidentemente lo que debe primar es la persona humana y el respeto a sus derechos, y no el Estado, pues este último sirve al primero y no al revés.

Los cambios en el derecho laboral, claro que incrementan el presupuesto del Estado o de una empresa privada, pero nos preguntamos también ¿el empleador no se beneficia también con el servicio que presta este trabajador?, pues es evidente que nuevamente ¿Qué lo que se busca es pasar por encima del respeto de los derechos fundamentales y justificar su accionar a través de una “supuesta falta de presupuesto”.

El CAS se hizo pensando en el otorgamiento de los derechos en forma progresiva, sobre lo cual los gobiernos futuros no han hecho nada al respecto, por lo que no podemos decir que la indiferencia es fuente de derecho, sino más bien, es fuente del abuso del poder.

Con esta ley del Congreso pasarían de manera automática 300,000 trabajadores a regímenes 728 y 276 de manera gradual, y los trabajadores tendrían al fin todos sus derechos que les corresponden.

Ahora por ejemplo gozarán de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), gratificaciones, participación de utilidades, asignación familiar, horas extras, seguro de vida, entre otros.

Ya ha anunciado el gobierno que de aprobarse esta ley, recurrirán al Tribunal Constitucional para pedir su inconstitucionalidad, señalan como base de su argumento, que los congresistas no tienen iniciativa de gasto.

Ante la observación de la ley que elimina el CAS por parte del ejecutivo, el Congreso ha respondido que irán por la insistencia de la norma.

El Congreso de la República, el 11 de diciembre del 2020, aprobó la ley que tiene como fin pasar a los trabajadores del CAS a trabajadores permanentes, al respecto se ha criticado que se está ingresando al Estado sin concurso, pero nos preguntamos ¿a caso no es obligatorio para el personal del CAS el concurso?, la respuesta es si.

Entonces, dicen que en dicho concurso no son tan estrictos, y que sus evaluaciones no son tan profundas, pregunto ¿acaso el culpable es el trabajador, o es el Estado que no cumple con realizar las exigencias necesarias para el concurso?, no puede asignársele la carga al trabajador de la responsabilidad que tiene el Estado.

Hasta el SERVIR se ¿Qué el trabajo de emitir un comunicado al respecto, el mismo que transcribimos para su lectura:

Comunicado sobre el pase automático de personal CAS a otros regímenes laborales

Ante la decisión del Congreso de la República de disponer el pase automático de más de 300 mil trabajadores estatales del régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) a un régimen permanente, la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR expresa su preocupación y comunica a la ciudadanía en general lo siguiente:

- Esta decisión genera un incremento automático del 25% del costo de la planilla estatal (el costo pasaría de S/ 9 mil millones a S/ 11,530 millones anuales) sin planificación, en plena pandemia y crisis económica. Esto se convertirá en una bomba de tiempo para la sostenibilidad del país y del próximo gobierno.
- Esta decisión atenta contra la meritocracia y la igualdad de oportunidades que debe primar en el Estado, ya que permite que esas más de 300 mil personas entren sin concurso público y de manera indefinida a trabajar en el Estado. Esto vulnera la Constitución Política del Perú.
- En ese sentido: (i) afecta la igualdad en el acceso de los servidores a la administración pública mediante la meritocracia; (ii) se opone a la reforma ordenada del servicio civil que, como política de Estado, pretende darle un sentido de racionalidad y sostenibilidad a la gestión de los recursos humanos; (iii) dificulta una planificación ordenada de los recursos humanos en el sector público; (iv) rompe la noción de una carrera pública.
- Esta decisión vulnera, además, el mandato del artículo 79 de la Constitución Política del Perú que establece, que *“los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto”*.
- SERVIR reitera su absoluto convencimiento de que en el marco de la Constitución Política del Perú y de la ley, el acceso de los servidores a la administración pública debe ser mediante un concurso de méritos y, en ese sentido, expresan su confianza en que las entidades competentes del Estado se pronunciarán oportunamente sobre este tema que es de interés nacional y que inevitablemente afectará a las futuras generaciones de peruanos y peruanas.
- Somos conscientes de que hay pasos pendientes para la mejora de oportunidades laborales de los trabajadores del Estado y por eso estamos implementando una reforma integral a través del régimen único de la Ley del Servicio Civil, que permitirá que los servidores públicos tengan mejores ingresos, aguinaldos, CTS y reducirá paulatinamente el uso de contrataciones temporales para darle pase a la tan ansiada carrera pública. Esta transformación requiere tiempo y debe hacerse progresivamente.

Lima, 11 de diciembre del 2020

EL PERÚ PRIMERO

servir
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVIDOR CIVIL

En este comunicado se destaca que la eliminación del CAS afectaría contra la meritocracia y la igualdad de oportunidad.

SERVIR no tiene en cuenta el sentido de igualdad de estos trabajadores del CAS quienes no tenían los mismos derechos que los demás trabajadores y no gozaban de ningún derecho, ahí si cierra los ojos ante una realidad notoria.

Ahora más bien cabe preguntarse ¿acaso entre sus objetivos de SERVIR está pronunciarse sobre el incremento y el costo de planilla?, para esto está el Ministerio de Economía y Finanzas, así como el Ministerio de Trabajo. Tampoco creo que esté dentro de las actividades de SERVIR pronunciarse sobre la iniciativa de gastos.

Ver la última sentencia al respecto del Tribunal Constitucional, que analizamos más adelante.

63. ¿EN QUÉ CONSISTE LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO?

Es el tiempo durante el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador a fin de prestar sus servicios.

La Jornada De trabajo se encuentra contemplado en el artículo 25 de la Constitución la que señala que son ocho horas diarias y 48 a la semana conforme se aprecia en el artículo, la jornada de trabajo es un derecho fundamental, debe ser interpretado de conformidad con la declaración universal de derechos humanos, los tratados celebrados por el Estado de acuerdo con el artículo 55 firman parte del derecho nacional

El primer país del mundo en tener oficialmente una jornada laboral de cuatro días y media, en el sector público es en el Emiratos Árabes Unidos, Fundamentando que toman esta decisión para garantizar una fluidez financiera y comercial así como las transacciones económicas

ARTÍCULO 25

“ La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o 48 horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no pueden superar dicho máximo.

Los trabajadores tienen derecho al descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.”

Antecedentes:

El Decreto Legislativo No 854 , artículo 1 texto único ordenado Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobre tiempo

ARTÍCULO 1

“ La jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) Hora semanales como máquina

Se puede establecer por ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada menor a las máximas ordinarias.....”

El Decreto Supremo número 007 — 2002 — TR , , artículo 5 , El que establece que no se encuentra comprendido

Los trabajadores de dirección, los que no se encuentran Sujetos a Fiscalización , servicios Intermitentes

El Decreto Supremo 008-2002 -TR , Reglamentó Del texto único ordenado de la ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo artículo 11 referida a los trabajadores de confianza

Para gozar de los derechos laborales los trabajadores deben laborar cuatro horas como mínimo o su equivalente a 24 horas semanales

La jornada de trabajo , Se desarrolla bajo dependencia o subordinación del empleador.

Los elementos del contrato de trabajo son :

La prestación del servicio, dentro de la cual se presta la jornada de trabajo

2- La Remuneración

3- La dependencia y Subordinación

Por eso es que hemos dicho que la jornada de trabajo, será bajo dependencia o subordinación

Conclusión

1- La jornada laboral de ocho horas diarias y 48 a la semana

2- Se puede reducir, por negociación colectiva es decir por acuerdo de partes, También por un acto unilateral del empleador

3- En la actualidad hay empresas, que en el verano, sus trabajadores laboran hasta el jueves o viernes al mediodía

4- Hay empresas que consideran el horario de refrigerio dentro de la jornada de trabajo,

Cómo sabemos nosotros , el refrigerio no está considerado dentro de la jornada de trabajo

5- Recientemente la Comisión de trabajo del congreso de la República, pretende reducir la jornada laboral por cambios en el refrigerio

En efecto en La Comisión de trabajo se quiere la inclusión de refrigerio en la jornada laboral, Es decir rebajar la jornada semanal de 48 horas a 42, Lo que iría contra la productividad del país, creo que cualquier cambio debe efectuarse en base a estudios técnico y no por medidas populistas

64. ¿QUÉ SON LOS REEMBOLSOS DE LOS GASTOS POR SEPELIO?

La muerte de un familiar directo es un dolor inmenso, solamente lo sabemos aquellos que hemos perdido a un ser querido, sobre todo últimamente como consecuencia de esta pandemia del Covid-19 , los familiares están dolidos , angustiados y desesperados , por la pérdida inmensa del familiar y posiblemente no piensen en ningún reembolso o indemnización y/ o posiblemente no sepan qué beneficios puede corresponder por el fallecimiento del ser querido , que ha estado afiliado a Essalud

Los trabajadores o pensionistas que estuvieron afiliados a EsSalud Tienen derecho a solicitar los reembolsos por los gastos efectuados por sepelio

Este beneficio le corresponde, al trabajador activo o pensionista

Este reembolso, esta sujeto a una cantidad máxima y el trámite se hace directamente y en forma gratuita

El reembolso cubre el valor del nicho, la cremación, el ataúd, y el carro porta corona

Se da el caso, que muchos familiares no conocen de este beneficio, y por lo tanto no lo solicitan dejando pasar el tiempo, el que juega en contra de ellos, ya que hay un periodo determinado para reclamar, y si no se hace dentro de ello se pierde este beneficio

65. ¿CUÁLES SON LOS REQUISITOS DEL REEMBOLSO DE LOS GASTOS POR SEPELIO?

Los requisitos son los siguientes:

- 1-El asegurado titular debe haber tenido un vínculo laboral hasta el momento de su fallecimiento o en licencia a causa de alguna enfermedad .No debe haber estado en periodo de latencia *
- 2-La persona debe haber fallecido en territorio nacional
- 3- Se demostrar el fallecimiento del asegurado con el certificado de defunción, y los documentos de gasto
- 4-en caso que el deudor principal no pueda realizar los trámites, otro apoderado asignado legalmente puede realizarlo

66. ¿QUE SIGNIFICA LATENCIA PARA LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA?

1-Cualidad o condición de latente

2- Tiempo que transcurre entre un estímulo y la respuesta que produce, y, en particular, lapso entre el momento en que se contrae una enfermedad y la aparición de los primeros síntomas.

En verdad esta definición no nos ayuda para el tema tratado.

Por eso daremos el concepto de latencia que da en EsSalud

“ Cuando el empleador declara el cese del vínculo laboral

EsSalud De manera automática genera su derecho especial de cobertura por desempleo. Esta cobertura te permite atenderte en EsSalud , Durante un periodo máximo de hasta 12 meses

La latencia es un beneficio que cubre al desempleado o a su familiares (El desempleo puede ser porque el trabajador ha sido despedido por el empleador) O a los que han sido sometidos a la suspensión perfecta, como consecuencia del COVID , periodo que incluso se señalo que EsSalud no podía dejar de atenderlo a los afiliados en tal condición.

67. ¿QUÉ ES LA EXPERIENCIA LABORAL?

Existe diferentes tipos o modalidades formativas laborales entre ellas la práctica profesional

Mediante el decreto supremo número 003-2008-TR de 21 de mayo de 2008 se dictaron medidas sobre jornada máxima de modalidades formativas reguladas por la ley 28 518 , así como de las prácticas pre profesionales de derecho y de internado en las ciencias de la salud en atención a los numerosos casos de abuso en el número de horas en que los estudiantes universitarios en general , y los estudiantes de derecho en particular, se ven forzados a organizar este tipo de práctica. La situación anterior desnaturalizaba dicha modalidad pues sustituida la labor del trabajador por la del practicante con mínimo derecho. De igual forma ,dicha norma se dictó en atención a los abusos en cuanto al número de horas en que se desarrollaban sus labores los estudiantes de profesiones en la modalidad de internado En los establecimientos de salud del sector público

BASE LEGAL

Ley número 28518,

Decreto Supremo 007 — 2005 — TR

Decreto Supremo 003-2008-TR

PRACTICA PROFESIONAL

Es una modalidad que busca consolidar los aprendizajes adquiridos a lo largo de la formación profesional, re como ejercitar su desempeño en una situación real de trabajo. El tiempo de duración de este convenio es no mayor a 12 meses, (Hoy modificado) salvo que el centro de formación profesional o la universidad, por normas reglamentos, determine una extensión mayor. El egresado deberá ser presentado a una empresa por el centro de formación profesional o universidad, quien deberá llevar un registro de las veces que se acoja a esta modalidad hasta que complete periodo máximo de práctica profesional. En cuanto a la jornada formativa esta es no mayor a ocho horas diarias o 48 horas semanales; y en cuanto a la subvención económica, ella no puede ser inferior a una remuneración mínima vital, siempre y cuando se cumpla con la jornada máxima

DERECHO y BENEFICIOS

1-Remuneración mínima vital

2-Jornada máxima ocho horas diarias o 48 a la semana

3-Vacaciones 15 días

4-Descanso semanal

5- Gratificación media subvención mensual por semestre (si se trabaja menos de ese periodo pierde este beneficio)

Además debemos precisar que la ley 28518, referente a modalidades formativas laborales, precisa que las empresas deben cubrir los riesgos de enfermedad y accidentes de los practicantes a través de EsSalud o de un Seguro Privado.

Muchas veces los practicantes desconocen los derechos laborales a que son beneficiarios, es por ello que es necesario, que se explique los beneficios a que tienen derecho en esta condición laboral, entre ellos tienen , además de los mencionados , derecho a un seguro de salud que les cubra:

1-Gastos de curación por enfermedad

2-Gastos de curación por accidente

Con fecha Enero del 2022 el Supremo Gobierno promulgó la ley No 31396 , que reconoce como experiencia laboral las prácticas preprofesionales y las prácticas profesionales realizadas por los

estudiantes y los egresados de las instituciones de educación superior universitaria y no universitaria en las diversas instituciones públicas y privadas

Es una ley que beneficia a miles de jóvenes y su ámbito es para las entidades del sector público y privado

No están comprendida de conformidad con el artículo 2 del DL No 1401

-Las empresas públicas del Estado, las que se rigen por lo establecido en la ley 28518, la ley del servicio civil de graduados Secigra Derecho, así como lo dispuesto en la ley número 233 30 que establece el servicio rural y urbana marginal de salud

RECONOCIMIENTO DE LA PRÁCTICA PRE- y PROFESIONAL COMO EXPERIENCIA LABORAL EN LAS ACTIVIDADES PÚBLICAS y PRIVADAS

1-La práctica proprofesional que realizan los estudiantes en el situaciones públicas o privadas por un periodo no menor a tres meses o hasta cuando el estudiante adquiera la condición de egresado

2- Las prácticas profesionales que realizan Los egresados de educación superior universitaria y no universitario en instituciones públicas o privadas por un periodo de hasta un máximo de 24 meses son reconocidas como experiencia laboral para su desempeño en la actividad pública y privada

3- Las prácticas pre profesionales y continuas como prácticas profesionales en la misma institución pública o privada por un periodo no menor de tres meses

Además , a los egresados que postule a un cargo en el sector público que requieren experiencia laboral , se le reconocen las prácticas que han realizado en el sector público y privado

Igualmente las prácticas profesionales sólo puede desarrollarse dentro de las 24 meses siguientes a la obtención de la condición de egresado,

Vencido dicho plazo el convenio y las prácticas profesionales caducan automáticamente

COMENTARIOS

En primer lugar es una buena ley, aunque no creo que ayude en mucho, el problema real es la falta de incentivos a la inversión que creen puestos de trabajo formales y a la terrible falta de flexibilidad de nuestra legislación laboral que incentiva la informalidad , que es cerca del 80% de la población laboral

Muchos critican la ley, sin conocerla y “señalan que esta nueva ley debe regular el pago para un practicante porque las empresas abusan de ellos le pagan lo que le da la gana y creo que no debería ser así sino que debería estar regulado su monto y sus derechos “

Sin saber que los practicante de acuerdo a ley perciben una subvención equivalente a un sueldo mínimo, así como a 15 días de vacaciones , y una asignación al año, de media subvención , como si fuera gratificación y goza de seguro de salud , como veremos más adelante

Otra de las críticas, “ es que como no tiene experiencia laboral , es decir al practicante no se le puede dar responsabilidad, como a un empleado por lo , que dicen que es una falsa ilusión de haber logrado algo. “

Lo que las “empresas quieren es pedir mayor tiempo de experiencia, para entrar al mercado, y competir “ lo que es comprensible.

Otros dicen “ que no ven el beneficio de la ley, lo que se debe es promover la inversión y el empleo, dándose normas que ayuden a ese objetivo “

Otra crítica “ es que esta ley sólo ayudará en lo que trabaja en el estado porque servirá para ponerlo en su currículum “

Otra crítica, “ se quiso ayudar a los jóvenes . La empresa exige mayor experiencia laboral , para captar a lo mejores del mercado. Ahora una persona con trayectoria y éxito perderá ventaja competitiva frente a un joven sin responsabilidad, en perjuicio del contratante”

CONCLUSIÓN

1-Los practicantes que realicen estudios y practiquen tendrán experiencia laboral de acuerdo a lo que señala la norma

2-Cubre periodos no menor de tres meses o hasta cuando el estudiante tenga condición de egresado, se consideran como experiencia laboral

3-El periodo de práctica profesional sólo puede desarrollarse dentro de los 24 meses siguientes a la obtención de la condición de egresado de la universidad Es decir sólo Puede desarrollarse dentro de las 24 meses siguientes a la obtención de la condición de egresadoVencido Dicho plazo el convenio y las prácticas profesionales caducan automáticamente.

Reiteramos que las prácticas que realizan los egresados por un periodo de hasta un máximo de 24 meses, son reconocida como experiencia laboral para el de su desempeño en la actividad pública y privada

4-Para los que ingresen dentro del periodo comprendido del 2019 al 2022 , Podrán acreditar sus prácticas hasta 24 meses después de levantada la emergencia sanitaria, por parte del gobierno

5- Esta norma se aplica tanto para sector público como para sector privado

68. ¿EXISTE FALTA GRAVE POR DORMIRSE DURANTE LA JORNADA DE TRABAJO?

La jornada de trabajo de acuerdo al artículo 25 de la Constitución política del Perú señala:

“ la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máximo.....”

El artículo primero del decreto legislativo 854 señala

“La jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad de ocho (8) hora diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo.

Se puede establecer por ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada menor a la máximas ordinarias.....”

Los artículos 23 y 26 de la Constitución, se refieren a las Relaciones Laborales ,pero no regula .

lo que es el contrato de trabajo.

El contrato de trabajo lo encontramos regulado en el artículo cuarto del decreto supremo 003 — 97 — TR

El artículo 23 tercer párrafo de la Constitución señala

“.....Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador....”

El artículo 26 de la Constitución señala

“En la relación laboral se respeta los siguientes principios:

.....”2-Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la constitución y la ley

3-Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”

El artículo cuarto del decreto supremo 003 — 97 — TR, Es el que regula desde el punto de vista legal que es el contrato de trabajo

“ En toda Prestación personal de servicio remunerado y subordinado, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente ley establece.

También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna

Notar que se refiere a la Prestación Personal del Servicio , que desarrollaremos más adelante

El artículo 22 del Decreto Supremo 003 — 97 — TR, señala

“Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.

La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador.

La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial.....”

El artículo 24 del DS 003-97-TR señala:

“Son causa justa de despido relacionado con la conducta del trabajador:

a- La Comisión de falta grave.....”

El artículo 25 del decreto supremo número 003 — 97 — TR

“Falta grave en la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga y irrazonable la subsistencia de de la relación.... “

Entre los elementos del contrato de trabajo encontramos cinco , tres principales y dos secundarios

Siendo el primero de ellos la prestación personal del servicio, es decir el trabajador debe prestar el servicio a su empleador dentro del horario de trabajo, para lo cual ha sido contratado, debe prestar sus servicios en forma eficiente y de buena fe

-El segundo es el pago de la remuneración, es decir el empleador paga por el servicio que le presta el trabajador

Entre las faltas graves que considera el artículo 25, en que habría incurrido el trabajador, al quedarse dormido dentro del horario de trabajo

podríamos considerarse, las señaladas en las letras a) b) y d)

El artículo 31 del referido decreto señala que no se podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, Salvo aquellos casos de falta grave flagrante y que no resulte razonable tal posibilidad.....”

El artículo 32 señala el despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese.....”

Por qué se considera falta grave ¿, que trae como consecuencia el despido del trabajador por dormirse en el horario de trabajo

Al respecto debemos expresar:

La Casación emitida por la Corte Suprema No 13969-2019, de la SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA señala :

-El recurso de casación interpuesto por la parte demandada, unión de Concretera Sociedad Anónima — Unicon, Contra la Sentencia Vista, que confirmó la sentencia apelada sobre reposición por despido fraudulento

-la parte demandante solicita, como pretensión principal la reposición por despido fraudulento de su cargo de chofer operador de bomba , Y como pretensión accesoría el pago de una indemnización por daños y perjuicios por accidente, pero lo que nos interesa analizar es sobre el despido y la solicitud de Reposición , así que eso es lo que nos limitaremos a comentar

-El juzgado de primera instancia declaró infundada la demanda en cuanto al despido fraudulento y reposición

Entre su fundamento señala que se ha comprobado en la falta cometida por el demandante al encontrarse dormido en horario de trabajo, apoyado tanto la mano como su cabeza en el timón del camión asignado. Consecuentemente la relación entre los hechos y las acción impuesta por la empresa resulta proporcional y con una base objetiva que la sustenta habiéndose respetado el principio de razonabilidad con el que se debe actuar en uso de la facultad de direccionales por ello está pretensión es infundada.

La Sentencia Vista, confirmó la sentencia que declara fundada en parte la demanda, en lo que se refieren al extremo de la indemnización de daños y perjuicios, La revocaron en cuanto al monto y la reforma.

Revocaron la sentencia en cuanto declara infundado la demanda de impugnación de despido fraudulento.

y reformando lo declara fundada esta pretensión disponiendo le pague la indemnización señalada en el artículo 38 del decreto supremo 003 — 97 — TR.

Entre las causales para declarar procedente el despido es la estipulada con la letra a):

“ a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a la orden relacionada con las labores, la reiterada paralización intempestivas de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobada o expedida según corresponda por la autoridad competente que reviste gravedad .

La reiterada paralización intempestivas de labores debe ser verificada fehacientemente con el concurso de la Autoridad Administrativa

de Trabajo, o en su defecto de la Policía o de la Fiscalía si fuera el caso, quienes están obligados, bajo responsabilidad a prestar el apoyo necesario para la constatación de estos hechos, debiendo individualizarse en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta . “

La consideran falta grave, y el que tiene que probarlo es el empleador porque es el que le invoca, tiene que probar la causa del despido, y el trabajador la existencia de la misma cuando la invoque.

Para que te configuren la falta grave, debe prevenir de una actividad personal del trabajador cometida por este y que haga y razonable la subsistencia de la relación laboral entre el empleador y el trabajador

El artículo 25 en su letra señala una serie de faltas graves como son el incumplimiento de las obligaciones del trabajador, la resistencia reiterada a cumplir las órdenes del superior y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad de Higiene Industrial, al respecto

debemos decir que el empleador contrata al trabajador para que desarrolle una serie de funciones que, este le asignan de acuerdo a la facultades que tiene como empleador como son el de dirección y la facultad de fiscalización el hecho de haberse quedado dormido es un incumplimiento de su obligación ya que él debe cumplir un servicio y no aprovechar un descuido para ponerse a descansar también es considerado una resistencia a cumplir la orden del superior porque este , le tiene que haber asignado funciones y el no lo ha cumplido y por el contrario ha cometido otros hechos y por último no ha dado cumplimiento al Reglamento de Seguridad Higiene Industrial , ni al Reglamento Interno de Trabajo , su comportamiento ha podido ser desastroso pudo haber causado daño a otras personas, a los bienes de la empresa, al estar dormido posiblemente pudo haber realizado acciones y que se ponga en movimiento el camión y ocasione daños al personal o /y a los bienes de la empresa

La carta que le envía la empresa, de preaviso, de acuerdo al artículo 31 para que de su descargo y en el que le pone en conocimiento la comisión de la falta grave cometida, circunstancia en la que se encontraba durmiendo en el vehículo pesado que manejaba a pesar de saber que dichos reflejan su falta de diligencia y cuidado más aún si al quedarse dormido en la unidad dejó las llaves puestas en contacto hecho que puede originar un accidente de trabajo ya que tenía compañeros alrededor

El trabajador al contestar la carta, expresa no estoy durmiendo estoy cansado y pestañeando , Es decir el trabajador refiere que ningún momento estuve durmiendo y acepta que estaba cansado y agacho un instante la cabeza sobre el timón

La actitud del trabajador es un peligro para el, para sus compañeros de labor que estaban alrededor y para los bienes de la empresa, Sostenemos que el despido está bien aplicado inclusive se ha podido aplicar otra causales como son las que están señaladas en los incisos b) y d)

La Suprema considera una falta grave tipificada en el inciso a) del artículo 25, que justifica el despido

La Sala Suprema confirma la sentencia del juzgado de fecha 12, de diciembre 2017 , en el extremo que declara infundada la Reposición por despido fraudulento, Y que justifica la extinción del contrato de trabajo, pues se ha quebrantado la buena fe laboral haciendo Irrazonable la subsistencia de la relación laboral

Que la buena fe se puede definir como un principio y decir como una de las premisas de nuestro entrenamiento jurídico adoptado con el objeto de que sirva a manera de guía directriz y criterios de conducta de las partes contractuales. En efecto, la buena fe se configura respecto del derecho laboral como una base axiológica, a modo de principio fundamental que lo informe y que por lo tanto, queda plasmada en tu diversas formas ya sea explícita o implícitamente

Agrega, asimismo la buena fe laboral, implícitamente contempla la relación de confianza que debe haber entre el trabajador y el empleador, pues a veces piden que se cumpla con las obligaciones que va a dar el contrato de trabajo; es así como el empleador espera que el trabajador cumpla cabalmente con sus funciones

Igualmente señala que el incumplimiento de las obligaciones del trabajador que demuestra que las labores desarrolladas, no han sido cumplidas bajo lealtad y prescripción

1-Al dormir dentro del Horario de Trabajo, esta rebajando en forma unilateral la jornada de trabajo, a espaldas del empleador

2-El trabajador despedido habría incurrido , hasta en tres tipos de falta grave estipuladas en las letras a) b) y d) del artículo 25

3-La sentencia casatoria, señala los trabajadores puede ser despedidos de inmediato, por estar dormido en el horario de trabajo y por que eventualmente puede ocasionar daños a sus compañeros de trabajo que están a su alrededor

4- Los especialistas en derecho laboral al comentar el caso mencionado, opinan, que se refiere a un chofer, que se ha quedado dormido sobre el timón de un camión de carga pesada y que estaba apagado pero con la llave puesta, lo que significa un peligro tanto para el trabajador , así como para los que se encontraban alrededor .

5-también deberíamos hacer la reflexión, que sucede con aquellos trabajadores que trabajan en un escritorio y que después del almuerzo, toma un periódico y hace una siesta , dentro de la oficina , esto también sería falta grave ¿en mi concepto, por que estaría incumpliendo sus obligaciones y sería una resistencia a cumplir la orden del superior.

69. ¿CÓMO ES UN CONVENIO DE REMUNERACIÓN INTEGRAL?

A continuación, adjuntamos un modelo:

MODELO DE CONVENIO DE REMUNERACIÓN INTEGRAL

Conste por el presente documento el Convenio de Remuneración Integral celebrado al amparo del artículo 8 del Decreto Supremo 003-97-TR y del artículo 14 del Decreto Supremo No 001-97 TR,Que celebran de una partecon RUC NoDomiciliada.....,Debidamente representada por el señor.....identificado con documento de identidad No, Según facultades escritas y la partida electrónica NoDel registro de personas jurídicas de....., a quien en adelante Si le denominará EL EMPLEADOR ; Y de la otra parte.....

, Identificado con documento de identidad No.....De profesión u ocupación.....Domiciliado en.....
A quien en adelante se le denominará EL TRABAJADOR ; En los términos y condiciones siguientes

PRIMERA: EL EMPLEADOR Es una persona jurídica dedicada a la actividad de.....

SEGUNDA:EL EMPLEADOR Contrató los servicios de EL TRABAJADOR a partir delquien desempeñará las labores descritas en los párrafos posteriores

TERCERA:Por medio del presente convenio y al amparo de la legislación laboral vigente, EL EMPLEADOR contrata los servicios personales de EL TRABAJADOR , lo mismo que se desarrollarán bajo subordinación, a cambio de una de remuneración integral convenida en la cláusula.....

CUARTO: Al amparo de lo establecido en los Decretos Supremos 003 — 97 — TR artículo 8 y Decreto Supremo 001 — 97 -TR artículo 14, las partes acuerdan que EL TRABAJADOR, percibirá una

remuneración integral por periodo anual de servicios, la que contiene todos los beneficios laborales con excepción de la participación de utilidades

QUINTA:El presente convenio tiene un plazo de duración de un año computado desde el día.....,Hasta el día..... ambas partes pueden acordar la prórroga del presente convenio

SEXTA : El TRABAJADOR se compromete a cumplir con lealtad y eficiencia las labores principales, conectas y complementarias inherentes a su puesto de trabajo, aplicando para tal fin toda su experiencia y capacidad, y velando por los intereses de EL EMPLEADOR , asimismo deberá ejercer las funciones propias de su cargo con la mayor diligencia y responsabilidad

SÉTIMA: por medio del presente convenio EL TRABAJADOR se obliga a cumplir con las funciones, órdenes e instrucciones de EL EMPLEADOR ,así como las demás normas que se imparten por necesidad del servicio

OCTAVA:EL TRABAJADOR se compromete, igualmente a mantener en secreto toda información técnica, comercial y o cualquier índole, que llegue a su conocimiento en relación a los negocios de EL EMPLEADOR , sus socios y yo clientes .

NOVENA:EL TRABAJADOR Deberá cumplir con las normas propias del centro de trabajo, así como las contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo y en las demás normas laborales y las que se imparta por necesidades del servicio en ejercicio de las facultades de administración de la empresa, de conformidad con artículo 9 de la ley de productividad y competitividad laboral aprobada por el Decreto Supremo 003 — 97 TR

DÉCIMA:Queda pactado entre las partes que la remuneración integral se dividirá de la siguiente manera:

-Remuneración Básica

-Gratificaciones julio y diciembre.....

-Compensación por Tiempo de Servicios

-Asignación Familiar

DÉCIMA PRIMERA La remuneración integral será pagada por periodos mensuales

Es decir el total señalado en la cláusula anterior será dividido entre 12 y entregado una parte mensual al trabajador

DÉCIMA SEGUNDA EL EMPLEADOR cumplirá con pagar las aportaciones que le corresponda y descontar las mismas , así como el impuesto a la renta a EL TRABAJADOR y hacer el pago respectivo

Como muestra de conformidad con todas las cláusulas del presente convenio, firman las partes en la ciudad de.....a los.....días del mesdel año....

70. ¿EXISTE DERECHO DE HUELGA SIN NECESIDAD DE ESTAR EN NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

El Sindicato Unificado de Controladores de Tránsito Aéreo del Perú — SUCTA, mediante la cual hace de conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo, la comunicación cursada a su empleador la Empresa Corporación, Peruana de aeropuertos y Aviación Comercial Sociedad Anónima Corpa S.A., consistente en un paro nacional por 72 horas a realizarse desde las 19 horas del día 23 de diciembre de 2021 a las 19 horas del día 26 de diciembre de 2021.

La empresa a través de Recurso solicita que se declare Improcedente la medida de fuerza comunicada por el sindicato

Antes de entrar al análisis de la consulta vamos a definir qué es una huelga.

La Constitución en su artículo 28 señala :

“ El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1- Garantizar la libertad sindical.

2- Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado

3-Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

La ley de relaciones colectivas 25593 modificada en parte por la ley 27912, y el texto único ordenado el 010— 2003— TR, Señala en su artículo 72.

La huelga es la suspensión colectiva de trabajo, acordada mayoritariamente, realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores con el abandono del centro de trabajo.

Durante la huelga se suspende los efectos de las actividades individuales, se suspende el pago de las remuneraciones y los empleadores también están prohibidos de retirar maquinaria y materias primas

En la huelga intervienen todos los trabajadores a excepción de los trabajadores de Dirección, Confianza y labores indispensables

Hacemos los siguientes comentarios:

1-Por primera vez se hace una definición de huelga

2-Por primera existe una norma que lo regule

3-Huelga es la suspensión colectiva de trabajo acordada mayoritariamente, realizada en forma pacífica y voluntaria

4-La huelga puede ser declarada ilegal o improcedente

5-Es la suspensión colectiva de trabajo, implica el acuerdo mayoritario de los trabajadores de abstenerse a laborar. No concurren al centro de trabajo

6-Acordada mayoritariamente, esto es por la mayoría de sus afiliados votantes asistentes a la asamblea , (hoy modificado con una Declaración Jurada)

7-Realizada voluntariamente, el carácter voluntario se da por el hecho de que su realización debe ser votada por la mayoría de los trabajadores. Es decir, se impone la voluntad de las partes

8-Carácter pacífico de la huelga . Es una característica fundamental, si se convierte en violenta de inmediato es declarada ilegal , la violencia puede ser contra las personas o bienes de la empresa

9-Con abandono al centro de trabajo, el artículo 79 la huelga debe desarrollarse necesariamente de forma pacífica, sin recurrir a ningún tipo de violencia sobre personas o bienes

Según el artículo 73 para la declaración de huelga se requiere:

A-Que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses del trabajador

B-Que la decisión representa la voluntad mayoritaria de los trabajadores

C-La asamblea debe ser refrendada por notario público un juez de paz , (hoy modificado), acompañado del acta de votación

D-Comunicar al empleador y a la autoridad de trabajo con cinco o 10 días, en cadis de Servicios Públicos Esenciales

E-Que la negociación colectiva no haya sido sometida arbitraje

COMUNICACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE HUELGA

-Debe ser notificada por lo menos con cinco días hábiles de antelación, o con 10 días hábiles tratándose de servicios públicos, adjuntando copia del acta de la votación

-Adjuntar el acta de la asamblea que este refrendara por Notario o el de Paz de la Localidad(hoy modificado solo una Declaración Jurada)

-Adjuntar la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando tratándose de servicio esenciales

-Especificar el ámbito de la huelga, el motivo, su duración y el día y hora fijada para su iniciación

FRACASO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Las etapas de la negociación colectiva son la negociación directa, la conciliación y el arbitraje o huelga

El ejercicio Del derecho de huelga supone haber agotado previamente la negociación directa o la conciliación entre las partes respecto a la materia controvertida

Si no hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haber solicitado los trabajadores podrán aparte someter el diferendo a arbitraje.

Los trabajadores pueden alternativamente, declarar la huelga conforme a las reglas del artículo 73 de la Ley de Relaciones Colectivas

Así como por lo señalado en el artículo 63 del Reglamento

“En caso de incumplimiento de disposición de legales o convencionales de trabajo, los trabajadores podrán declarar la huelga cuando el empleador se negare a cumplir la resolución judicial consentida o ejecutoriada

SERVICIOS PÚBLICOS

Cuándo la huelga afecte a los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan

Son servicios públicos lo siguiente:

“.....Los de comunicación y telecomunicación. Lo del transporte

Para realizar una huelga es necesario que exista una negociación colectiva y fracasada esta , ya sea en la negociación directa o la consilacion , las partes pueden someter a arbitraje o alternativamente a una huelga según lo dispone los artículos 62 y 73 , de la ley de relaciones colectivas de trabajo

Es decir hay huelga como etapa de la negociación colectiva pero no independiente de ella

Sin embargo es una reciente resolución directora el Ministerio de Trabajo Ha autorizó la realización de una huelga sin que los trabajadores hayan previamente realizado una negociación colectiva resolución directora general No 11D48 — 2021 —MTPE/2/14 de fecha 10 de Diciembre 2021

Reiteró la huelga sólo se da cuando ha fracasado una negociación colectiva y no se ha llegado a un acuerdo o cuando una empresa incumple una resolución judicial

Procederemos analizar la resolución General del Ministerio de Trabajo para el ejercicio del derecho a la huelga:

COMPETENCIA

Primero -la Dirección General de Trabajo de conformidad con el artículo tercero del decreto supremo 017 — 2012 —TR , es la que declara la improcedencia o ilegalidad de la huelga, siempre que ésta sea de

alcance supranacional o nacional. Y que involucren al centro de trabajo y que tenga ámbito en más de una región

Segundo- En el presente caso se ha visto y se ha demostrado que la empresa tiene un ámbito nacional y que comprende a trabajadores de diferentes regiones

Por lo que resulta competencia de la Dirección General de Trabajo el trámite del presente procedimiento

El informe abarca varios rubros como son las condiciones y requisitos para el ejercicio efectivo del derecho de huelga señalando que éste está contemplado en el artículo 28 de la Constitución política del Perú

Igualmente señalan que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 008 — 2005 — P I/T C

“.....Que la huelga no es un derecho absoluto, sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos....”

Señala que la huelga es un derecho fundamental de los trabajadores y que se encuentra previsto en la Constitución Política del Estado, por la Corte Inter americana de derechos humanos

Que las reglas contempladas para la huelga son el artículo 73 del texto único ordenado de la ley de Relaciones Colectivas de Trabajo aprobado por el decreto supremo número 010-2003 — TR , así como el artículo 65 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo aprobado por el decreto supremo 011 — 92 TR

Y a la luz del estándares interamericanos de derechos humano, las condiciones y requisitos establecidos para el ejercicio del derecho de huelga debe interpretarse de manera restrictiva y en términos de razonabilidad aplicando el principio pro persona ,de la forma que resulte favorable su ejecución

Quería adoptar una postura contraria que implicaría conseguir que las restricciones previstas en disposiciones normativas de carácter legal o reglamentaria pueden producir un obstáculo a la efectiva realización del derecho huelga privándolo de su contenido esencial o bien reduciendo el informe que carezca de valor práctico

DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES DE LOS TRABAJADORES

Señala que cumple con el artículo 73 el inciso a)

a) Que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores

Que en la comunicación el Sindicato ha señalado que el motivo de la medida de fuerza responde a lo siguiente

-Se de cumplimiento inmediato de la ejecución real del laudo 2018

-Se realice el pago inmediato de la acumulado aproximadamente de cuatro años

-Se implemente de inmediato la reorganización total y el traslado del área del Centro de Instrucción de Aviación Civil a la Gerencia de Operación Aeronáutica

-Se ejecute una auditoría y determinen responsabilidad por los pésimos gestiones que se ha venido dandoen los comité de selección para el otorgamiento de beca para el curso básico de control de tránsito aéreo

-Que paguen de inmediato los subsidios pendientes a todos los controladores que han tenido descanso médico durante la pandemia

Señalan que el sindicato tiene los motivos expuestos para declarar la huelga en defensa de los derechos e intereses de los trabajadores

Por tal razón, a la luz del respecto a lo señalado por la corte interamericana de derechos humanos, se tiene que el sindicato ha dado cumplimiento al requisito previsto en el literal a) del artículo 73 del texto único ordenado

ACUERDO MAYORITARIO

Que la decisión sea aceptada en la forma que expresamente determina los estatutos y que representa la voluntad mayoritario de los trabajadores

Haciendo un análisis del artículo 62 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas y que fue sustituido por el Decreto Supremo 024-2007 TR

Posteriormente se publicó el Decreto Legislativo 1499 en el margen de la emergencia sanitaria por el Covid -19

Y que el acuerdo mayoritario ya se podía hacer por declaración jurada y que efectivamente el sindicato había hecho la declaración jurada

REFRENDÓ POR NOTARIO

Que Atendiendo a lo que señala el decreto legislativo 1499 ha establecido que el acta que recoge los actos propios de la actividad sindical puede ser reemplazado por una declaración jurada del Secretario General o de quien se encuentra facultado según el estatuto de la organización sindical. En ese sentido atendiendo a lo indicado no resulta exigible que el acta de asamblea se encuentre refrendado por notario público y estando a que el sindicato ha acompañado a su comunicación de huelga una declaración jurada de asamblea Virtual en la que se deja constancia que se adoptó la decisión de llevar a cabo una huelga nacional y que en dicho documento se ha consignados los nombres apellidos y número de documento identidad de los 154 trabajadores afiliados participantes en el acta de la asamblea

Por consiguiente el presente requisito ha sido cumplido por el sindicato

No siendo necesario el refrendo por notario

COMUNICACIÓN AL EMPLEADOR y LA AUTORIDAD DE TRABAJO

Que se ha cumplido con comunicar con los cinco días útiles de antelación o con los 10 tratándose de servicios públicos

NÓMINA DE TRABAJADORES

Cumplido con comunicar los nombres y el personal que prestará apoyo durante la huelga para mantener el servicio operativo haciéndose un detalle por cada centro de trabajo

Por lo que expone lo determinado por el órgano independiente y la nómina presentada por el sindicato en su comunicación de huelga

De lo expuesto, se tiene que el sindicato ha dado cumplimiento a lo determinado por el órgano independiente en su informe técnico, al proporcionar la nómina de trabajadores que cubrirá los puestos de trabajo considerados como servicios mínimos, abrir tendrá incurrir en una posible ilegalidad de huelga

QUE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA NO HAYA SIDO SOMETIDO A ARBITRAJE

Que el expediente no ha sido sometido a arbitraje, conforme a observar la Dirección General por tal razón a sido cumplido este requisito por lo que resuelvan:

ARTÍCULO PRIMERO.- TÉNGASE PRESENTE que la comunicación realizada por el Sindicato Unificado de Controladores de Tránsito Aéreo del Perú — SUCTA -PERU , Consistente en una huelga nacional por 72 horas a realizarte desde las 19 horas del día 23 de diciembre de 2021 a las 19 horas del día 26 de diciembre de 2021, ha cumplido con los requisitos exigidos en el artículo 73 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo No 010-2003 TR el artículo 65 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo aprobado mediante Decreto Supremo No 011 — 92 -TR

Analizado el caso, debemos decir que la Dirección General le ha dado un tratamiento como si fuera una huelga , dentro de la Negociación Colectiva, y donde se ha llevado a cabo cumpliendo los requisitos señalado en los Decretos Supremos de La Ley de Relaciones Colectiva , y que los trabajadores pueden alternativamente declarar la huelga (artículo 62 de la Ley), pero debemos advertir que acá nos vemos ninguna negociación colectiva , acá lo que se aprecia es que estamos frente a una huelga y la huelga como huelga sola no está regulada

Claro le han dado todos los pasos y requisitos cómo si fuera una huelga de negociación colectiva para justificar esta resolución , creo que es una interpretación forzada

“La ley dice que sólo procede la huelga ante dos supuestos:

-Cuando hay negociación colectiva sobre una materia y no se logra llegar a un acuerdo

-Y cuando la empresa incumple una resolución judicial

La resolución del MTPE haría parecer que procede por causales distintas, señala Jorge Toyama

Agrega ..A causado preocupación esta resolución , porque las condiciones y requisitos establecidos para el ejercicio del derecho a la huelga debe interpretarse de manera restrictiva y en términos de razonabilidad de tal forma que resulte favorable su ejecución.....

Agrega Toyana , que es la resolución causa preocupación ya que puede llevar a una mayor cantidad de huelgas sin que se intente resolver el problema de manera pacífica con el empleador y de manera previa” (diario Gestión 1 de Febrero del 2022

71. ¿QUÉ ES EL DESCANSO EN DÍAS FERIADOS?

Es el día que no es laborable por ser fiesta oficial o eclesiástica.

Hay que saber distinguir un feriado en el campo laboral, con otras ramas del derecho

En el Derecho Laboral este día no se laborable , desde el punto de vista procesal este día es inhábil, no se computa dentro de los plazos para interponer alguna acción legal por ejemplo los sábados y domingos

Los feriados no laborables son días establecidos por la ley, se suspende el contrato de trabajo, es una suspensión imperfecta por cuanto no hay labor pero hay pago

Los feriados son obligatorios, y de emitir en otórgalos por parte del empleador al trabajador y al no concederlo tendrá que efectuar un pago triple: 1-Pago por el feriado, 2- pago por el no descanso y 3- pago porque no se le ha dado un descanso sustitutorio

Los días feriados no son laborables, tanto para el sector público como para el sector privado, en que los trabajadores , generalmente lo usan para reunirse con su familia, para salir de paseo o irse de viaje

La base legal de los feriados es el decreto legislativo No 713 Y su reglamento Decreto Supremo 012 — 92 — TR

El Decreto Legislativo señala en su artículo 5 to

“ Los trabajadores tienen derecho a descanso remunerativo en los días feriados señalados en esta ley, así como los que determinen por disposición legal específico.

Que mediante el Decreto Legislativo No 713 se reguló el descanso semanal remunerado, los feriados no laborables y las vacaciones.....

FERIADOS ,

Entre los feriados podemos señalar:

-Año Nuevo (1 de Enero)

-Jueves santo y Viernes Santo (movibles.)

-Día del trabajo (1 de Mayo)

- Pedro y San Pablo (29 de Junio)
- Fiestas patrias (28 y 29 de Julio)
- Santa Rosa de Lima (30 de Agosto.)
- Combate de Angamos (8 de Octubre)
- Todos Los Santos (1 de Noviembre)
- Inmaculada Concepción 8 de Diciembre)
- Navidad del señor (25 de Diciembre

El 9 de Diciembre se ha agregado como feriado , en conmemoración de la Batalla de Ayacucho a través de la Ley 31381

El artículo 7 que fue publicado en la ley 26 33 1 con fecha el 23 – 06 – 94 señala

“ Los feriados establecidos en el artículo anterior se celebran en la fecha respectiva. Cualquier otro feriado no laborable de ámbito nacional o gremial se hará efectivo el día lunes inmediato posterior a la fecha, aún cuando corresponda con el descanso del trabajador”

De conformidad con el artículo 6 del Reglamento y el descanso de los días feriados trasladables, a qué se refiere el artículo 6 y 7 del Decreto Legislativo, se hará efectivo el día lunes inmediato posterior a la fecha que corresponda salvo que coincida con el día lunes en cuyo caso el descanso se efectivizara en la misma fecha

Igualmente el artículo 7 , señala que sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, tratándose de feriado no nacionales y o gremiales (fiestas zonales o patronales) que por los usos y costumbres se festejan en la fecha correspondiente , los empleadores podrán suspender las labores del centro de trabajo, a cuyo efecto las horas dejado de laborar serán recuperadas en la semana siguiente, o en la oportunidad que acuerden las partes a falta de acuerdo prima la la decisión del empleador

El trabajador tiene derecho a percibir por el día feriado no laborable la remuneración ordinaria correspondiente a un día de trabajo. Su abono se rige por la disposición del artículo 4 de la presente ley, salvo el Día del Trabajo que se percibirá sin condición alguna

El artículo 4 to señala “ La remuneración por el día de descanso semanal obligatorio será equivalente al de una jornada ordinaria y se abonará en forma directamente proporcional al número de días efectivamente trabajadas . El reglamento establecerá la forma de cómputo en los casos de trabajadores cuya remuneración se encuentra establecida por quincenas o mes

En caso que el trabajador no haga uso del descanso por feriado percibirá una remuneración triple.

1-Por el trabajo realizado

2-Por el pago del feriado

3-por qué no se le ha otorgado el día sustitutorio de descanso

De conformidad con el artículo 1 del reglamento la remuneración por el día del descanso obligatorio de los trabajadores remunerados semanalmente es equivalente a la de una jornada ordinaria y se abonará en forma directa proporcionar al número los días festivos trabajados en dicho periodo.

Igualmente al artículo 4 “ se entiende por remuneración ordinaria aquella que percibe el trabajador semanal, quincenal o mensualmente, según corresponda el dinero en especie incluido el valor de su alimentación

Surge la pregunta si el trabajador puede renunciar a un feriado , ya sea disfrutarlo o no cobrar por ella, y el empleador aceptarlo?

La respuesta es negativa el trabajador no puede renunciar , ni empleador lo puede aceptar por cuanto los derechos de los trabajadores son irrenunciables de conformidad con el artículo 26 ,2) De la Constitución política del país al señalar

“ En la relación laboral se respetan los siguientes principios “

2-carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley

El empleador, no puede desconocer una norma de orden público, y tiene que cumplirla en caso de incumplimiento será sometido a una multa por parte de Sunafil

De otro lado hay que saber distinguir entre feriado no laborable que es otorgado por ley y día no laborable que es otorgado por el poder ejecutivo a través de un Decreto Supremo, el que analizaremos en consulta aparte

72. EL COVID-19 Y EL DESCANSO VACACIONAL, ¿SE PUEDE COMPENSAR?

Le consulta es sobre los mecanismos de compensación por haber otorgado en el Estado de Emergencia Nacional y Sanitario del COVID-19, licencia con goce de haber con cargo a compensación.

Durante el estado de emergencia por el Covid— 19 , desde 2020, El supremo gobierno ha emitido una serie de Decretos de Urgencia y Decretos Supremos en materia laboral , entre ellos la licencia con goce de remuneración computable, para los mas vulnerables y alto riesgo

En el título segundo artículo 16 Señala:

“ El trabajo remoto se caracteriza por la prestación del servicio subordinado con la presencia física del trabajador en su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario, utilizando cualquier medio o mecanismo que posibilite realizar labores fuera del centro de trabajo, siempre que la naturaleza de labores lo permita

En su artículo 17 señala

“ Facultase A los empleadores del sector público y privado a modificar el lugar de prestaciones de servicio de todos sus trabajadores para implementar el trabajo remoto, regulado en el presente decreto de urgencia, en el Marco de la emergencia sanitaria por el Covid— 19.

En efecto , de conformidad con el Decreto de Urgencia 026- 2020 , En su artículo 20 señaló el Trabajo Remoto para grupos de Riesgo, El empleador debe identificar y priorizar a los trabajadores considerados en el grupo de riesgo por edad y factores clínicos establecidos en el documento técnico denominados “atención y manejo clínicos de casos de COVID-19 – Escenario de transmisión focalizada “ Aprobadas por resolución ministerial No 084 -2020 — Minsa y sus modificarias , a efectos de aplicar de manera obligatoria el trabajo remoto en estos casos . Y cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto y mientras dure la emergencia sanitaria por el Covid— 19, el Empleador debe otorgar la licencia con goce de haber sujeto a compensación posterior .Para ello el empleador debería darle una licencia con goce de haber computable por parte del trabajador , cuando se vuelva a la normalidad laboral .

La ministra de trabajo , hizo declaraciones que te entre el Personal de Riesgo y que no deberían de laborar, salvo trabajo remoto, los que sufrían de diabetes, presión arterial, obesidad , los adultos mayores , males cardíacos y renales entre otros , porque están considerados personal de riesgo

Cuando se inició la pandemia de esto hace más de dos años, se dispuso que los trabajadores vulnerables y de alto riesgo debería ser enviados a trabajar en forma remota, y si el puesto desempeñado no lo permitía se le debería dar licencia con goce de haber, a la fecha un grupo de trabajadores viene recibiendo su sueldo sin trabajar, aproximadamente hace dos años, con graves consecuencias a las empresas por no hacen distinción del magnitud y tamaño de ellas

Esta situación legal, ha creado serias confusiones para los empleadores y trabajadores, en más de una ocasión, primero se dijo que esta persona podía volver al trabajo con una declaración jurada.

Decreto Supremo 083 — 2020 (personal Vulnerable y de Riesgo)

En efecto el gobierno expidió el Decreto Supremo 083— 2020, que señala que las personas vulnerables, es decir, los que están en situación de riesgo mayores de 65 años, diabéticos males cardíacos, insuficiencia renal, presión alta y otros y otros podrían trabajar si es que firma una declaración jurada de responsabilidad voluntaria y eximiendo de responsabilidad al empleador.

Posteriormente se señaló que un médico ocupacional, podría dar la autorización de trabajo para este personal.

En efecto, el artículo 20 del Decreto Supremo 026-2020 señala que este personal debería trabajar en actividad remota y si no había ello el empleador tenía que otorgar licencia con goce de haber, con cargo a reposición de labores

Consideramos en lo particular, que está prohibido por la Constitución (no puede existir discriminación conforme el artículo 2 y 26). Además, hoy vía Decreto Supremo se corrige un Decreto de Urgencia, una ley se modifica una de igual rango, si no estaríamos frente a un control de difuso

Bueno, pero a este personal de riesgo se le permitió trabajar, si firmo una declaración jurada y exime de responsabilidades al empleador , luego se dijo pero que previamente los ausculte médico ocupacional

En algunos casos el empleador no lo dejó trabajar si era personal vulnerable y de riesgo y así evitar una futura denuncia penal y demanda civil por indemnización

En mi concepto, nunca se debió prohibir trabajar a este grupo de gente. Todos somos iguales ante la ley, así lo establece la Constitución política y los tratados internacionales de la OIT y la ley

Después se dijo que podían hacerlo con el consentimiento o la autorización de un médico ocupacional,

La Resolución Ministerial No 099 — 2020 — TR , para la gran mayoría de empresas (Mypes) No es una norma acorde con la realidad nacional.

Las Mypes No tienen la posibilidad de contar con médico ocupacional en sus respectivos centros de labores, lo que hará que la gran mayoría de este tipo de empresas no pueda cumplir con los requisitos y plazos establecidos en la norma

Las Mypes Tendrían como primer paso, que contratar a un tercero(Persona (natural o persona jurídica) para que pueda cumplir con emitir el correspondiente certificado de actitud validado, por el médico encargado de la vigilancia de la salud

En la medida que dicho profesional médico o centro de salud, no ha evaluado previamente al trabajador, sería necesario que se evalúe de manera presencial(Para revisar sus signos vitales y realizar las pruebas de sangre, orina, etc.) En la medida que sería la única forma de establecer su verdadero estado de salud, evidentemente todo ello , No se puede realizar dentro de los plazos señalados en la norma.

Adicionalmente, es importante señalar que, en mi experiencia he podido conocer que los centros de salud, si bien es cierto emiten el certificado de salud, no suscriben la declaración jurada, motivo por el cual las Mypes, Se ven imposibilitado de cumplir con las exigencias de la norma.

La norma está orientada a la mediana y gran empresa

En la actualidad se ha preguntado a la Sunafil si se requiere el consentimiento, del trabajador perteneciente al grupo vulnerable y de alto riesgos para su retorno al trabajo presencial, la que ha contestado que NO , la doctora Sandra la Rosa asociada del estudio Damma preguntó a la entidad de fiscalización laboral si “Sigue siendo exigible el consentimiento del trabajador“ para su retorno al centro de trabajo,.

Ante ello la entidad, señaló que los requisitos para un empleado que se encuentra en dicho grupo regrese a la presencialidad son la de contar con un esquema de vacunación completa y que la labor que realice debe ser presencial, sin mencionar mayor requisito (Diario Gestión fecha 15-2-2022)

Se nos consulta que si de acuerdo al Decreto de Urgencia número 026- 2020 que estipuló en su artículo 20, en el supuesto del trabajadores del sector privado , que se les haya otorgado licencia con goce de haber se aplica la compensación de horas , salvo que el trabajador lo haga por otro mecanismo compensatorio

Y Solicita que se le compense la licencia con goce de haber de ese periodo con las vacaciones pendientes de goce correspondiente a los años 2019 – 2020 , pregunta si le corresponde ¿ al respecto debo precisar:

La base legal de las vacaciones está regulada por Decreto Legislativo 713 y su Reglamento el Decreto Supremo 012-92-TR

La Constitución política del Perú en su artículo 25 señalan “..... Los trabajadores tienen derecho al descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio”

Debemos señalar que el trabajador tiene derecho a 30 días calendario de vacaciones por cada año completo de servicio.

Entre los requisitos para gozar de vacaciones, son , tener un año de servicio para el mismo empleador, realizar sus labores en una jornada mínima de cuatro horas diarias y cumplir con el récord vacacional

Para los trabajadores que laboran de lunes a sábado deberán trabajar 260 días efectivas al año

Los trabajadores que trabajan de lunes a viernes deberán trabajar 210 días efectivas al año

Se consideran como días de efectivo de trabajo para efecto el récord vacacional:

Se consideran días efectivo laborable la licencia con goce de haber computable, otorgado por Decreto de Urgencia 038 -2020 y Decretó Supremo 011 — 2020. TR

El DU en su artículo 2 señala

“ El presente decreto de urgencia es aplicable en todos los empleadores y trabajadores del sector privado

El artículo 4 to señala

“ Trabajadores del grupo de riesgo por edad o factores clínicos

Los empleadores que se vean imposibilitados de cumplir con lo previsto en el numeral 20.2 del artículo 20 del decreto de urgencia número 026 2020, porque los trabajadores pertenecen a un grupo de riesgo por edad o por factores clínicos, pueden adoptar las medidas que resulten necesarias a fin de mantener la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones privilegiada de acuerdo con los trabajadores

El DS 011-2020 , Esta disposición establece normas complementarias para mitigar los efectos económicos originados por el Covid – 19 y otras medidas que busquen perseverar los empleos de los trabajadores.

Esta norma es aplicable a todos los empleadores y trabajadores del sector privado sujetos a cualquier régimen laboral

Existirá imposibilidad de aplicar el trabajo remoto (Prestar servicio desde el centro de aislamiento domiciliario) o licencia con goce de haber (Se paga remuneración durante la emergencia nacional o sanitaria sin prestar servicios el trabajador) por la naturaleza de las actividades

Así lo contemplan los artículos 3 y 4

73. ¿CUÁL ES EL MONTO DE LA REMUNERACIÓN VACACIONAL?

La remuneración vacacional será igual a la que percibe el trabajador de continuar laborando

Se considerando remuneración para este efecto, la computable para la compensación por tiempo en servicio, la remuneración vacacional deberá ser abonada al trabajador antes del inicio del descanso, esto es para desaparecer durante ese periodo el elemento de subordinación

La casación laboral 18970 — 2015 Lima — Segunda Sala Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la República del Perú,

Ratifica que de acuerdo con el artículo 10 del Decreto Legislativo 713 el trabajador tiene derecho a 30 días de descanso vacacional por cada año completo de servicio

Si labora de lunes a sábado deberá tener 260 días de labor efectiva

Si trabaja de lunes a viernes deberá tener 210 días de labor efectiva

El Art 10 del DL 713

“ El trabajador tiene derecho a 30 días calendario de descanso vacacional pero cada año completo de servicio

El artículo 12

“Para efectos del récord vacacional se consideran como días efectivos de trabajo , pero en ninguno de ellos se considera como trabajo efectivo la licencias con goce de haber como consecuencia del COVID -19, por lo que se podría opinar que no están dentro del derecho vacaciones , salvo a lo señalado en la letra G “ las faltas o y inasistencias autorizadas por la ley, convenio individual o colectivo o decisión del empleador “. Y la precisión efectuada el el DU y DS antes referidos

El artículo 23 señala

“Los trabajadores, en caso de no disfrutar del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquel en que adquieran el derecho percibirán lo siguiente:

-Una remuneración por el trabajo realizado

-Una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado; y

-La indemnización equivalente a una Remuneración por no haber disfrutado del descanso

El Reglamento del Decreto Legislativo, el Decreto Supremo 012 — 92 -TR, En su primer considerando señala que el decreto legislativo 713 reguló”y Las vacaciones anuales pagadas a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada”

Igualmente señala que tienen derecho al descanso vacacional el trabajador que cumple una jornada ordinaria mínima de cuatro horas, siempre que haya cumplido dentro del año de servicio previsto en el artículo 10 del decreto legislativo

Qué es la remuneración vacacional , a la que el trabajador hubiera percibido habitual y regularmente en caso de continuar laborando, y ésta se verá de pagar El inicio del descanso

En nuestra opinión si le corresponde las vacaciones al trabajador que ha estado de licencia con goce de haber por ser vulnerable y de alto riesgo y no haber realizado el trabajo , por que su labor no se pudo realizar en forma remota ,

Pero si tiene que compensar las horas de trabajo, ahora como lo va a compensar ¿ lo compensará con sus vacaciones , el empleador tendrá que sumar las horas o los Remuneraciones qué has recibido y ver si con las vacaciones ha llegado a compensar, En el supuesto de no llegar a la suma de horas y beneficios otorgados tendrá que laborar cuando se normalice la situación laboral y hasta completar las horas y la remuneración otorgada , en caso renuncie a la empresa se le descontará las horas no compensadas de su liquidación de los CTS

En conclusión,

1-Si se puede compensar la licencia con goce de haber, con las vacaciones, así como con las horas extras, si es que estás a sido previamente autorizado.

2- Por RESOLUCIÓN No 293-2011 -Sunafil /TFL -Primera Sala , Si procede el descuento de la liquidación de Compensacion de Tiempo de Servicio , CTS , cuando el trabajador ha renunciado y no ha compensado las horas, otorgadas como licencia de goce de haber

74. ¿QUÉ ES UN DÍA NO LABORABLE?

Día no laborable, es aquel que otorga el poder ejecutivo, a través de un decreto supremo, este se da por diferentes motivos, algunas veces se ha efectuado , en el país cuando se ha desarrollado una actividad fuera de lo común como fue en APEC y la Cumbre de los Presidentes, se hacen para evitar el desplazamiento de personal . y como medidas de seguridad para los ilustres visitantes , en otras oportunidades se ha dado para reactivar la economía

Los días no laborables se han anexado a los inicios o fines de semana, a fin de hacerlo, un descanso prolongado para reactivarla economía a través de Turismo.

Los días no laborables son normalmente obligatorios para el sector público, optativamente para el sector Privado.El que muchas veces no lo ha otorgado a su personal, si hace uso el trabajador , deberá de compensar esas horas

Los días no laborables debe ser compensados tanto en el sector público como en el sector privado, La compensación en el sector público lo dispone el titular del pliego, y en el sector privado muchas veces el acuerdo entre las partes y finalmente lo decide el empleador

El día no laborable, no es un feriado, si el trabajador labora, se le paga como un día normal no tiene derecho a ninguna pago adicional como si lo tiene el día feriado

La diferencia entre el día feriado es que es obligatorio tanto para el sector público , como para el sector privado .En caso que el trabajador del sector privado lo trabaje el pago es doble y si no tiene un descanso sustitutorio el pago es triple

Los días no laborables el trabajador debe compensar las horas por la cual no laboró y esto debe ser coordinación con su empleador en caso no hubiera acuerdo el empleador fijará la fecha

Los feriados no laborables ya están fijados por ley tanto el empleador como el trabajador ya los conocen y están regulados por el Decreto Legislativo 713 y el Decreto Supremo 012-92-TR, que es el Reglamento

En el 2021, por Decreto Supremo 161 — 2021 PCM el gobierno decretó para el sector público los siguientes día no laborables

-Lunes 11 de octubre de 2021

-Martes 2 de noviembre de 2021

-Viernes 24 de Diciembre 2021

-Lunes 27 y diciembre 2021

-Viernes 31 de diciembre de 2021

-Lunes 3 de enero de 2022

Los que sumados a los de Navidad, Año Nuevo y otros hicieron feriados largos

Reiteró estos son días no laborables para el sector público, opcionalmente para el sector privado privado

Las horas dejadas de laborar durante estos días no laborables en el sector público , serán compensados en los 10 días inmediatos posteriores o en la oportunidad que establezca cada entidad pública en función a su propias necesidades

Hay que resaltar que hay tomar la prevención tanto el sector público como privado de que los servicios indispensables para la sociedad , que generalmente, son los servicios públicos no pueden dejar de funcionar , entre otros Lo que podemos mencionar:

-Los servicios de salubridad, limpieza y saneamiento, electricidad, agua , desagüe , gas , y combustible, sepelios comunicaciones y telecomunicaciones, transportes, puertos ,aeropuertos seguridad , custodia vigilancia y traslado de valores y expendio de víveres y alimentos

Los del sector privado está facultada para determinar los puestos de trabajo que están excluidas de los días no laborables declarado por el artículo primero del presente decreto supremo, y los trabajadores respectivos que continúen laborando al fin de garantizar los servicios de la comunidad

En el sector privado hemos dicho que opcionales los centros de trabajo podrán acogerse previo acuerdo entre el empleador su trabajadores quienes deberán establecer la forma como se hará efectiva la recuperación de la zona dejé de trabajar a falta de acuerdo decide la empleador

Para el año 2022 , con fecha 4 de Abril se ha publicado el DS No 033-2022PCP , que decreta los días no laborables para el Sector Publico, además del 3 de enero , y son :

-Lunes 2 de mayo

-Viernes 24 de junio

-Lunes 29 de agosto

-Viernes 7 de octubre

-Lunes 31 de octubre

-Lunes 26 de diciembre

-viernes 30 de diciembre

Estos días no laborables, “ tiene como objetivo promover el desarrollo de la actividad turística como un medio para contribuir al crecimiento económico y el desarrollo social del país, promoviendo las condiciones más favorables para el desarrollo de la iniciativa privada, y la generación de empleo” .

Por la Ley 31570, con fecha 25 de julio 2022 se declara feriado, en conmemoración a la batalla de Junín.

75. APORTES A LAS AFP

La Ley N° 29903 que reforma el sistema privado de pensiones estableció dentro de sus artículos que los trabajadores independientes efectuaban aportes voluntarios y obligatorios, igualmente estableció la obligación de los trabajadores no mayores de 40 años de afiliarse a un sistema pensionarios, entre otros aspectos.

Contra esta Ley, se interpuso demanda de inconstitucionalidad la misma que ha sido declarada **INFUNDADA** en la sentencia 013-2012-AI, siendo parte de sus considerandos lo siguiente:

“ La afiliación obligatoria como medida de interferencia limitada

47. La obligoriedad de las personas para que pertenezcan a un determinado sistema previsional, tal como está establecido en la STC 1417-2005-PA/TC, se da porque hay circunstancias que preceden a este tipo de intervención pública, máxime si deben atacarse situaciones incompatibles con los valores y principios constitucionales (STC 0014-2007-PI/TC). Si bien el Estado colabora y orienta la libre

iniciativa privada (artículo 58 de la Constitución), a través del diseño de políticas públicas que fomenten un desarrollo equilibrado de la sociedad, se constriñe a contrarrestar las fallas del mercado.

48. Si todo trabajador guardase de manera planificada y racional la mayor cantidad de dinero posible durante su vida laboral en alguna de las entidades existentes para administrar sus fondos, la intervención pública, de forma directa (administración) o indirecta (supervisión), tendría escasa justificación. Pero la realidad ha demostrado que la situación fáctica supera a la ideal. La decisión de la persona para reservar parte de su sueldo para su jubilación se ve mediatizada por una función de utilidad, que depende de la tasa de sustitución intertemporal y la tasa de descuento, que hace que la mayoría de veces el trabajador termine valorando la utilidad futura como menor que la presente, realizando un ahorro nulo. El nivel de previsión durante toda la vida activa de una persona, el grado de aversión al riesgo y cuándo subestimar o sobreestimar erróneamente sus necesidades de vejez determina la elección entre consumo presente y futuro. Por ello, tomando en cuenta las distintas fallas del mercado que están en juego, especialmente la asimetría informativa (artículo 65 de la Constitución), y dentro de ella, la aversión al riesgo, se produce una intervención a través de la obligatoriedad del ahorro, la misma que toma en cuenta la complejidad de la planificación, reflejada no sólo en la incertidumbre en la esperanza de vida, sino también en el costo económico y el tiempo para calcular cuál sería el ahorro necesario.

49. La intervención pública previsional debe cumplir con diversos objetivos mínimos indispensables, de corte social y económico, coherentes con los elementos del derecho fundamental a la pensión desarrollados por la jurisprudencia constitucional y lo señalado por la OIT en la 100ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, realizada en Ginebra en 2011, a través del Informe Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa, referida a los objetivos principales de la seguridad social.....

Adicionalmente, el diseño de la intervención pública estriba en que el trabajador activo pueda ahorrar para conseguir los fondos necesarios en su etapa de descanso. Por tal razón, una adecuada política pública en materia previsional debe tener también como objetivo:

- Posibilitar que la mayor cantidad de personas en edad de trabajar puedan encontrarse afiliadas a los sistemas previsionales existentes en el país y que puedan aportar dentro de él. Este principio tiene sustento en la ampliación del sentido del libre acceso a las pensiones, fijado en la STC 1417-2005-PA/TC y la promoción del ahorro por parte del Estado, establecido en el artículo 87 de la Constitución.

50. Por tanto, si se consideraba que el mercado previsional privado debía ser dinamizado, era preciso ampliar la cobertura para que se incremente el poco más del 10% de la PEA ocupada que aproximadamente conforma el mercado, lo cual hubiese permitido el ingreso de nuevos operadores y con mayor competencia lo cual tendría como consecuencia que las comisiones tenderían a bajar. En esta línea, es de resaltar que la impugnada Ley 29903 recoge nuevos supuestos de afiliados, como son los independientes que no superan los 40 años (artículo 8) y los trabajadores de las micro y pequeñas empresas.

76. PAGO DE HABERES ¿CÓMO SE HACE Y DONDE?, SOBRE EL REPARTO DE LAS CTS

Respecto a tu consulta sobre el pago de haberes y depósito de la compensación por tiempo de servicios (CTS) a los trabajadores que ingresan a la compañía a laborar, te comento lo siguiente:

1. El Artículo 6° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece que constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto.

2. Respecto a la consulta, sobre la forma del pago de remuneraciones a los trabajadores de la empresa, el artículo 18° del Decreto Supremo N° 001-98-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 003-2010-TR, establece que, el pago de la remuneración podrá ser efectuado directamente por el empleador o por intermedio de terceros (empresas del sistema financiero).

3. Si el pago se efectúa a través de las empresas del sistema financiero, los trabajadores tendrán derecho de elegir aquella donde se efectuarán los depósitos sin costo alguno, conforme a las siguientes reglas:
 - A. Al inicio de la relación laboral, el trabajador comunicará al empleador, dentro de los diez (10) días hábiles de iniciado el vínculo, el nombre de la empresa del sistema financiero elegida y, de ser el caso, el número de la cuenta. Vencido el plazo sin que el trabajador haya cumplido con comunicar su elección, el empleador podrá efectuar los depósitos de la remuneración en dinero, en cualquier empresa del sistema financiero donde se ubique el centro laboral en el que preste servicios el trabajador.

 - B. Durante la vigencia de la relación laboral el trabajador podrá comunicar al empleador, dentro de los diez (10) días hábiles del mes correspondiente al pago de la remuneración, el cambio de la empresa del sistema financiero y la indicación del número de cuenta, no estableciendo la norma reparo alguno al límite de las veces en las que se podrá efectuar el mencionado cambio.

 - C. Cualquier acto de injerencia por parte del empleador en la libre elección del trabajador, son infracciones muy graves sancionables por la inspección del trabajo, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley N° 28806.

4. En relación a la consulta sobre el pago de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-

97-TR establece las siguientes reglas respecto al depósito de la CTS que debe efectuar el empleador, que mencionamos a continuación:

A. De conformidad con lo establecido en el artículo 21° y 22° de la norma indicada, los empleadores depositarán dentro de los primeros 15 días naturales en los meses de mayo y noviembre de cada año tantos dozavos de la remuneración computable percibida por el trabajador en los meses de abril y octubre respectivamente, como meses completos haya laborado en el semestre respectivo. La fracción de mes se depositará por treintavos.

B. Teniendo en cuenta los plazos de depósito de la CTS que debe efectuar el empleador, indicado en el literal anterior, el trabajador que ingrese a prestar servicios deberá comunicar a su empleador, por escrito y bajo cargo, en un plazo que no excederá del 30 de abril o 31 de octubre según su fecha de ingreso, el nombre del depositario que ha elegido, el tipo de cuenta y moneda en que deberá efectuarse el depósito. Además el trabajador deberá elegir entre los depositarios que domicilien en la provincia donde se encuentre ubicado su centro de trabajo. De no haberlo, en los de la provincia más próxima o de más fácil acceso.

C. Si el trabajador no cumple con la obligación señalada en el párrafo anterior, el empleador efectuará el depósito en cualquiera de las instituciones del Sistema Financiero permitidas por esta Ley, bajo la modalidad de depósito a plazo fijo por el período más largo permitido.

5. SUGERENCIAS PARA DAR CUMPLIMIENTO A LO DISPUESTO EN LAS DISPOSICIONES LEGALES INDICADAS:

Siendo que el trabajador desconoce la normativa específica indicada, consideramos que la empresa, con el propósito de dar cumplimiento a las disposiciones mencionadas y evitar sanciones por parte del sistema inspectivo laboral, sugerimos que se materialice las siguientes acciones:

- A. En el caso de pago de haberes, el empleador para dar cumplimiento a lo dispuesto en la norma indicada en el numeral 2, deberá poner en conocimiento del trabajador por escrito y bajo cargo, el plazo que tiene de 10 días hábiles para comunicar al empleador, la entidad financiera donde desea que se efectúe el depósito de su remuneración, bajo apercibimiento que en caso de vencer dicho plazo y no comunicar a que entidad financiera se efectuará el pago, será el empleador quien decida la entidad donde depositará su remuneración.
- B. En el caso del depósito de la Compensación por tiempo de servicios, igualmente, el empleador debe poner en conocimiento del trabajador por escrito y bajo cargo, el plazo que tiene para comunicar la elección de la entidad del sistema financiero donde desea que se deposite su CTS. Dicho plazo conforme se indica en el literal B del numeral 4 de la normativa indicada, no excederá del 30 de abril o 31 de octubre según su fecha de ingreso, bajo apercibimiento que en caso de no comunicarlo en el plazo indicado, será el empleador quien decida la entidad financiera donde se efectuará el depósito de la CTS.

77. LA CONTRIBUCIÓN DE LOS INDEPENDIENTES ¿ES INCONSTITUCIONAL?

El D.S. 068-2013-EF que modifica diversos artículos del reglamento del texto único ordenado de la ley del sistema privado de administración del fondo de pensiones aprobado por D.S. 004-98-EF considero que es inconstitucional en tanto vulnera el art. 11 de la constitución al obligar a los trabajadores independientes que no superen los 40 años de edad a la fecha de entrada en vigencia la ley 29903 a efectuar aportes obligatorios. Dicho artículo constitucional establece que el Estado garantiza el libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas, o mixtas. En el presente caso se está obligando a dichos trabajadores independientes a aportar así mismo viola el art. 2 inciso 14 de la constitución que garantiza la libertad a contratar con fines lícitos. Ciertamente no hay libertad de contratación en la medida que me están forzando a pagar una aportación con la cual podría no estar de acuerdo.

Finalmente es discriminatoria y vulnera el art. 2 inciso 2 de la constitución violando el principio de igualdad ante la ley en tanto solamente están obligados a aportar los trabajadores independientes que no superen los 40 años de edad a la fecha de entrada en vigencia de la ley 29903. Por el contrario, los trabajadores que superen dicha edad no estarán obligados.

78. ¿EN QUÉ CONSISTE EL DESCANSO SEMANAL Y DIAS FERIADOS?

Desde el punto de vista estrictamente legal, los descansos remunerados se encuentran regulados en el Decreto Legislativo N° 713, del 7 de noviembre de 1991 (Legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada) y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 012-92-TR del 02 de diciembre de 1992. Ellos son los siguientes:

- El descanso semanal remunerado
- El descanso remunerado en días feriados
- El descanso anual remunerado (vacaciones)

Asimismo, conviene precisar que el texto constitucional vigente solo hace mención, en el segundo párrafo del artículo 25, al descanso semanal y al descanso anual remunerado. Así, señala que "(...) Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerado. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio".

Del mismo modo, dicho concepto se encuentra consagrado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948, en su artículo 24°, en los siguientes términos: "Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas".

Pasamos a continuación a precisar los aspectos más saltantes de cada uno de ellos:

Descanso semanal remunerado.- Es aquel que tiene como sustento el hecho de que el trabajador tiene como mínimo 24 horas consecutivas de descanso por cada semana de labor. Según la normatividad actual, dicho descanso será otorgado preferentemente el día domingo, por lo que se desprende de la redacción de la norma que podrá ser otorgado cualquier otro día de la semana. No necesariamente el domingo.

Por otro lado, en caso de que el trabajador labore en su día de descanso semanal remunerado, el empleador tendrá dos opciones:

La primera será sustituir dicho descanso por otro día en la misma semana; o, en todo caso, la segunda sería abonarle la sobretasa del pago del 100% por el día laborado.

La remuneración por el día de descanso que le corresponde al trabajador es equivalente a la una jornada ordinaria, se entiende por remuneración ordinaria aquella que percibe el trabajador semanal, quincenal o mensual ya sea en dinero o en especie.

En caso de inasistencia del trabajador que perciba remuneración quincenal o mensual, el descuento se efectuará dividiendo entre 15 o 30 días respectivamente

Para efectos del pago del descanso semanal se considera días efectivamente trabajados los siguientes:

a) Las inasistencias motivadas por accidente de trabajo o enfermedad profesionales, o por enfermedades debidamente comprobadas, hasta por la Seguridad Social asuma la cobertura de tales contingencias.

b) Los días de suspensión de la relación laboral con pago de remuneración por el empleador,

c) Los días de huelga siempre que no haya sido declarado improcedente o ilegal

d) Los días que devenguen remuneraciones en los procedimientos de impugnación del despido

En caso de que el trabajador labore un día feriado el empleador tendrá dos alternativas: sustituir dicho día de trabajo por otro día de la semana, en segundo lugar, pagará la sobretasa del 100% del día laborado.

El miércoles 28 y el jueves 29 de julio son feriados nacionales para los trabajadores públicos y privados. Estos feriados son remunerados, sin la obligación de prestar servicios por parte de los trabajadores.

Trabajo en días feriados sin descanso sustitutorio.- Los trabajadores del sector privado que acuerden con sus empleadores trabajar el 28 y el 29 de julio sin descanso sustitutorio posterior deben percibir por cada feriado triple remuneración diaria: una por el feriado, otra por el trabajo realizado y una tercera remuneración por haber trabajado en día feriado, sin descanso sustitutorio posterior.

Trabajo en feriados con descanso sustitutorio.- Los trabajadores que acuerden laborar el 28 y el 29 de julio, con descanso sustitutorio, perciben su remuneración mensual en forma ordinaria, toda vez que los feriados se sustituyen por otros días.

Trabajo remoto.- El personal que viene prestando servicios mediante trabajo remoto -desde su domicilio- o labora el 28 y el 29 de julio y tiene derecho a percibir su remuneración por los feriados, sin trabajar. En caso de acordar con su empleador que va a trabajar dichos feriados, sin descanso sustitutorio, tendrá derecho al pago triple de su remuneración diaria.

79. ¿CUÁNDO SE TIENE DERECHO A VACACIONES?

Las vacaciones conocido como las vacaciones anuales. Es aquel derecho que tiene todo trabajador de gozar de 30 días calendarios de descanso vacacional por cada año completo de servicios, con la condición de que cumpla con el llamado récord vacacional, que consiste en:

- Haber realizado labor efectiva por lo menos de 260 días para los que laboran 6 días a la semana.
- Haber realizado labor efectiva por lo menos de 210 días para los que laboran 5 días a la semana, y
- En los casos en los que las labores se desarrollen solo 4 o 3 días a la semana, o sufra paralizaciones temporales, los trabajadores tendrán derecho al goce vacacional, siempre que sus faltas injustificadas no excedan de 10 días en dicho periodo.

Para efectos del récord vacacional, la normatividad considera como días efectivos de trabajo, a manera de ejemplo, a los siguientes: la jornada ordinaria mínima de 4 horas, la inasistencia por enfermedad común, por accidente de trabajo, o enfermedad profesional; el descanso pre y posnatal, el permiso sindical.

De otro lado, si el trabajador se encontrara en situación de incapacidad por enfermedad o accidente, no se le podrá otorgar el descanso vacacional, salvo dicha incapacidad sobreviniera durante el periodo de vacaciones.

Otro aspecto a tener en consideración es el hecho de que la oportunidad del descanso vacacional será fijada por común acuerdo entre el empleador y él.

A falta de acuerdo decidirá el empleador.

Sobre este punto, existen pronunciamientos contradictorios respecto de si un gerente puede exigir la indemnización por falta de descanso vacacional, en el supuesto que no se haya hecho uso de sus vacaciones en el periodo correspondiente. Es así como la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia e la República ha emitido dos resoluciones que establecen criterios distintos entre sí. Dichas sentencias casatorias fueron publicadas en el diario oficial El Peruano el 5 de enero del 2007 y recaídas en el expediente N° 2076-2005-La Libertad y en el expediente N° 2306-2004-Lima.

Por otro lado, los trabajadores que cesen sin haber llegado al año de servicio tendrán derecho a las llamadas “vacaciones truncas”; es decir, se les pagará su derecho vacacional en proporción al tiempo de labores prestadas.

Para finalizar, debemos agregar que respecto al régimen de descanso vacacional de conformidad con el artículo 11° del Reglamento de Decreto Legislativo N° 713 aprobado por Decreto Supremo N° 012-92-TR, se establece que “Tienen derecho a descanso vacacional el trabajador que cumpla una jornada ordinaria mínima cuatro (04) horas siempre que haya cumplido dentro del año de servicios, el récord previsto en el artículo 10 del Decreto Legislativo”. Es decir, se exige el cumplimiento de una jornada mínima de cuatro horas, razón por la cual se estaría excluyendo los trabajadores contratados a tiempo parcial.

La remuneración vacacional se pagará al inicio de las vacaciones , se entiende que dentro de este periodo no hay subordinación.

El trabajador puede convenir por escrito y acumular hasta dos descansos consecutivos.

El descanso vacacional puede reducirse de 30 15 días calendarios con la respectiva compensación de 15 días de remuneración El acuerdo debe ser por escrito, vemos una contradicción con la constitución en su artículo 26 numeral dos que señala que los derechos laborales son irrenunciables en este caso se estaría renunciando a 15 días.

80. ¿CUÁNDO EXISTE TRIPLE PAGO POR VACACIONES NO GOZADAS?

Los trabajadores en caso de no disfrute del descanso vacacional dentro del año siguiente de aquel en el que adquirieron el derecho percibirán:

1-Una remuneración por el trabajo realizado

2-Una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado

3- Una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso. Esta indemnización no está sujeta a pago o retención de ninguno aportación, contribución o tributo El monto de la remuneraciones Será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad y que se efectúe el pago

TRABAJADORA GESTANTE

La trabajadora gestante tiene derecho a solicitar que el periodo de descanso vacacional por récord cumplido y aún pendiente de goce, se inicia a partir del día siguiente de vencido el descanso post natal. Para ello, la trabajadora gestante deberá comunicar su decisión a su empleador con una anticipación no menor de 15 días calendarios al inicio del goce vacacional

FRACCIONAMIENTO VACACIONAL

Por regla general el trabajador debe disfrutar del descanso vacacional en forma ininterrumpida sin embargo, es posible que el trabajador solicite al empleador el fraccionamiento de dicho descanso

El supremo gobierno ha expedido el decreto legislativo 1405 de fecha 11 de septiembre del 2018 Decreto legislativo que establece regulaciones para que el disfrute del descanso vacacional remunerado favorezca la conciliación de la vida laboral y familia

Ha expedido dos reglamentos:

1-Sector público a través del decreto supremo número cero 13-20 19-PCM (5 de febrero del 2019)

2-Sector privado a través del decreto supremo número 002-20 19- TR(5 de febrero del 2019)

El decreto legislativo 1405 en su disposición complementaria modifica el decreto legislativo 713 en sus artículos 10 17:y 19

Señala que el trabajador tiene derecho a 30 días calendarios de descanso vacacional por cada año completo de servicio Este derecho esta condicionado al cumplimiento del récord.

A-Para los trabajadores cuya jornada de trabajo de seis días a la semana debe haber una labor efectiva de 260 días en dicho periodo.

B- Para los trabajadores cuya jornada sea de cinco días a la semana debe haber tenido una labor efectiva de 210 días en dicho periodo.

C-Y en los casos en que la labor se desarrolle en 4 o 3, días a la semana o sufra paralizaciones temporales autorizado por la Autoridad Administrativa trabajo los trabajadores tendrán derecho al goce vacacional siempre que sus faltas injustificadas no exceda al 10 días en dicho periodo.

GOCE ININTERRUMPIDO

El trabajador debe disfrutar del descanso vacacional informa interrumpida sin embargo, a solicitud escrita del trabajador el disfrute del periodo vacacional puede ser fraccionado.

1-15 días calendarios, los cuales pueden gozarse en periodo de 7 o 8 días interrumpidos

2-El resto del periodo puede gozarte en forma fraccionada en periodos inferiores a siete días calendarios y como mínimo un día.

COMPENSACIÓN VACACIONAL

El descanso vacacional puede reducirse de 30 días a 15 días con el pago de una compensación por los 15 días.

Decreto supremo 002-2019-TR , aprueba el Reglamento del Decreto legislativo 1405, que establece regulaciones para el disfrute vacacional para los trabajadores sujetos al régimen general de la actividad privada.

Lo regulado por este decreto complementa las disposiciones del reglamento del Decreto Legislativo 713,, aprobado por el Decreto Supremo No 012- 92 TR. Este nuevo Decreto Supremo regula adicionalmente sabré : El goce de vacacional es de 30 días Adelanto de vacaciones Compensación vacacional Descanso , Fraccionamiento y Reducción vacacional.

81. ¿CÚALES SON LAS FACULTADES DEL EMPLEADOR?

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

El contenido del artículo 9 del texto único ordenado, se desprende la presencia de tres facultades de lo que esta investido el empleador y que son: El poder de dirección, el de fiscalización y el disciplinario.

FACULTAD DE DIRECCIÓN:

Da órdenes en la empresa en relación con el trabajo.

FACULTAD DE FISCALIZACIÓN:

Facultad de verificar si las órdenes se han cumplido y el trabajo se ha ejecutado en forma satisfactoria y como lo ha ordenado.

FACULTAD DISCIPLINARIA

Facultad de sancionar al trabajador por incumplimiento de órdenes o deficiente ejecución del trabajo.

FACULTAD DE DIRECCIÓN

Es la facultad que permite al empleador a dictar las órdenes en relación con el trabajo que se va a realizar.

Le da al empleador la facultad de indicarle al trabajador la forma como debe desarrollar su trabajo

No es una facultad ilimitada: puede estar restringida por ley o por convenio colectivo o individual de trabajo. En algunos casos el empleador se auto limita mediante el reglamento interno de trabajo.

Está constreñida a lo laboral, es decir al desempeño del centro de trabajo pues fuera de el empleador no tiene ninguna potestad.

FACULTAD DE FISCALIZACIÓN

Es la facultad que le permite al empleador verificar si las ordenes que ha escrito se han cumplido y por lo tanto le permite al empleador realizar un seguimiento continuo y permanente de las labores realizadas por los trabajadores a fin de verificar, se están cumpliendo sus directivas.

Le permite al empleador vigilar el cumplimiento del trabajo asignado al trabajador.

El ejercicio de esta facultad está dentro del principio de la razonabilidad, ya que no se puede tratar de un uso desmedido o arbitrario que afecte los derechos de los trabajadores.

En algunos casos el ejercicio de esta facultad ha ocasionado conflictos con los trabajadores (P. Ej. Cuando el empleador pone cámaras de video para vigilar el trabajo), sin embargo debemos decir que no está prohibido porque no afecta ni su honra ni la dignidad del trabajador así lo ha establecido la reiterada jurisprudencia de las autoridades que administran justicia.

FACULTAD DISCIPLINARIA

En las facultades de sancionar al trabajador por el incumplimiento de órdenes o por su comportamiento dentro de la relación laboral.

Le permite al empleador aplicar sanciones al trabajador con la finalidad de corregir su incumplimiento.

Es un castigo frente a los actos o conductas frente al trabajador que está reñida con sus obligaciones laborales.

Es una facultad limitada, para la aplicación de la sanción debe de tenerse en cuenta los principios de la razonabilidad y proporcionalidad, debe haber causa-efecto frente a una falta leve se debe aplicar una sanción leve salvo que esta sea reiterativa que, si puede constituirse en falta grave, la sanción debe ser proporcional a la falta.

LAS SANCIONES PUEDEN SER:

- a. Amonestación.
- b. Suspensión.
- c. Despido (No es propiamente una sanción).

82. ¿QUÉ SON LOS ACCIDENTES DE TRABAJO?

El Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR, define el término accidente de trabajo, de la siguiente manera:

“Es todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, y aun fuera del lugar y horas de trabajo.”

83. ¿QUÉ SERÍA EL PROCEDIMIENTO PARA RETIRAR LOS FONDOS QUE HA APORTADO HASTA EL MOMENTO EN LA AFP HABITAT? ¿SI LOS FONDOS APORTADOS EN PERÚ A LA AFP HABITAT, PUEDEN SER TRASPASADOS A LA AFP PORVENIR EXTRANJERA?

1. En el caso específico (AFP Porvenir) de acuerdo a su regulación en materia pensionaria, no aceptan la transferencia de Fondos desde el Perú. Por este motivo, si el afiliado cuenta con los requisitos para acogerse a la transferencia de fondos al exterior (TFE), la misma se realizaría a su cuenta personal.
2. Conforme a lo comentado en el párrafo anterior, el ciudadano si puede retirar sus fondos de la AFP HABITAT y pasarlos a una cuenta bancaria en el exterior siempre y cuando haya aportado como mínimo 36 meses en la AFP El Porvenir extranjero, conforme lo dispone la Ley N° 27883 y su Reglamento el Decreto Supremo N° 154-2003 EF
3. Los requisitos que la AFP HABITAT solicita para la transferencia de fondos al exterior son:

- a. Solicitud de transferencia de fondos.
- b. Certificado de Trabajo del último empleador en el Perú.
- c. Certificado de rentas y retenciones, emitido por el agente de retención respectivo.
- d. Copia legalizada del documento de identidad.
- e. Copia legalizada del documento que autoriza la salida definitiva del país del afiliado y dispone la cancelación de su visa de residente. *(Este documento lo otorga Migraciones)*
- f. Constancia de la Entidad o Institución Provisional del exterior que evidencie 36 meses de aportación a un sistema provisional con anterioridad o posterioridad a su salida de Perú, o constancia que evidencie que cuenta con la edad suficiente para acceder a una pensión por jubilación o vejez en el Sistema Provisional del país de destino. *(Todo documento emitido en el exterior a excepción de documentos bancarios, además de contar con firma y sello de la entidad que lo emite, debe ser legalizado por el Consulado Peruano en el extranjero y visado luego por el Ministerio de Relaciones Exteriores en el Perú, apostillar el documento. Estas legalizaciones no deben tener una antigüedad mayor a 6 meses.)*

Cabe precisar que, en caso de no contar con 36 meses de aportaciones en la AFP EL Porvenir en Colombia, el ciudadano extranjero, deberá seguir aportando a dicha AFP El Porvenir, hasta completar los 36 meses de aportaciones a dicho sistema provisional para poder efectuar posteriormente la transferencia de aportaciones al exterior.

- g. El documento del Banco extranjero, al cual se realizará el abono conteniendo los datos referentes a nombre y apellidos del titular, número de cuenta y códigos intercambiaríos.
4. Este trámite de transferencia de fondos al exterior es personal, lo debe realizar el titular (ciudadano extranjero con la AFP HABITAT), pudiendo apersonarse a sus oficinas.
 5. La AFP HABITAT al cual el colaborador extranjero se encuentra afiliado en Perú, cuenta también con una línea telefónica, donde puede comunicarse en caso de dudas respecto a la documentación señalada, le solicitarán el número de su carné de extranjería. El empleador también puede hacer uso de esta línea, identificándose con su número de RUC.
 6. En caso que el trabajador no pueda efectuar el trámite personalmente, puede otorgar poder mediante escritura pública, con indicación expresa que dicho poder es otorgado para realizar el

trámite de transferencias de fondos al exterior (TFE). Los poderes no pueden tener una antigüedad mayor a tres meses.

84. ¿CUÁLES SON LAS CLASES DE DESPIDO QUE EXISTEN DE ACUERDO A NUESTRA LEGISLACIÓN?

Al respecto, el despido es el acto unilateral del empleador para dar por extinguido el contrato de trabajo.

De igual forma, conforme se viene desarrollando, el despido es una causal de extinción del contrato de trabajo. Asimismo, cabe recordar que el despido es una facultad del empleador (facultad disciplinaria). Sin embargo, ello es cuestionable, porque una facultad no puede ser sancionada con la obligación de una indemnización, en nuestro caso el equivalente a un sueldo y medio por cada año de servicios, toda vez que consideramos que no debería existir una sanción por el ejercicio de una facultad.

Ahora bien, ¿cuáles son esos casos y formas permitidos por la ley? Al respecto, debemos señalar que la “Ley” a que se hace referencia, es el Decreto Supremo N° 003-97-TR (artículos 29, 34, 30, 35 y 38) y los casos y formas permitidos, los vamos a encontrar de la sola lectura del mismo, constituyendo ello, en las clases de despido individual que contempla nuestra legislación.

CLASES DE DESPIDO

Existen varias clases de despidos. En la siguiente tabla se presenta la tipología según las normas vigentes.

CLASES DE DESPIDO (D. SUPREMO N° 003-97-TR)	DESCRIPCIÓN LEGAL (D. SUPREMO N° 003-97-TR)	PROTECCIÓN DE LA LEY (D. SUPREMO N° 003-97-TR)
Despido Causado o justificado (Art. 34)	Conducta del trabajador (Art. 23)	No da lugar a indemnización ni reposición
	Capacidad del trabajador (Art. 24)	
Despido Arbitrario (Art. 34)	Por no haberse expresado causa alguna	Indemnización
	Por invocar cuasal pero no poder demostrarla durante el proceso	
Despido Nulo (Art. 29)	Dirigente sindical, mujer en estado de gestación, etc (Art. 29 y otros) (Ley 26626 – por ser portador de sida)	Reposición

	(Ley 27050 – por razones de discapacidad)	
Despido indirecto (Art. 30)	Actos de hostilidad (Art. 30)	Indemnización

1. DESPIDO CAUSADO, ARTÍCULO 34

Conocido también como despido legal, despido causado, despido justificado, despido por causa justa y otros sinónimos, es aquel que se sustenta y origina en alguna de las causales señaladas en la ley.

Para Gómez Valdez, “es la decisión patronal de poner término a un contrato de trabajo en curso de ejecución, en virtud de que el trabajador ha faltado grave e injustificadamente a sus deberes contractuales esenciales y/o disciplinario, por acción u omisión, y que haya causado daño a la empresa, haciendo imposible, por este hecho, la permanencia del trabajador en su centro de trabajo; por esta razón, este tipo e sanciones la doctrina conoce como “despido por motivos personales”

Para el despido justo es indispensable la existencia de una causa justa que debe estar relacionada con la capacidad o conducta del trabajador. En efecto, el despido justo o causado, es aquel que se relaciona con la conducta del trabajador (faltas graves) o con sus capacidades laborales (ineptitud, rendimiento deficiente, etc.).

Según el artículo 34° del D.S. N°003-97-TR, el despido del trabajador fundado en causas relacionadas a su conducta o capacidad no le da derecho a recibir una indemnización. En ese sentido Krotoschin afirma sobre la causa justa que “éste el único caso en que tanto el empleador como el trabajador, como denunciante, se eximen de toda obligación indemnizatoria. Habiendo causa justa, la estabilidad del trabajador no vale, cualquiera fuera su alcance. La extinción por justa causa cabe en cualquier tipo de contrato, sea éste a plazo fijo o por tiempo indeterminado”.

2. Despido Arbitrario. Artículo 34

El artículo 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR establece dos supuestos de arbitrariedad: (i) cuando no se invoca causa; y (ii) cuando se invoca causa, pero ésta no se logra demostrar durante el proceso.

Al primer supuesto se le conoce también como despido incausado, inmotivado, injustificado, despido libre, Ad nutum, despido sin causa o sin expresión de causa. El segundo supuesto, se configura cuando se invoca, se motiva una causa (a diferencia del anterior) pero a pesar de ello no se logra demostrar durante el proceso.

Al primer supuesto se le conoce también como despido incausado, inmotivado, injustificado, despido libre, Ad nutum, despido sin causa o sin expresión de causa. El segundo supuesto, se configura cuando se invoca, se motiva una causa (a diferencia del anterior) pero a pesar de ello no se logra demostrar durante el proceso.

Frente a ello, de conformidad con el artículo 38° del Decreto Supremo N° 003-97- TR el trabajador tiene derecho a exigir el pago de una indemnización por despido arbitrario que equivalente al pago de una

remuneración y media por cada año de servicios prestados, con un tope de doce remuneraciones. No obstante ello, como veremos más adelante, el Tribunal Constitucional, contrario a lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico, ha ordenado la reincorporación.

3. Despido Nulo. Artículo 29

Es el acto unilateral del empleador, mediante el cual éste cesa a su trabajador, constituyendo el motivo del mismo (del despido) lesivo a un determinado grupo de derechos fundamentales, que se encuentran regulados taxativamente en el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Este despido tuvo su nacimiento legal con la dación del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Fomento al Empleo, a fin de proteger derechos al trabajador de los actos de discriminación laboral y de la vulneración de derechos fundamentales.

4. Despido indirecto. Artículo 30

Es aquel que se produce como consecuencia de un acto de hostilidad en contra del trabajador. En este caso el empleado se ve en la imperiosa necesidad de solicitar la enmienda de la conducta del empleador y al ver que ésta situación no se produce, no le queda más remedio que darse por despedido de mutuo propio y por lo tanto, apto para demandar a dicho empleador ante el poder judicial por una indemnización equiparable al despido arbitrario.

Son actos de hostilidad equiparables al despido los señalados taxativamente en el artículo 30° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, conforme señalamos a continuación:

- a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador;
- b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;
- c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste
- d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;
- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia; poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;
- f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma
- “g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.”

“Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la ley sobre la materia”

5. Despido INCAUSADO y FRAUDULENTO

Son dos tipos de despido que han creado el tribunal constitucional y lo ha explicado a través de sus resoluciones:

1. Caso Telefónica exp. 1124-2001-AA/TC.
2. Caso Eusebio Llanos Huasco exp n° 976-2001-AA/TC.
3. CASO CESAR ANTONIO BAYLON FLORES exp. N° 206-2005-PA/TC.

Primer Caso – SITUACIÓN ACTUAL DEL DESPIDO A RAÍZ DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (EVOLUCIÓN DEL CASO TELEFÓNICA AL CASO BAYLON):

CASO TELEFÓNICA: Expediente N° 1124-2001-AA/TC Con fecha 11 de septiembre del 2002 fue publicada en el diario oficial El Peruano, la Sentencia del pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 11 de julio del 2002, recaída en el expediente N° 1124-2001-AA/TC. Ver Libro despido Arbitrario.

Resumen de sentencia:

Demandantes.- Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A (SUTC) y Federación de trabajadores de telefónica del Perú (FETRATEL)

Demandados.- Telefónica del Perú S.A.A y Telefónica el Perú Holding S.A Materia.- Proceso de amparo.

Segundo Caso – CASO EUSEBIO LLANOS HUASCO: Expediente N° 976-2001-AA/TC

Con fecha 13 de mayo del 2003 fue publicada en el diario oficial el Peruano, la Sentencia del pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 13 de marzo del 2003, recaída en el expediente N° 976-2001-AA/TC. Ver Libro despido Arbitrario.

Resumen de sentencia:

Demandante.- Eusebio Llanos Huasco

Demandados.- Telefónica del Perú S.A.A Materia.- Proceso de amparo

Tercer Caso – CASO CESAR ANTONIO BAYLON FLORES: Expediente N° 206-2005-PA/TC

Con fecha 22 de diciembre del 2005 fue publicada en el diario oficial el Peruano, la Sentencia del pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 28 de noviembre del 2005, recaída en el expediente N° 206-2005-PA/TC. Ver Libro despido Arbitrario.

Resumen de sentencia:

Demandante.- César Antonio Baylón Flores

Demandados.- E.P.S Emapa Huacho S.A Materia.- Proceso de amparo

Apreciación final: En síntesis, el presente caso, constituye una sentencia con rango de precedente vinculante, la cual se dictó cuando ya había sido publicado el código procesal constitucional; es por ello, que acorde a dicha ley, el Tribunal Constitucional le atribuyó a la misma, el carácter de precedente vinculante y reafirmó los criterios señalados en el caso telefónica (Expediente N° 1124-2001-AA/TC) y

en el caso Eusebio llanos Huayco (Expediente N° 976-2001-AA/T), estableciendo criterios de residualidad (en armonía con lo señalado a partir del 01 de diciembre del 2004 por el código procesal Constitucional) para determinar cuando acudir al amparo en sede constitucional y cuando acudir a la vía ordinaria en sede laboral.

85. ¿CUÁLES SON LAS FALTAS GRAVES POR LAS CUALES SE PUEDE DESPEDIR A UN TRABAJADOR?

Al respecto debemos señalar que las faltas graves, están consignadas en el decreto supremo 003-97-TR, en su artículo 25 y son las siguientes:

Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral

DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR

Artículo 25.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves:

a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad.

La reiterada paralización intempestiva de labores debe ser verificada fehacientemente con el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o en su defecto de la Policía o de la Fiscalía si fuere el caso, quienes están obligadas, bajo responsabilidad a prestar el apoyo necesario para la constatación de estos hechos, debiendo individualizarse en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta;

b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, quien podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa;

c) La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor;

d) El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal;

e) La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial prestara su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos; la negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como reconocimiento de dicho estado, lo que se hará constar en el atestado policial respectivo;

f) Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente;

g) El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de esta;

h) El abandono de trabajo por mas de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por mas de cinco días en un período de treinta días calendario o mas de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones.

86. ¿QUÉ ACCIONES PUEDE TOMAR UN TRABAJADOR QUE HA SIDO DESPEDIDO?

Para analizar los efectos resarcitorios frente a un despido debemos de analizar los tipos de despido establecidos y señalados por la ley y los que ha establecido el Tribunal Constitucional.

En primer lugar, hay que precisar que de acuerdo al principio de legalidad los despidos, como tales son los que establece la ley, yo no creo que el Tribunal pueda establecer otros tipos de despidos, ellos están para interpretar la Constitución, pero no para legislar, porque estarían invadiendo los fueros del Poder Legislativo.

Pero ellos a través de expedientes, telefónica, Eusebio Llanos Huasco y Cesar Antonio Baylon establecieron otros dos tipos de despido, el incausado y el perverso.

El incausado es aquel que se despide sin causa, y de acuerdo a la ley todos los despidos deben ser por causa justas de acuerdo al artículo 22 del DS. 003-97-TR y el Despido Perverso, que es cuando el empleador inventa una falta a sabiendas que no existe y es falsa pero que en base a su invento despide al trabajador.

En el siguiente cuadro señalamos los despidos y el efecto resarcitorio planteado por los trabajadores:

Tipo de despido	Descripción	D.S Nº 003-97-TR	Tribunal Constitucional	Vía procedimental a seguir
Despido Causado justificado	Conducta (art. 23 del D.S Nº 003-97-TR)	No da lugar indemnización ni reposición	No procede acudir a vía constitucional	Vía ordinaria
	Capacidad (art. 24 del D.S Nº 003-97TR)			
Incausado	Despido verbal o escrito, sin expresión de motivo o causa legal alguna.	Indemnización	Reposición	Proceso de amparo. El trabajador puede elegir vía ordinaria laboral
Fraudulento	Se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente. /	Indemnización	Reposición	Proceso de amparo cuando el demandante acredite fehacientemente que existió fraude. De lo contrario se acudirá a la vía ordinaria laboral.
	Discriminatorio /	o en de	Reposición	Proceso laboral ordinario

Nulo	Reacción. Art. 29º del D. S Nº 003-97TR	Reposición (indemnización ejecución sentencia)		Proceso de amparo, a elección del trabajador en casos de urgencia.
Despido Lesivo de derechos fundamentales	(No incluidos en el Art. 29º del D. S Nº 003-97-TR)	Indemnización	Reposición	Proceso ordinario laboral (indemnización)
				Proceso de amparo (reposición)
Despido Indirecto	(Art. 30º del D. S Nº 003-97-TR)	Indemnización	No procede acudir a vía constitucional	Proceso ordinario laboral
Despido con imputación razonable de comisión de falta grave	Se imputa la falta grave, se respeta procedimiento de despido, pero no se logra demostrar en proceso.(Art. 34º del D. S Nº 003-97-TR)	Indemnización	No procede acudir a vía constitucional	Proceso ordinario laboral

Tal como se puede apreciar, del cuadro descrito precedentemente, consideramos que el Tribunal Constitucional no debió permitir la procedencia del proceso de amparo, argumentando que es competente para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de derechos constitucionales que originan un despido nulo, en los supuestos de nulidad de despido, toda vez que existe, en nuestra legislación laboral, una vía ordinaria igualmente satisfactoria cuyo efecto reparatorio es el mismo que se puede obtener vía proceso de amparo; es decir la readmisión al empleo. Siendo ello así, en los casos de nulidad de despido, como consecuencia de dicha sentencia, el proceso de amparo no tiene carácter residual.

Resumen despido

Primer caso

Caso telefónica emitido el 2001 exp 1124-2001, publicado el 2002, primera instancia fue declarada fundada, segunda instancia improcedente, tribunal constitucional fundada.

(Libertad sindical, Derecho del trabajo, Analiza el artículo 34)

Posteriormente Telefónica, plantea la nulidad, fue declarado inadmisibles, alternativamente se solicitó aclaración, el tribunal constitucional lo declaró inaplicable.

Segundo Caso

Tribunal constitucional 2003, Caso Eusebio Llanos Huasco, exp 976-2001-ATTA/TC

Creo tipos de despido:

- Incausado, el despido no tiene causa
- Fraudulento, se despide bajo un invento
- Ninguno de los dos son vinculantes
- El 01 de diciembre del 2004 se promulga el código procesal constitucional – artículo 7 subtítulo predomina, creo el efecto vinculante

Tercer Caso

2005 Caso Cesar Antonio Baylon exp – 2006-2005 AA/TC Ratifica criterio Llanos Huasco, y da el efecto vinculante. ¿YO PUEDO DESPEDIR EN FORMA ARBITRARIA? Respuesta Si, porque está vigente el artículo 34 del D.S. 003-97-TR.

El tribunal constitucional ha dicho no se puede despedir si no hay causa justa. ¿QUÉ ES EL EFECTO REPARATORIO?, Vía constitucional del amparo.

- Usando el termino incausado al tribunal constitucional
- Usando el termino Fraudulento al tribunal constitucional
- Ambos casos tendrán derecho a reposición
- Despido nulo, Juez Natural derecho a reposición
- Despido arbitrario se recurre a la indemnización

ANTES DEL PLENO SUPREMO DE MAYO

Incausado y Fraudulento al tribunal constitucional

En el caso de despido arbitrario es el poder judicial y se solicita indemnización. El tribunal constitucional no ordena ningún devengado hay criterio uniforme.

DESPUÉS DEL PLENO SUPREMO DE MAYO

Despido Incausado y fraudulento puede recurrir al poder judicial solicitando reposición

El artículo 48 de la constitución de 1979 establecía, “El estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa señalada en la ley debidamente comprobada”.

El artículo 27 de la constitución de 1993 señala “Protección contra el despido arbitrario”.

El artículo 34 del D.S. 003-97-TR señala “Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esto en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización establecida en el artículo 38”.

El artículo 36 señala “El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los 30 días naturales de producido el hecho”.

El artículo 38 señala “La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media mensual por cada año completo de servicios con un máximo de 12 remuneraciones.....”

Quiere decir que la constitución de 1997 otorgaba la estabilidad al trabajador y solo podía ser despedido por falta grave debidamente comprobada.

Con la constitución de 1973 que deroga la constitución de 1979, y por ende desaparece la estabilidad y solo la protege sobre el despido arbitrario y la protección es el pago de una indemnización

El tribunal constitucional interpreto que no se puede despedir arbitrariamente y solo procede por causa justa y esta está señalada en el artículo 22 “La causa justa puede ser relacionada con la capacidad o conducta del trabajador”.

Por conducta solo se puede despedir de acuerdo a lo señalado en el artículo 24 y 25 del decreto supremo antes citado.

Frente al despido el trabajador puede alternativamente interponer el pago de la indemnización señalada en el artículo 38 o pedir su reposición en el centro de trabajo.

El D.S. 003-97-TR solo considera los despidos arbitrarios en dos modalidades el artículo 29, despido nulo y el despido indirecto artículo 30, posteriormente el tribunal constitucional en la sentencia de Llanos Huasco y Baylon introduce dos nuevos despidos el fraudulento y el incausado

En nuestro concepto nos parece inconstitucional porque el tribunal constitucional no puede legislar para eso está el parlamento.

87. ¿EL DESPIDO ES UNA SANCIÓN O UNA FACULTAD QUE TIENE EL EMPLEADOR?

El despido es una causal de extinción del Contrato de Trabajo de acuerdo a lo estipulado por el artículo 16 del DS 003-97-TR.

También es una facultad del empleador como veremos más adelante.

Vamos a explicar respecto a la estabilidad en la Constitución de 1979 en su artículo 48 señala expresamente.

“El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada “.

En la Constitución de 1993 se cambia la estabilidad por la adecuada protección contra el despido arbitrario en su artículo 27, el que señala:

La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario Ante esto,, ¿Es importante definir? ¿Qué es causa justa?. La doctrina lo entiende como supuestos de hecho que al producirse faculta al empleador para extinguir válidamente el contrato de trabajo. Las Causas justas , pueden estar estar relacionados con la conducta o la capacidad del trabajador, Las causa justas relacionadas con la capacidad del trabajador están consignadas en el artículo 23.

Las causas justas de despido relacionadas con la conducta de trabajador son: 1) La comisión de falta grave. 2) La conducta penal.

Así, la causa justa se constituye en el elemento legitimador del despido: En el supuesto habilitante del poder patronal para despedir. La ausencia de una causa justa supone que el despido es un acto arbitrario, basado en un poder de hecho pero carente de legitimidad jurídica.

1. El artículo 34 de este decreto supremo señala que el despido del trabajador fundado en causa relacionada a su conducta o capacidad no da derecho a recibir una indemnización, pero si el despido es arbitrario tiene derecho a una indemnización de acuerdo a lo estipulado en el artículo 38.

El que a la letra dice “ la indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicio un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavo, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba.

Las causas justas del despido relacionado con la capacidad del trabajador.

El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida determinante para el desempeño de sus tareas . Éste hecho o causa deberá verificarse y ser debidamente certificada por EsSalud , el Ministerio de salud o la junta de médico designada por el colegio médico del Perú, a solicitud del empleador, la negativa y probada del trabajador a someterse a los exámenes respectivo., además son causas justas de despidos, relacionándose a las conductas del trabajador: La conducta de falta grave.

2-La conducta penal por delitos dolosos.

3-La inhabilitación del trabajador.

Procedimiento del despido por causa justa

Conclusión:

1-El empleador frente a una falta grave cometida por el trabajador lo puede despedir y es considerado una sanción al trabajador

2-El empleador puede despedir a un trabajador por capacidad es considerado una facultad

3-Si el trabajador está en periodo de prueba que puede ser tres meses seis meses en el caso de trabajador calificado de confianza o 12 meses en el caso de dirección él puede despedir sin alegar causa, Es considerado una facultad del empleador.

Cómo se puede apreciar no siempre el despido es una sanción si no también es una facultad que tiene el empleador.

El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares. Para determinar ello, la comprobación del rendimiento del trabajador deberá realizarse en función a la labor que realizan sus compañeros de trabajo en promedio. De igual forma, es recomendable, que el empleador, implante previamente un rendimiento promedio que pueda ser cumplido por un trabajador en condiciones normales. Asimismo, a fin de verificar lo antes expuesto, el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la AAT, así como del sector al que pertenezca la empresa. Sin embargo, es conveniente que el Ministerio de Trabajo participe, toda vez que dicha facultad, es una discrecionalidad del empleador.

La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

Causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:

La comisión de falta grave

La conducta penal por delito doloso

La inhabilitación del trabajador

En nuestro ordenamiento, las causas justas relacionadas con la conducta del trabajador, son tradicionalmente calificadas como "faltas graves". Al respecto, Mario Cosmópolis nos dice: "la falta grave o causa justificada no son conceptos sinónimos ni intercambiables. La causa justa es un fenómeno mucho más amplio y comprensivo, es género; mientras la falta grave es especie". La falta grave en la legislación extranjera, es denominada "injuria Laboral" o "mala conducta".

La comisión de falta grave.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral.

La conducta penal por delito doloso.- El despido se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y el empleador conozca tal hecho, salvo que éste haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador, no interesándonos para ello el haber sido privado de la libertad.

Ejemplo: el caso de un trabajador que ha sido condenado por el delito de apropiación ilícita. (No interesándonos el tipo penal y ni la relación que pueda tener éste con el tipo de trabajo desarrollado).

La Inhabilitación del trabajador.- La inhabilitación que justifica el despido es aquella impuesta al trabajador por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro de trabajo, si lo es por un periodo de 3 meses o más. Si es por menos de 3 meses, sólo hay suspensión del contrato.

Ejemplo: el caso de un chofer que presta servicios a una empresa de transportes, y que ha sido condenado a la pena de inhabilitación de conducir vehículos y por ende, se le ha suspendido el brevete por tres años

Procedimiento del Despido por Causa Justa:

Por causas relacionadas con la conducta del trabajador.- Según nuestra legislación, el empleador no podrá despedir al trabajador, por una causa relacionada con su conducta sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de 6 días naturales (carta de preaviso de despido), pudiendo ser ampliado por el empleador, para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad

Al respecto, el término flagrante está ligado a la concepción "Que se esta ejecutando actualmente" (...) Que, pensar diferente implicaría, que a criterio subjetivo de los empleadores, estos podrían cesar a sus trabajadores sin otorgarles el derecho de defensa cuando supongan que la falta grave es tan clara que no necesita de pruebas."

En tal sentido, cuando un trabajador cometa una falta grave, se le deberá cursar una carta de preaviso de despido a fin que éste pueda ejercer su derecho de defensa debiendo responder la misiva en el plazo que le ha otorgado su empleador (se entiende que dicho plazo no puede haber sido menor a 6 días). Luego de ello, el empleador, que curso dicha carta cumpliendo con otorgar el plazo establecido en la ley, sólo deberá esperar que el trabajador conteste la misma o deje de hacerlo, en el plazo que se le otorgó; acto seguido si el trabajador logro desvirtuar los cargos imputados con suficientes medios probatorios, el empleador ya no debería despedirlo. Sin embargo, si el trabajador contestó dentro del plazo de ley, pero a criterio del empleador no logró desvirtuar los cargos imputados, éste podrá cursarle su carta de despido a fin de dar por extinguido el vínculo laboral. De igual forma, se podrá cursar la carta de despido, si el trabajador no contestó la carta de preaviso dentro del término otorgado por su empleador.

Asimismo, mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito.

Tratándose de la comisión de una misma falta por varios trabajadores, el empleador podrá imponer sanciones diversas a todos ellos, en atención a los antecedentes de cada cual y otras circunstancias coadyuvantes, pudiendo incluso remitir u olvidar la falta, según su criterio.

Finalmente, respecto, el término flagrante, el mismo está ligado a la concepción “Que se está ejecutando actualmente” (...) Que, pensar diferente implicaría, que a criterio subjetivo de los empleadores, estos podrían cesar a sus trabajadores sin otorgarles el derecho de defensa cuando supongan que la falta grave es tan clara que no necesita de pruebas.

Un ejemplo claro, es el hecho de que el empleador sorprende a su trabajador cuando éste se encontraba llevándose las computadoras del centro laboral, o cualquier otro bien de la empresa.

Por causas relacionadas con la capacidad del trabajador.- Según nuestra legislación, el empleador no podrá despedir al trabajador, por una causa relacionada con su capacidad sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de 30 días naturales (carta de preaviso de despido) para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. En este caso no cabe la exoneración al trabajador de concurrir a su centro de trabajo.

En tal sentido, cuando estemos frente a causales relacionadas con la capacidad del trabajador, se le deberá cursar una carta de preaviso de despido a fin que éste demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. Luego de evaluar si se ha cumplido con lo antes señalado, se puede cursar la carta de despido a fin de dar por extinguido el vínculo laboral.

Para cursar la carta de Preaviso y de Despido, en ambos casos, se debe observar las bondades del principio de inmediatez y cumplir con indicar de modo preciso la causa del mismo (relacionada con su conducta o su capacidad) y la fecha del cese. Si el trabajador se negara a recibirla le será remitida por intermedio de notario o de juez de paz, o de la policía a falta de aquellos. El empleador no podrá invocar posteriormente causa distinta de la imputada en la carta de despido. Sin embargo, si iniciado el trámite previo al despido el empleador toma conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurriera el trabajador y que no fue materia de imputación, podrá reiniciar el trámite.

Tanto la carta de preaviso de despido como la carta de despido, se entienden válidamente entregadas al trabajador, si son dirigidas a su último domicilio registrado en su centro de trabajo, aunque al momento de su entrega no se encontrare en aquél. Igualmente, el empleador podrá entregarlas al trabajador, bajo cargo en el centro de trabajo.

Como se puede apreciar no siempre el despido es una sanción si no también es una facultad que tiene el empleador.

88. ¿CÓMO ES UN CONVENIO DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO DISENSO?

A continuación, dejamos un modelo de un convenio de extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso:

CONVENIO DE EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO DISENSO

Conste por el presente documento que se extiende por duplicado, y con firmas legalizadas notarialmente, el acuerdo para dar por extinguido el contrato de trabajo, por mutuo disenso, de una parte el señorcon DNI N° y domicilio en (en adelante **EL**

TRABAJADOR) y de la otra parte el, con RUC, domiciliada en..... debidamente representada por con DNI N°, (en adelante **EL EMPLEADOR**), conforme a las siguientes cláusulas:

ANTECEDENTES

PRIMERA: **EL TRABAJADOR**, declara y reconoce, en forma libre y voluntaria, que se ha venido desempeñando como Desde el Al, y que durante dicho período **LA EMPRESA** ha cumplido con sus obligaciones de carácter socio laboral, y en especial con el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo.

EL TRABAJADOR, en este sentido reconoce que **LA EMPRESA**, le ha otorgado las condiciones de trabajo necesarias y suficientes exigidos por la normatividad laboral, para mantener su integridad física y salud en el trabajo. Como consecuencia de ello, **EL TRABAJADOR** no podrá iniciar una acción de indemnización por daños y perjuicios o pensión contra **LA EMPRESA**, siendo esta declaración suficiente para que cualquier acción judicial sea manifiestamente improcedente.

LIBERTAD DE CONSENTIMIENTO

SEGUNDA: Las partes intervinientes declaran expresamente que en la negociación y celebración del presente instrumento han actuado de buena fe, libremente y con total conciencia y voluntad respecto de todas y cada una de las estipulaciones contenidas en este instrumento.

En tal sentido, las partes intervinientes declaran que el presente instrumento representa y refleja exactamente su común intención respecto de todos y cada uno de los pactos que aquí se celebran. Asimismo, las partes declaran que en la negociación y celebración del presente instrumento han actuado debidamente asistidos por sus asesores legales, quienes les han explicado los alcances y efectos de los actos concluidos y derivados del presente documento.

Por consiguiente, declaran expresamente que el presente instrumento y todas y cada una de sus estipulaciones no están afectadas con vicios de voluntad, error, dolo, intimidación o violencia, y que el presente instrumento ha sido negociado y celebrado sin que exista mala fe o bajo la ocurrencia de cualquiera de las causales de rescisión, anulación y/o frustración de los intereses de cada una de las partes.

OBJETO DEL CONVENIO Y COMPENSACIÓN

TERCERA : **EL TRABAJADOR** decide de manera libre y voluntaria dar por extinguido el contrato de trabajo que mantiene celebrado con **EL EMPLEADOR**, conforme lo señalado por el artículo 16 inciso d) del Decreto Supremo N° 003-97-TR que aprueba el TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Decisión que es aceptada por **EL EMPLEADOR**.

CUARTA: Las partes acuerdan que la relación laboral se tendrá por concluida el día.....

QUINTA: **EL TRABAJADOR** recibirá como gratificación extraordinaria la suma de S/. ... (.....con 00/100 nuevos soles), a título de gracia de **EL EMPLEADOR**, en forma pura, libre e incondicional.

Este monto, podrá ser compensado por **EL EMPLEADOR**, conforme lo señalado por el artículo 57 del TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR, y las normas correspondientes del Código Civil.

PAGO DE BENEFICIOS SOCIALES

SEXTA: **EL TRABAJADOR** declara que ha recibido de **EL EMPLEADOR** todos sus beneficios legales y convencionales de acuerdo a ley, en consecuencia que no tiene nada que reclamar respecto al pago de los mismos.

IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS

SEPTIMA: Queda expresamente acordado que el presente acuerdo constituye título de cancelación total y plena de todos los reclamos, imputaciones y, en general, pretensiones que pudiera tener **EL TRABAJADOR**, que estén relacionados, directa o indirectamente, con sus derechos y beneficios sociales o laborales, o con el monto dado a título de gratificación extraordinaria.

OCTAVA: **EL TRABAJADOR** declara que en mérito al acuerdo arribado, no tiene nada que reclamar ahora ni el futuro a **EL EMPLEADOR** por sus derechos y beneficios sociales o laborales, que son materia de extinción; en ningún tipo de instancia administrativa, civil y/o laboral.

NOVENA: El presente Acuerdo no importa renuncia de derechos por parte del **EL TRABAJADOR**, quien manifiesta expresamente estar obteniendo un beneficio económico mayor al que hubiera obtenido como consecuencia de la suma por capital reclamada en un proceso judicial, más intereses, costos y costas que se liquidarían en ejecución de sentencia.

DECIMA: **EL TRABAJADOR** por su parte, expresa su total conformidad y aceptación con la suma que **EL EMPLEADOR** ha decidido otorgarle y manifiesta que con el indicado monto quedarán pagados todos sus derechos y beneficios sociales o laborales que le corresponden, los cuales incluyen capital e intereses, renunciando asimismo, a toda exigencia judicial o extrajudicial sobre las mismas u otras pretensiones laborales, sean éstas referidas derechos y beneficios sociales o laborales, presentes o futuros.

LEGALIZACIÓN DE FIRMAS

DECIMA PRIMERA: Las partes se obligan a legalizar sus firmas ante el Notario Público, inmediatamente después de la suscripción del presente documento. **EL EMPLEADOR** asumirá el costo de las legalizaciones.

CONTROVERSIAS

DECIMO SEGUNDA: Las partes se someten a la competencia territorial de los jueces y cortes de Lima, frente a cualquier controversia que se suscite con relación a la celebración del presente acuerdo.

Celebrado en la ciudad de Lima, a los ... días del mes de Del 2015.

.....

TRABAJADOR.

.....

EMPLEADOR

89. ¿QUÉ ES LA TERCERIZACIÓN Y EN QUÉ SUPUESTOS SE DÁ?

La tercerización de servicios se presenta cuando un tercero se hace cargo de una parte integral del proceso productivo asumiendo las tareas por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos, los cuales pueden ser técnicos, materiales, financieros, económicos, know how (debe contar con una estructura organizacional) y su personal debe estar bajo su dependencia o subordinación. Cabe agregar, que pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.

A dicho proceso de internalización de servicios laborales se le conoce también como tercerización, “outsourcing” subcontratación de la producción de bienes o prestación de servicios “Contratos de obras y servicios” Contratos de operación y mantenimiento, flexibilización productiva entre otras.

Su evolución en el Perú, se inicia al tratar la figura de la intermediación laboral y se vio ubicada a través de la Ley 27626, la misma que fuera reglamentada por el Decreto Supremo N° 003-2002-TR.

En ese orden de ideas, fue mediante el artículo 4° del mencionado Reglamento, que se incorporó, como supuesto de exclusión de intermediación laboral, a la denominada “Tercerización de servicios” u Outsourcing.

Con la dación del mencionado reglamento, el cual fue dictada por el Poder Ejecutivo y aprobado por Decreto Supremo, se cuestionó la legalidad de la tercerización, argumentando que éste decreto supremo ha introducido la figura de la tercerización de servicios, incluyéndola en el ámbito de aplicación de la ley de intermediación, cuando la norma no la regula, constituyendo ello un exceso en la facultad del Ejecutivo de reglamentar las normas, vulnerando el Artículo 118, Inciso 8 de la Constitución.

A raíz de ello, el Congreso aprobó diversos proyectos de ley que proponían derogar el referido artículo cuarto del Reglamento.

Por otro lado, se interpuso un proceso constitucional de Acción Popular contra dicha norma, el mismo que fue resuelto mediante sentencia del 26 de mayo del 2005 recaída en el expediente A.P N° 1949-2004 emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, declarando infundada

dicha demanda. En ese sentido, el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-2002-TR no contraviene el espíritu de la Ley N° 27626.

Finalmente, el jueves 20 de setiembre del 2007 se publicó el Decreto Supremo N° 020-2007-TR, mediante el cual se amplía el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-2002-TR (Reglamento de la Ley N° 27626) a efectos de garantizar el cumplimiento de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores que laboran en empresas en tercerización de servicios y trabajadores bajo contratos sujetos a modalidad, reconocidos en los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificados por el Perú, los contenidos en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, especialmente los artículos 3, 4 y 30; y el Artículo 79 y otros de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral, aprobada mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, aplicables a todos los trabajadores.

Más recientes, es la Ley N° 29245 que regula los servicios de tercerización, aprobada por el pleno del Congreso de la República el 28 de mayo del 2008, por 49 votos a favor, 40 en contra y 0 abstenciones. El Ejecutivo promulgó la citada ley con fecha 23 de junio del 2008, en una ceremonia especial realizada en Palacio de Gobierno. De otro lado, con fecha 24 de junio pasado se promulga el Decreto Legislativo N° 1038 que precisa los alcances de la Ley N° 29245. Finalmente, con fecha 11 de setiembre del 2008 se aprobó el Decreto Supremo 006-2008-TR mediante el cual el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) ha aprobado el Reglamento de la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038, que regulan la tercerización de servicios.

Con fecha 23 de febrero del 2022, se expide y publica el decreto supremo 001-2022-TR (la misma que se dejó sin efecto en parte por INDECOPI) que modifica la tercerización y cambia las reglas de juego y prohíbe que se realice tercerización, no pueden tener por objeto el núcleo del negocio, y se debe observar:

1. el objeto social de la empresa.
2. lo que la identifica a la empresa frente a sus clientes finales.
3. El elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en la que desarrolla sus actividades.
4. La actividad de la empresa que genera un valor añadido a sus clientes.
5. La actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos.

Es decir, incorpora la prohibición de tercerizar, aquellas actividades que sean el núcleo del negocio, lo cual generó mucha controversia entre los especialistas, ya que la ley 29241, no se refiere en ningún momento a núcleo del negocio, en consecuencia, el Decreto Supremo, no puede reglamentar más allá de lo dispuesto por la ley. Todavía estamos en el plazo otorgado para la aplicación, ¿Qué sucederá?, es una cuestión incierta.

En la Ley 29245, no regula sobre el núcleo del negocio, y por jerarquía de leyes no podría ser definida en su reglamento (Decreto Supremo 001-2022-TR), por lo tanto es ilegal.

Este Decreto Supremo fue publicado con fecha 23 de febrero de 2022, este Decreto Supremo durante la tercerización perjudicando tanto a las empresas contratantes de los servicios de tercerización como a los tercerizados y a los trabajadores.

Este Decreto Supremo podría ser objeto de una denuncia de garantía constitucional, contemplada en el artículo 202 de la Constitución, lo que motivará que los expertos laboristas emitan un pronunciamiento relacionado al tema.

Con fecha 25 de febrero de 2022, la OIT llamó la atención al Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo respecto a la modificación del reglamento de la tercerización laboral y expresó su preocupación por la ausencia de consulta de los convenios internacionales que el Perú ha suscrito.

Independientemente de los esfuerzos debemos señalar que el Decreto Supremo 001-2022 señala:

- 1) No está permitido la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo de la empresa.
- 2) Se pueden tercerizar actividades principales siempre que no sean parte del núcleo de la empresa.
- 3) El núcleo de la empresa forma parte de la actividad principal de la empresa, pero que no corresponden a las actividades especializadas u obras que puedan ser objeto de tercerización con desplazamiento.
- 4) Para identificar el núcleo de la empresa debe observar:

1. El objeto social de la empresa.
2. Lo que la identifica a la empresa frente a sus clientes finales.
3. El elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades.
4. La actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes.
5. La actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos.

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

- a) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora no tenga por objeto desarrollar actividades principales conforme a las definiciones establecidas en el artículo 1 del presente Reglamento.
- b) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio.
- c) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente Reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.
- d) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.
- e) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente Reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.

En lo que respecta de la letra a) debemos tener presente el artículo 2 del mencionado Decreto Supremo: “El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores están sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan actividades especializadas u obras, que forman parte de su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.

Los contratos y figuras empresariales que se encuentran regulados en el artículo 3 de la Ley configuran supuestos de tercerización cuando se realizan de acuerdo con las definiciones de la Ley y del presente Reglamento.

Los mecanismos de vinculación empresarial como la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la Ley.

No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio.”

CONCLUSIONES:

1. Se puede realizar actividades principales pero que no formen parte del núcleo de la empresa.
2. El 22 de agosto entró en vigencia el Decreto Supremo.
3. Los que sigan operando estarían en una ilegalidad.

Hay más de quinientas empresas que tienen media cautelar ya sea por el poder judicial o indecopi, que podían laborar, sin poder ser multada por SUNAFIL, publicamos a continuación el informe 099-2022-MTPE, del Directorio General de Trabajo.

TERCERIZACIÓN

Con fecha 17 de agosto de 2022 se ha publicado el decreto supremo 014-2021-TR que modifica e incorpora disposiciones al reglamento de legislación General de inspecciones de trabajo, en el que se crea 6 nuevas infracciones sobre la tercerización. Estas infracciones son consideradas faltas graves, y han considerado una multa muy excesiva. Es decir, se están elevando las multas.

Entre las infracciones son por usar la tercerización en funciones nucleares, en labores principales que no estén referidas a especialización o realización de obras, y por despedir a los trabajadores tercerizados y otros. Los medios de comunicación señalan que el poder judicial ha emitido cautelares como a quinientas empresas y por lo tanto están excluidas de aplicar, los cambios establecidos en el decreto supremo 001-2022-TR, estas cautelares se han conseguido a través de acciones de amparo, contra el referido decreto supremo, y por lo tanto quedan exentas del cambio, y de la supervisión de este rubro como por las multas, y seguirán operando como lo venían haciendo antiguamente, existe más de una medida cautelar provenientes de denuncias por trabas burocráticas en el INDECOPI, contra el referido decreto supremo, que limita la tercerización laboral.

Ahora la tercerización solo se puede usar, para desarrollar actividades especiales u obras, vinculadas a actividades principales de la empresa, se prohíbe la tercerización de personas en el rubro del negocio. En la actualidad en el mercado nacional cerca de mil doscientas empresas que tercerización según el

Ministerio de Trabajo, 300 millones trabajadores tercerizados, que al aplicarse la ley, el 50% de trabajadores perdería el trabajo.

INDECOPI emitido la resolución 289-2022 mediante la cual indica que el decreto supremo 001-2022-TR, el que restringe el uso de tercerización para cumplir labores nucleares y complementarias, constituyen una barrera burocrática por lo que debe ser inaplicable y debe tener efectos generales a favor de todos los agentes económicos, que se vean afectados con el decreto supremo.

Es decir, INDECOPI, inaplicable de manera general el Decreto Supremo, dejándolo sin efecto, con gestión 24 de agosto de 2022, Gabriel – Jara Salinas.

Según INDECOPI, el decreto supremo iría contra la ley en mención, la propia ley de tercerización.

El problema establecido que a SUNAFIL se le permitía supervisar todo el proceso de tercerización, aunque tengas una medida cautelar en contra del Decreto Supremo, es decir, busca inspeccionar, todo el proceso de tercerización, independientemente si tiene a tu favor una medida cautelar, contra el decreto supremo 001-2022-TR, actualmente en el congreso hay proyectos para derogar esta norma.

Los gremios sostienen que la eliminación de la tercerización, en las actividades nucleares, atentan contra el artículo 79 de la Constitución, es decir, contra la garantía a la contratación, y limita la libre determinación de las partes en el contrato.

Desde hoy se comenzará a multar a las empresas que sigan tercerizando personal, estos contratos que siguen realizándose están desnaturalizando lo establecido por el Decreto Supremo 001-2022-TR y se puede sancionar hasta con una multa de 241,638 soles, también, multarán a la empresa que despida a personal que realizaron labores nucleares de la empresa, mientras se adecue la ley publicada el 19 de agosto de 2022.

Se adjunta el Informe Nro. 099-2022-MTPE/2/14.1 que puede ser visualizado en el siguiente enlace: <https://trabajoapurimac.gob.pe/wp-content/uploads/INFORME-SITUACIONAL-DEL-EJERCICIO-DE-LAS-FUNCIONES-TRANSFERIDAS-SEGUNDO-SEMESTRE-2021.pdf>

90. ¿QUÉ ES EL MUTUO DISENSO?

Es la forma en la que se extingue la relación laboral entre el trabajador y el empleador.

Se debe entender como la terminación de la relación laboral mediante el cual se rompe el vínculo laboral cesando las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas de las partes.

Si bien es cierto toda relación de trabajo tiene que terminar en algún momento, al extinguirse ésta requiere de diversos requisitos y devenga en diversas consecuencias o sea origina diversos derechos.

Formas de extinción del Contrato de Trabajo

- 1) Causas ajenas a la voluntad de las partes
- 2) Causas comunes a la voluntad de las partes
- 3) Causas atribuibles a la voluntad de las partes.

- Causas comunes a la voluntad de las partes

El mutuo disenso entre trabajador y empleador

La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad.

Decreto Supremo N° 003-97-TR

Artículo 19°.- El acuerdo para poner término a una relación laboral por mutuo disenso debe constar por escrito o en la liquidación de beneficios sociales.

El mutuo disenso entre trabajador y empleador es una causa común a la voluntad de ambas partes. Es el acto por el cual trabajador y empleador deciden dar por extinguido el contrato de trabajo, el cual debe constar por escrito o en todo caso en la liquidación por beneficios sociales, debiendo respetar que no se vulnere el principio de irrenunciabilidad de derechos, de conformidad con el artículo 26° inciso 2 de la Constitución vigente.

Para esta figura vamos a citar unos ejemplos: a) El caso de un trabajador que ha laborado en la empresa cerca de 10 años y que abruptamente debe viajar a España dentro de 48 horas para radicar en dicho país, por lo que se pone de acuerdo con el empleador para firmar un mutuo disenso y si este acepta, su CTS le corresponde pero no procede a la indemnización por mutuo disenso, por cuanto es un acto de liberalidad del empleador que le otorga el pago de una suma de dinero al trabajador y debe constar por escrito.

Artículo 57 del Decreto Supremo N° 001-97-TR señala:

Artículo 57.- Si el trabajador al momento que se extingue su vínculo laboral o posteriormente recibe del empleador a título de gracia, en forma pura, simple e incondicional, alguna cantidad o pensión, éstas se compensarán de aquéllas que la autoridad judicial mande pagar al empleador como consecuencia de la demanda interpuesta por el trabajador.

Para que proceda la compensación debe constar expresamente en documento de fecha cierta que la cantidad o pensión otorgada se efectúa conforme con lo establecido en el párrafo precedente, o en las normas correspondientes del Código Civil.

Las sumas que el empleador entregue en forma voluntaria al trabajador como incentivo para renunciar al trabajo, cualquiera sea la forma de su otorgamiento, no son compensables de la liquidación de beneficios sociales o de la que mande pagar la autoridad judicial por el mismo concepto.

En conclusión:

1. El Decreto Supremo N°. 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad señala:
2. En su artículo 16 precisa que son causales de extinción del contrato de trabajo entre otras el mutuo disenso entre el trabajador y el empleador (inciso d).
3. El artículo 19 del mismo, “el acuerdo para poner término a una relación laboral por mutuo disenso debe constar por escrito o en la liquidación de beneficios sociales.
4. En los convenios de mutuo disenso es practica otorgar una gratificación extraordinaria la que generalmente es consensuada con el trabajador.

91. ¿QUÉ ES LA INTERMEDIACIÓN, QUIENES PUEDAN HACERLO, Y DE QUE TIPO SON?

Al respecto debemos precisar que:

La intermediación laboral se presenta cuando una empresa denominada usuaria, contrata (vía locación de servicios) a un tercero o intermediario (empresa de servicios o cooperativa) para que este último le suministre, proporcione, provee, destaque o brinde personal a su centro de trabajo o de operaciones,⁷⁵ teniendo como objeto exclusivo únicamente la prestación de servicios de intermediación laboral (servicios temporales, complementarios o de alta especialización) que cumplen con los requisitos de la ley y estén registrados ante la autoridad administrativa de Trabajo. De esta forma, la service o cooperativa conserva o mantiene el poder disciplinario, trasladando únicamente las facultades de dirección y fiscalización.

Ámbito de aplicación:

Centro de trabajo.- Es el lugar o lugares donde se encuentran las instalaciones de la empresa usuaria donde el trabajador presta sus servicios.

Centro de operaciones.- Es el lugar o lugares donde el trabajador realiza sus labores fuera del centro de trabajo de la empresa usuaria.

92. ¿QUIÉNES PUEDEN INTERMEDIAR?

A) Empresas de servicios constituidas como personas jurídicas de acuerdo a la ley general de sociedades.

B) Cooperativas conforme a la ley general de cooperativas.

C) No pueden:

Las personas naturales y jurídicas reguladas por el código civil y las empresas individuales de responsabilidades limitadas.

93. ¿CUÁLES SON LAS CLASES DE EMPRESAS INTERMEDIADORAS?

1) Servicios temporales

Destaque – temporal

Poder de dirección y fiscalización

No disciplinario

Contrato de naturaleza ocasional y de suplencia

2) Servicios complementarios

Actividades accesorias o no vinculadas a giro de la empresa

Es de carácter auxiliar, secundario y no vinculado a la actividad principal. Ejemplo: Vigilancia, seguridad, mantenimiento, limpieza.

3) Servicios Especializados

Alta especialidad en relación con la usuaria.

No hay dirección – supervisión.

No es permanente.

Alto nivel de conocimiento técnico – científico calificado.

94. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ACTIVIDAD PRINCIPAL?

Aquellas que son consustanciales al giro del negocio.

Las etapas del proceso productivo de bienes y prestación de servicios: extracción, explotación, transformación, producción.

Es toda actividad sin cuya ejecución se interrumpiría el funcionamiento de la empresa.

Porcentajes

20% para modalidad temporal y complementaria

No se aplica para los servicios especializados

Muchos piensan que no debería existir la intermediación. Sin embargo, su existencia es dable, siempre y cuando no vulnere las restricciones legales.

En la tercerización se ha dado otro concepto a la actividad principal, desarrollándose las actividades especializadas u otra, y las define como actividades vinculadas a las actividades principales de las empresas, principal, como el núcleo del negocio que forma parte de la actividad principal de la empresa.

Para identificar el núcleo se debe establecer:

- 1.El objeto social de la empresa.
- 2.Lo que identifica a la empresa frente a sus clientes.
- 3.La actividad de la empresa

No permitiendo la tercerización de las actividades que formen parte del núcleo del negocio, porque se produce, la desnaturalización de la tercerización.

95. ¿CUÁLES SON LAS DIFERENCIAS ENTRE LA INTERMEDIACIÓN Y LA TERCERIZACIÓN?

A continuación, acompañamos un cuadro de diferencias entre la intermediación laboral y la tercerización de servicios:

Diferencias y semejanzas	Intermediación laboral	Tercerización de servicios
Servicios	Sólo cesión o préstamo de personal. Sólo destaque de trabajadores (Cubre puestos de trabajo)	Servicio Integral (todos los bienes y servicios). No sólo desplazamiento de trabajadores (bienes, tecnología, puede incluir personal, etc)
Actividad	Temporales (suplencia u ocasional) Complementarias Especializadas.	Cualquier actividad.
Poder de Dirección	La empresa de servicios traslada parte de su poder de dirección (dirección y fiscalización) a la empresa usuaria, conservando la facultad disciplinaria.	Sólo existe coordinación. No existe traslado de facultades a la empresa que contrata un servicio. El poder de dirección lo ejerce íntegramente el contratista (dirige, fiscaliza y sanciona a sus trabajadores)
Empleador	Existencia de dos empleadores: (i) Real.- empresa usuaria; y (ii) Formal.- empresa de servicios	En el caso de trabajadores desplazados existe un solo empleador que debe ser la empresa contratista.
Trabajadores	Deben ser trabajadores de la empresa intermediadora	Pueden no ser trabajadores de la contratista.
Extensión de remuneraciones y Condiciones de trabajo	Se pueden otorgar condiciones de trabajo. Si un trabajador destacado realiza idénticas funciones que otro del contratante, de la empresa usuaria, debe recibir iguales remuneraciones y condiciones de trabajo	No se pueden otorgar condiciones de trabajo.
Limitaciones	Es regulada y limitada por el derecho laboral	No tiene limitaciones para su empleo en ninguna actividad económica.
Porcentajes	No más del 20%. (no es aplicable a servicios complementarias o especializadas)	No hay porcentajes

Fianza	Obligatorio (legal o convencional)	No obligatorio. Las empresas que desplazan personal deben contar con recursos económicos suficientes para garantizar el pago de obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados.
Solidaridad	Si el service no paga beneficios laborales, o la fianza resulta insuficiente, la empresa usuaria asume	No existe solidaridad
Primacía de la realidad	Se aplica frente a la infracción de los supuestos de intermediación laboral	Se aplica en casos de desnaturalización

Nota: Se debe tener en consideración el Decreto Supremo 001-2022 que modifica la actividad principal de la empresa que hemos explicado anteriormente.

96. ¿QUÉ ES EL PERIODO DE PRUEBA Y PARA QUE SIRVE?

1. Es una institución del derecho laboral.
2. Es un periodo de tiempo, más o menos razonable, para que las partes productivas observen y analicen el trabajo ofertado, siendo en nuestro derecho una fase inicial del contrato de trabajo.
3. Es en este periodo de tiempo donde el empleador verifica y evalúa la capacidad del trabajador, y la idoneidad para desempeñarse en el puesto de trabajo para el cual ha sido contratado.
4. El periodo de prueba es por lo general tres meses, una vez superado alcanza protección contra el despido arbitrario. Puede ser la reposición o el pago de una indemnización de hasta 12 remuneraciones de acuerdo al tiempo de servicio del trabajador.
5. Las partes pueden pactar mayor tiempo, el que se llama convencional. El trabajador de confianza 6 meses y e personal de dirección hasta 1 año.
6. El fundamento del período de prueba lo encontramos en la naturaleza personal del contrato de trabajo (intuitu persona) que constituye muchas veces el sustento principal de la contratación.
7. El período de prueba es para las dos partes ya que cualquiera de ellas puede dar por terminada la relación laboral durante el mismo sin consecuencia jurídica alguna
8. Todo período de prueba señalado en la ley es máximo. Se puede pactar un período de prueba menor a favor del trabajador pero nunca a favor del empleador.
9. El empleador puede renunciar a hacer uso del período de prueba.
10. para el empleador es la oportunidad para observar el comportamiento del trabajador en el trabajo.
11. está dirigido a ver la aptitud para el trabajo y la actitud hacia él y los demás trabajadores.

Definición legal

DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR

Artículo 10°- el periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

97. ¿CUÁL ES LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL PERIODO DE PRUEBA?

El Reglamento de la Ley N° 4916 (Ley del Empleado) consagró en su artículo 6° que durante los tres primeros meses, período que se considera de prueba, el empleado no gozará de ninguno de los derechos, indemnizaciones o beneficios señalados por la ley.

La Ley N° 6871 del 02 de mayo de 1930, ratificó, en su artículo 4°, el plazo de tres meses para el período de prueba.

El Decreto Ley N° 14218 del 19 de octubre de 1962 (Normas sobre el período de prueba para los empleados y obreros) estipulaba en su artículo 1° que “Los empleados y obreros despedidos dentro del período de prueba de tres meses, percibirán por concepto de compensación por tiempo de servicios, un dozavo de su remuneración mensual por cada mes de labor”.

El derogado Decreto Ley N° 18471 disponía que el derecho a la estabilidad Laboral era adquirido por el trabajador al superar el Periodo de Prueba (Tres meses).

El Decreto Ley N° 22126, a diferencia del derogado Decreto Ley N° 18471, dispuso que para adquirir el derecho a la estabilidad absoluta, el plazo era de tres años. Por otro lado, el periodo de prueba se mantuvo en tres meses.

El artículo 2° de la Ley N° 24514 señalaba en tres meses el plazo del período de prueba.

El Decreto Legislativo N° 728 (Ley de Fomento al Empleo), cuando era vigente la constitución de 1979, estipulaba en su artículo 43° que “El Período de prueba es de tres meses a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la estabilidad. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores a desarrollar requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada (...) La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados y de un año tratándose de personal de dirección o que desempeñe cargos de confianza”.

La Ley N° 26513 (27 de Julio de 1995) dictada para adecuar el Decreto Legislativo N° 728 (Ley de Fomento al Empleo) al artículo 27° de la Constitución de 1993, modificó el mencionado artículo, quedando redactada de la siguiente manera:

Artículo 43°.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.”.

Finalmente, se dictó el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° N°728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR de fecha 27 de marzo de 1997 (Ley de Productividad y Competitividad laboral - LPCL), estipul– en su artículo 10° que “el período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario (...) Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección”.

Periodo de prueba: Jurisprudencia

Objeto del periodo de prueba

Por el período de prueba el empleador tiene la oportunidad de valorar la eficiencia, capacidad y disposición laboral del servidor lo que se cumple con prestaciones sucesivas menores de tres meses; estas interrupciones no lo privan de aumentos de negociación colectiva porque la ley no ampara el abuso del derecho.

98. ¿CUÁLES SON LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO?

Los elementos son de 3 tipos

A) los generales

B) los esenciales

C) los típicos

Los generales están dentro de los alcances del acto jurídico del derecho civil.

Los esenciales son de la contratación laboral y los típicos son aquellos cuya presencia no es indispensable.

Los elementos importantes son:

1. La prestación personal de un servicio

2. El pago de una remuneración

3. La dependencia o subordinación y los secundarios o accesorios

- Exclusividad
- Profesionalidad

1. Prestación personal del servicio

- Elemento básico aunque no exclusivo (también existe en la locación de servicios) el trabajador actúa a través de la producción de un bien o prestación de un servicio.
- Debe ser personalísimo o intuitu persona
- No puede delegarse en terceras personas
- La prestación del servicio tiene que ser realizada única y exclusivamente por el propio trabajador, lo que significa que la prestación del servicio es indelegable e intransferible.
- En el contrato de trabajo el servicio tiene que ser personal y no puede ser delegado

PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO

Artículo 4° (ds. N° 003-97-tr)

“en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

el contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente ley establece.

También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.”

D.s. 003-97-TR

NATURALEZA PERSONAL DE LOS SERVICIOS LABORALES

ARTÍCULO 5° (DS. N° 003-97-TR)

Los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural. No invalida esta condición que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores.

2.PAGO DE UNA REMUNERACION

DEFINICIÓN LEGAL

ARTÍCULO 6° DEL D. SUPREMO N° 003-97-TR

Artículo 6. Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa.

Este elemento es fundamental e importante aunque no determinante puesto que a través de la remuneración el trabajador logra satisfacer sus necesidades tanto del cómo de su familia.

La ley señala que la suma que se le entrega de manera directa al trabajador en calidad de alimentación principal como el desayuno, almuerzo o cena tiene naturaleza remunerativa.

IMPORTANCIA DE LA REMUNERACION:

- Medio de subsistencia del trabajador y de su familia
- Sin remuneración no hay relación laboral

PROTECCIÓN

- Regla general: sólo es embargable en algunos casos y bajo determinadas condiciones y caudales.
- Obligaciones alimentarias
- Debe considerarse como remuneración no computable lo que señala el artículo 19 y 20 del artículo 650

A TENER EN CUENTA QUE EXISTEN DIVERSOS CONCEPTOS DE REMUNERACIÓN:

A) para efectos laborales.

B) para efectos previsionales

C) para efectos tributarios

NO ES REMUNERACIÓN

(para efectos laborales)

ARTÍCULO 7° DEL D. SUPREMO N° 003-97-TR

No constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los artículos 19° y 20° del texto único ordenado decreto legislativo n° 650.

TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL D. LEGISLATIVO 650 LEY DE COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS, APROBADO POR DS. N° 001-97-TR

Artículo 19°.- No se consideran remuneraciones computables las siguientes:

a) gratificaciones extraordinarias u otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente, a título de liberalidad del empleador o que hayan sido materia de convención colectiva establecidas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por resolución de la autoridad administrativa de trabajo, o por laudo arbitral. Se incluye en este concepto a la bonificación por cierre de pliego

B) cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa;

C) el costo o valor de las condiciones de trabajo;

D) la canasta de navidad o similares;

E) el valor del transporte, siempre que esté supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado. Se incluye en este concepto el monto fijo que el empleador otorgue por pacto individual o convención colectiva, siempre que cumpla con los requisitos antes mencionados;

F) la asignación o bonificación por educación, siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada;

G) las asignaciones o bonificaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquéllas de semejante naturaleza. Igualmente, las asignaciones que se abonen con motivo de determinadas festividades siempre que sean consecuencia de una negociación colectiva

H) los bienes que la empresa otorgue a sus trabajadores, de su propia producción, en cantidad razonable para su consumo directo y de su familia;

I) todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor, o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador;

J) la alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de servicios, las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto de acuerdo a su ley correspondiente, o cuando se derive de mandato legal. (inciso modificado por el artículo 13° de la ley 28051, publicada el 02.08.03).

3. LA DEPENDENCIA O SUBORDINACIÓN

- Es el elemento más importante y característico del contrato de trabajo.
- Es el elemento que se desarrolla como consecuencia de la situación en que se encuentra el trabajador frente al empleador.
- La subordinación implica estar bajo las órdenes del empleador.
- Donde se encuentra subordinación nos encontramos usualmente ante un contrato de trabajo

Precisamente su existencia se debe a que la relación laboral por naturaleza es desigual, lo que hace que el trabajador se encuentre una suerte de dependencia frente al empleador.

La prestación del servicio, así como la remuneración se encuentra en otros tipos de contratos.

La subordinación o dependencia solo lo encontramos en el contrato de trabajo.

DEFINICIÓN LEGAL DE SUBORDINACIÓN

ARTÍCULO 9° (D.S. 003-97-TR)

“Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su rescripc, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.”

99. ¿QUÉ ES LA CADUCIDAD LABORAL?

El artículo 2003 del Código Civil “La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente”

Es una institución que origina, por el transcurso del tiempo, la extinción de derechos y la acción respectiva.

En términos generales está regulada por el Código Civil.

En forma excepcional la regula el D.S. 003-97-TR para los derechos de contenido laboral. Artículo 36.

100. ¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA CADUCIDAD?

- Extingue la acción y el derecho (Art. 2003 del C.C.)
- Los plazos de caducidad los señala la ley sin admitir pacto en contrario.
- Puede ser declarada de oficio o a petición de parte.
- Solo se interrumpe en cuando no funcionan los tribunales y cuando hay una solicitud de conciliación.
- Se puede aplicar en cualquier estado del proceso y conduce a la improcedencia.

Caducidad laboral

Opera con respecto a derechos específicos a título excepcional.

a. Indemnización por despido arbitrario

b. Nulidad de despido

c. Hostilidad en el empleo

EL PLAZO DE CADUCIDAD ES A PARTIR DE LOS TREINTA DIAS DE PRODUCIDO EL HECHO (Art. 36 del D.S. N° 003-97-TR).

Artículo 36°.- El plazo para accionar judicialmente, en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho.

La caducidad de la acción no perjudica el derecho del trabajador de demandar dentro del periodo prescriptorio el pago de otras sumas liquidadas que le adeude el empleador.

Estos plazos no se encuentran sujetos a interrupción o pacto que los enerve; una vez transcurridos impiden el ejercicio del derecho.

La única excepción está constituida por la imposibilidad material de accionar ante un Tribunal Peruano por encontrarse el trabajador fuera del territorio nacional e impedido de ingresar a él, o por falta de funcionamiento del Poder Judicial. El plazo se suspende mientras dure el impedimento.

(Ver reglamento D.S. 001-96-TR)

Interpretación actual de la caducidad

Dualidad de criterios, unas dicen que son:

a. Días Naturales

b. Días Útiles

Para evitar problemas aconsejo que se interponga la demanda dentro de los 30 días naturales.'

101. ¿QUÉ ES LA PRESCRIPCIÓN?

La prescripción existe en materia laboral pero bajo determinadas reglas específicas. Como regla general se le aplica las normas del Código Civil (suspensión interrupción). Existen reglas propias en el Derecho del Trabajo. Es un tema que ha estado sujeto a constante variación en los últimos años.

102. ¿CÓMO HA EVOLUCIONADO LA PRESCRIPCIÓN LABORAL EN EL PERÚ?

DIFERENCIA ENTRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Artículo 1989° del Código Civil.- La prescripción extingue la acción, pero no el derecho mismo.

Artículo 2003° del Código Civil.- La caducidad extingue el Derecho y la acción correspondiente.

Constitución de 1979

El artículo 49° de la carta magna de 1979, estableció específicamente para el ámbito laboral la prescripción de la acción de estos derechos en Quince (15) años.

Constitución de 1993

La Décimo Sexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 Dice:

“Promulgada la presente constitución, sustituye a la de 1979”

En tal sentido la constitución de 1979 queda derogada.

A esta interpretación se le conoce como sucesión normativa, según la cual la constitución posterior sustituye a la anterior.

No obstante, la constitución de 1993 NO se pronunció respecto de la prescripción.

Al existir un vacío legal, se aplicó supletoriamente el inciso 1) del artículo 2001° del código civil de 1984 (vigente) que dice:

Artículo 2001: Prescriben, salvo disposición diversa de la Ley:

A los diez (10) años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.

(...)

Ley N° 26513

La Primera Disposición Complementaria de la Ley N° 26513 del 27 de julio de 1995 indica lo siguiente:

Primera.- Las acciones por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los Tres (03) años desde que resulten exigibles

Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competencia Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

En su Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Derogatoria señala lo siguiente:

PRIMERA: “Las acciones por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los Tres (03) años desde que resultan exigibles”

Ley N° 27022

Publicada el 23 de diciembre de 1998. Detalla lo siguiente:

Artículo único.- Plazo

Las acciones por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los dos (02) años, contados a partir del día siguiente en que se extingue el vínculo laboral.

Ley N° 27321

Publicada el 21 de julio del 2000, detalla lo siguiente:

Artículo único.- Del objeto de la ley

Las acciones por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los (04) cuatro años, contados desde el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral.

Disposiciones Complementarias, transitorias y finales,

Primera.- Norma derogada

Derogase la ley 27022, ley que establece la prescripción de las acciones derivadas del derecho laboral

Segunda.- la prescripción iniciada antes de la vigencia de esta ley se rige por la ley anterior

La evolución de la prescripción en la prescripción laboral

La podemos resumir:

(Antes de la Constitución de 1979)

Artículo 1561° del Código Civil del 02 de junio de 1836

Artículo 535° del Código Civil de 1852

Artículo 52° del Reglamento de la Ley N° 4912

Artículo 1162° inciso 4) del Código Civil de 1936

Constitución de 1979, 15 años, artículo 49.

Reglas de Prescripción en Materia Laboral

Es de 4 años computados desde el momento en que concluye la relación laboral. (Ley Numero 27321)

Hay algunos pronunciamientos jurisprudenciales en el sentido de que se interrumpe por el solo hecho de la presentación de la demanda y no de su notificación.

Es diferente de la caducidad.

103. ¿QUE SON LAS UTILIDADES Y COMO ES EL REPARTO?

Este beneficio se sustenta en la ganancia de la empresa, el que se determina en la declaración jurada anual de impuesto a la renta, las utilidades se encuentran reguladas por el decreto legislativo 892 y su reglamento 098-TR.

Se da por dos conceptos:

Trabajo y remuneración 50% por cada uno.

A. Por el trabajo

Trabajo y remuneración 50% por cada uno.

Tiene como causa el esfuerzo y el despliegue de los mismos. Jornada máxima de trabajo 8 horas, si trabaja menos es diferente

Que sucede si un trabajador labora:

Feriado

Sábado que no se trabaja en la empresa.

El domingo y los otros trabajadores no, solo laboran de lunes a viernes.

Estos días para los que trabajan los feriados sábado y domingo, deben considerarse para el cálculo de utilidades es decir si son considerados para estos trabajadores, ya que este acudió al centro de trabajo y estuvo a disposición del empleador.

B. Por la remuneración

El artículo 6 del D.S. 003-97-TR se considera remuneración todo lo que recibe el trabajador el efectivo o especie, el integro de lo que percibe al año y que sea de libre disposición.

Hay día que no son trabajados y se consideran para las utilidades, si son aquellos días que la ley lo especifica.

1. Paternidad

a. No se considera como asistencia al trabajo, no son computables no hay asistencia al trabajador.

b. Por la remuneración que recibe si es computable

2. La licencia sindical si se considera como asistencia

3. ENFERMEDAD no se considera

4. Descanso médico, derivado de un accidente de trabajo o enfermedad profesional si se considera solo 20 días.

5. Las horas de lactancia, si se consideran para las utilidades

6. Por maternidad, hay dos posiciones que si es remuneración y otros que no

a. Que si se corresponde y es remuneración, que son suspensión perfecta no se trabaja, no hay pago que el pago es un subsidio que lo paga Essalud y es desde el primer día.

b. Que no es remuneración por que es subsidio en consecuencia que es una suspensión imperfecta no hay trabajo pero si hay pago

Impuestos

Las utilidades están grabadas con el impuesto a la renta de quinta categoría.

Debemos precisar que a las utilidades no se le aplica descuento para Essalud, Sistema de pensiones, no son computables para la compensación de tiempo de servicio, las gratificaciones y vacaciones.

Para el reparto de utilidades se necesita que la empresa tenga más de 20 trabajadores

104. ¿QUÉ ES LA REMUNERACIÓN?

La remuneración constituye uno de los tres elementos principales, fundamentales o esenciales del contrato de trabajo, que, desde el punto de vista estrictamente legal, se encuentra regulada en el artículo 6° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, en donde se precisa que “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. (...)” De la lectura de dicha definición, podemos apreciar que la forma de pago de la remuneración se puede dar tanto en dinero, en especie, o en dinero y en especie (mixta).

En el caso de la remuneración pagada en dinero, se abona prioritariamente en moneda nacional, pero es factible que también pueda hacerse en moneda extranjera. Respecto de la remuneración o pago en especie, esta consiste en entregar al trabajador bienes que puedan ser apreciados o valorados en dinero y que, precisamente, dicha valoración deberá ser consignada tanto en el libro de planillas como en la boleta de pago.

En cuanto a la forma de determinación de la remuneración, ella es fundamentalmente de dos clases:

Una de ellas es en función al tiempo. Es decir, la remuneración se determina según la duración del trabajo y no de su rendimiento, resultado o producto. Asimismo, puede ser la remuneración tradicional plasmada de manera diaria, semanal, quincenal o mensual, haciendo. Es necesario hacer hincapié en que la práctica más utilizada o empleada es la de tipo mensual o quincenal.

La otra forma está dada en función del rendimiento o resultado en el trabajo. En este caso, el abono de la remuneración dependerá del rendimiento o productividad del trabajador. Precisamente, un ejemplo de esta forma de remuneración es el trabajo de los comisionistas y el de los destajeros. Otro rasgo fundamental de la remuneración es que tiene como finalidad prioritaria satisfacer las necesidades del trabajador. Por tanto, es protegida bajo la intangibilidad o la inembargabilidad. En tal sentido, la remuneración está resguardada frente a cualquier tipo de posibilidad de deuda o de situación de embargo. Hay dos únicos casos de excepción.

Primer lugar, las remuneraciones que excedan de 5 URP, donde el exceso embargable es hasta una tercera parte. El segundo caso es el más emblemático, y es el de las obligaciones alimenticias. En ellas procede el embargo hasta un 60% de los ingresos del trabajador. (Código procesal civil)

De otro lado, de acuerdo con lo señalado por el artículo 7° del Decreto Supremo N° 003-97-TR no constituyen remuneración los conceptos previstos en los artículos 19 y 20 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-97-TR, dentro de los cuales se encontraría, 403 por ejemplo, las gratificaciones extraordinarias, cualquier forma de participación de las utilidades, el costo valor de las condiciones de trabajo, la canasta de navidad, entre otros. De igual forma, no debe considerarse remuneración a las indemnizaciones laborales, al seguro de vida, la CTS, entre otros.

De otro lado, respecto de la reducción de la remuneración debemos precisar que de conformidad con la Ley N° 9643, aprobada el 17 de diciembre de 1941, y vigente a la fecha, se permite la reducción de las

remuneraciones siempre y cuando el trabajador acepte dicha posibilidad. Es decir, exista un acuerdo entre el trabajador y el empleador. Por el contrario, en caso de que el trabajador no acepte dicha disminución, ella se vería reflejada en una reducción inmotivada, constituyéndose esto en un acto de hostilidad, no se puede renunciar a la R.MV Otro punto importante es el de la Remuneración Mínima Vital, conocida también como “sueldo mínimo” o “salario mínimo”, que se encuentra regulada en el texto constitucional, en el párrafo final del artículo 24° cuando señala que “Las remuneraciones mínimas se regulan por el estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”. De igual forma, encuentra sustento legal en el inciso 3) del artículo 23° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, conforme con el siguiente detalle: “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

Se concibe como el ingreso mínimo que debe percibir todo trabajador para poder sobrevivir o subsistir y que alcance en algo para cubrir por lo menos las necesidades familiares básicas, como, por ejemplo, el equivalente a la canasta familiar. En este escenario, el Estado es el encargado de fijar la remuneración mínima vital con la participación de los representantes de los trabajadores y de los empleadores.

105. ¿CUÁLES SON LOS CONTRATOS DE TRABAJO MÁS USADOS

“CONTRATO DE TRABAJO”, los cuales los podemos dividir en:

Contrato a tiempo indeterminado

Contratos a plazo determinado o sujeto a modalidad

Contratos a tiempo parcial “Part time”.

SISTEMA DE CONTRATACION INDIRECTA.- (Relación del trabajador por medio de un tercero)

La intermediación Servicios

Cooperativas de trabajadores

Tercerización “outsourcing”

CLASES DE CONTRATOS DE TRABAJO

A) Contratos a plazo indeterminado

(Art.4° D.S. 003-97-TR)

B) Contratos a Tiempo Parcial

(Art.4° D.S. 003-97-TR)

C) Contratos a plazo determinado o llamados Contratos Sujetos a Modalidad

(Art. 4° y Art.53° al 56° D.S.003-97-TR)

Decreto Supremo N° 003-97-TR

ART. 4°.- “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo determinado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal ó escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna”

A) CONTRATOS A PLAZO INDETERMINADO

La regla general es que el contrato de trabajo tiene una vocación indeterminada.

Se establece una fecha de inicio pero no de culminación

Se puede celebrar por escrito o verbal

Esta es la clase de contrato que privilegia y protege la ley a través de diversos mecanismos de protección, el trabajador goza de mayor protección,(Principio de continuidad).

LA EXCEPCIÓN ESTÁ DADA POR LOS CONTRATOS DE TRABAJO SUJETOS A MODALIDAD

Artículo 48 de la constitución de 1979 (estabilidad)

El artículo 27 de la constitución de 1993 da protección frente al despido arbitrario

La protección la encontramos en los artículos 34 y 38 del D.S. 003-97- TR

B) CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL

Decreto Supremo N° 001-96-TR (reglamento del D. Leg. 728)

Art. 11°.- “Los trabajadores contratados a tiempo parcial, tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (04) horas diarias de labor”. Estos contratos se celebran por escrito.

Analizar el artículo 22 del D.S 003-97-TR.

En consecuencia, los trabajadores contratados a tiempo parcial, no tienen derecho a:

1. Compensación por tiempo de servicio
2. Indemnización por despido arbitrario
3. Descanso vacacional (sueldo reducido)

La legislación laboral peruana establece que la jornada mínima de trabajo es de 4 horas. Este tipo de contratos, a tiempo parcial o denominado, también, como contratos de trabajo a “part time”, es para

aquellos trabajadores que laboran menos de 4 horas diarias. Según la legislación, se pueden celebrar sin limitación alguna. Respecto a las formalidades de los contratos a tiempo parcial, se requiere que los mismos, sean celebrados por escrito.

A diferencia de los contratos descritos con anterioridad, este tipo de trabajadores, tienen derecho a sus beneficios laborales, siempre que para su percepción, la ley, no les exija el cumplimiento del requisito mínimo de haber superado cuatro horas diarias de labor. No obstante ello, sí pueden acceder a otros derechos y beneficios laborales que no los obligue a tal cumplimiento.

Siendo ello así, al amparo de lo señalado por nuestra normatividad laboral, los trabajadores contratados a tiempo parcial, no gozan de: (i) Compensación por tiempo de servicios, (ii) Indemnización por despido arbitrario; y (iii) Descanso vacacional; toda vez que por mandato expreso de la ley se exige el requisito mínimo de cuatro (04) horas diarias de labor.

En virtud a ello, transcribimos lo dispuesto por tres leyes laborales, que expresamente exigen dicho requisito, las cuales señalamos a continuación: Compensación por tiempo de servicios – CTS

Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios. Decreto Supremo N° 001-97-TR. Art. 4°.- “Sólo están comprendidos en el beneficio de la compensación por tiempo de servicios los trabajadores sujetos al régimen laboral común de la actividad privada que cumplan, cuando menos en promedio una jornada mínima de cuatro horas”. (el subrayado y resaltado es nuestro).

Indemnización por despido arbitrario

Texto Único ordenado del D.Leg. 728, Ley de productividad y competitividad laboral. Decreto Supremo N° 003-97-TR. Art. 22°.- “Para el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley debidamente comprobada”. (el subrayado y resaltado es nuestro).

Vacaciones

Reglamento de Decreto legislativo N° 713 sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada. Decreto Supremo N° 012- 92-TR. Art. 11°.- “Tienen derecho a descanso vacacional el trabajador que cumpla una jornada ordinaria mínima de cuatro (04) horas siempre que haya cumplido dentro del año de servicios, el récord previsto en el artículo 10 del Decreto legislativo”. (el subrayado y resaltado es nuestro).

Respecto al régimen de descanso vacacional, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 11° del Decreto Supremo N° 012-92-TR se debe tener en cuenta lo señalado por el Convenio 52 de la OIT “convenio sobre las vacaciones pagadas” ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13284 (01.02.1960), mediante el cual en su artículo 2.1 dice que: “Toda persona a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, después de un año de servicio continuo, a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborables, por lo menos”. Tal como se puede apreciar, el mencionado tratado, no hace distinciones entre ninguna clase de trabajadores ni restringe su ámbito de aplicación al haber superado las 4 horas diarias. En tal sentido, de existir un conflicto entre ambas normas, consideramos que el convenio 52 de la OIT debería tener aplicación preferente sobre lo normado por nuestra legislación. Sin perjuicio

de ello, debemos hacer notar que en otras legislaciones, los trabajadores a tiempo parcial gozan de todos los derechos y beneficios sociales de manera proporcional.

Decreto Supremo N° 001-96-TR (reglamento del D. Leg. 728).- Art. 11°.- “Los trabajadores contratados a tiempo parcial, tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (04) horas diarias de labor”.

Compensación por tiempo de servicios,

Indemnización por despido arbitrario, y

Descanso vacacional

Toda vez que por mandato expreso de la ley se exige el requisito mínimo de cuatro (04) horas diarias de labor.

C) Contratos a plazo Determinado o llamados Contratos Sujetos a Modalidad

Dar elasticidad a la satisfacción de necesidades extraordinarias de mano de obra en situaciones de excepción.

Dar elasticidad en el inicio de una nueva actividad oportunidad en la cual el riesgo de fracaso de una empresa puede ser mayor.

Estimular la actividad empresarial que crea fuentes de trabajo.

Estos contratos surgen después de la legislación a través del decreto legislativo 728 y ratificado por el D.S. 003-97-TR que surgen como una excepción a la regla.

Como antecedente encontramos los contratos a plazo fijo como modalidad única señalada en el decreto ley 18138

CONTRATOS DE TRABAJO SUJETOS A MODALIDAD

Artículo 53°.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran, estos surgen en nuestra legislación con el decreto legislativo 728

A) Por las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa.

B) Cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio, que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada

DURACIÓN MÁXIMA DE LOS CONTRATOS SUJETOS A MODALIDAD	
Modalidad de contrato	Duración Máxima
CONTRATOS DE NATURALEZA TEMPORAL (ART. 54°)	
Inicio o Lanzamiento de nueva actividad (Art. 57°)	1) Actividad Productiva 2) Posterior apertura 3) Nueva actividad o incremento 3 años
Necesidades de mercado (Art. 58°)	1) Incrementos coyunturales de la producción. 2) Mayor demanda
Reconversión empresarial (Art. 59°)	1) Carácter Tecnológico 2) Maquinaria y equipos 2 años
CONTRATOS DE NATURALEZA ACCIDENTAL (ART. 55°)	
Ocasional (Art. 60°)	- Necesidad Transitoria distintas a la actividad habitual 6 meses al año
De suplencia (Art. 61)	- Reemplaza a trabajador estable
Emergencia (Art. 62°)	- Caso fortuito de fuerza mayor
CONTRATOS DE OBRA O SERVICIO (ART. 56°)	
Específico (Art. 63°)	- De objeto previamente establecido y de duración determinada
Intermitente (Art. 64°)	- Permanentes pero discontinúas
Temporada (Art. 65°)	- Solo en determinadas épocas del año
Duración Máxima usando todas las modalidades	5 años

106. ¿CUÁL ES LA HISTORIA DEL DERECHO COLECTIVO?

El Derecho Colectivo se anticipó a la legislación a través de los esfuerzos de los trabajadores, por ejemplo, la revolución industrial que trae la gran empresa y contrata trabajadores libres. Ante esta interacción entre los seres humanos surge las relaciones, y es ahí donde surgen las relaciones colectivas. Recordemos que durante la revolución industrial se crea la gran empresa, la gran industria, se contrata a miles de trabajadores, esa unión hace que surjan las relaciones colectivas, y surjan los reclamos, inclusive surge el proletariado, esa cantidad de gente que reclama la distribución equitativa de la riqueza.

Los patrones por su puesto que no se quedaron conforme, frente a esta realidad, entonces surge la Ley de Chapellier para intentar bloquear o paralizar los pedidos de los trabajadores, alegando que no eran auténticos derechos ni intereses, sino que eran pretendidos derechos, es decir, no eran derechos adquiridos sino el patrón decía que era lo que querían adquirir, indudablemente, que el origen del derecho colectivo pasa por siguientes etapas, la prohibición y el reclamo, pero los patrones o los empleadores se dieron cuenta de esta inmensa cantidad de reclamos tenía que ser atendidos y surge la tolerancia para luego muchos de ellos ser adquiridos.

107. ¿CUÁLES SON LOS ANTECEDENTES DEL DERECHO COLECTIVO?

Hueck:

El derecho laboral parte de que el derecho sirve para reglamentar organizaciones profesionales, reglamentar las organizaciones de los trabajadores y de los empleadores, los contratos y sus luchas.

Mario De La Cueva

El derecho colectivo es la norma y distingue entre lo que es asociaciones profesionales de unión de empleadores, relaciones frente al Estado y señala que se deberían llamar conflictos laborales colectivos, no luchas, porque esto último es sinónimo de confrontación.

Américo Plá

El derecho es el conjunto de personas, porque el derecho laboral no puede ser solo una norma, y que regula el conjunto de personas y no necesariamente laboral. Puede ser de Derecho colectivo de trabajo o de relaciones colectivas.

Manuel Carlos Palomeque – Mario Deveali

El derecho de los trabajadores se debe llamar derecho sindical, ¿por qué?, porque la reunión de varios trabajadores es una asociación que se unen para obtener beneficios se le llama sindicato (En nuestra legislación lo encontramos en los Artículos 5, 15 y 47 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR).

Jorge Rendon – Pedro Morales Corrales

Los estudiosos peruanos Jorge Rendón y Pedro Morales Corrales decían que lo más conveniente no es como se llama sino cómo hacer para que sea efectivo.

Es mejor denominarlo Derecho Colectivo de Trabajo

EL SURGIMIENTO DEL DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO

Las relaciones colectivas surgen antes que las del propio derecho, ahí tenemos la creación de las grandes fábricas que traen a miles de trabajadores que se relacionan entre sí y se unen para reclamar sus derechos.

En virtud del tratado de Versalles de 1919 se crea la OIT

La OIT que es un órgano rector del derecho laboral, esta organización debe adoptar decisiones de derecho laboral, ya sean convenios o reconociéndoles.

Los convenios pueden ser bilaterales o multilaterales

Entre estos convenios tenemos:

La libertad sindical en 1948. Convenio 87

Sindicalización y negociación colectiva. Convenio 98

El derecho laboral colectivo tiene su origen en el siglo XIX, producto del nacimiento de un nuevo sujeto social como lo fueron las organizaciones sindicales y se formaron partes de representación de la clase obrera especialmente en la negociación colectiva.

La sindicalización en el Perú tuvo un retraso de décadas debido al tardío de a la industrialización lo que hizo que el sindicalismo sufriera retrasos.

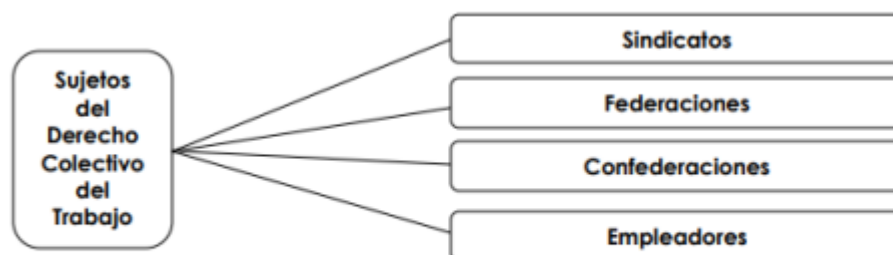
Se ha retardado por diferentes razones:

1. Por el retraso económico hasta comienzo del siglo XIX.
2. La actitud hostil de los gobernantes.
3. La represión de las manifestaciones obreras.
4. La intransigencia de los empleadores
5. La excesiva influencia de los partidos políticos en las organizaciones sindicales.
6. El sindicalismo es una consecuencia de la revolución industrial.
7. La informalidad hace que los trabajadores estén dispersados y no pueden formar sindicatos.

108. ¿QUIÉNES SON LOS SUJETOS DEL DERECHO COLECTIVO?

En esa misma línea señala Varela (2016):

Sujetos del derecho colectivo del trabajo En concordancia con la parte inicial, de modo resumido podemos decir que el derecho colectivo del trabajo es la rama del derecho que regula las relaciones entre personas que se organizan para modificar una o varias relaciones de trabajo en las que están directa o indirectamente afectados. En ese sentido, conviene estudiar los actores que forman parte de las relaciones colectivas de trabajo. Con una finalidad metodológica he dividido a estos actores en sindicatos (distinguiendo a los miembros del sindicato, delegados, junta directiva y asamblea), federaciones y confederaciones, y empleadores.



(pág. 17)

En esa misma línea señala Neves (2007) sobre el concepto del derecho del trabajo lo siguiente:

La expresión fuente del derecho tiene -en la doctrina italiana- una doble acepción. De un lado, como fuente de la producción, se refiere al productor, que es una entidad -en el más amplio sentido de la palabra- que posee la atribución de elaborar un producto, así como al procedimiento que debe utilizar con ese propósito. Se responde a las interrogantes acerca de quién puede producir y cómo debe hacerlo. De otro lado, como fuente del conocimiento, alude al producto mismo y absuelve la cuestión de qué es lo producido. En el primer significado será fuente del

derecho, por ejemplo, el Congreso y el trámite parlamentario de elaboración de la ley; y, en el segundo, la propia ley. En rigor ésta tiene su origen en aquéllos, por lo que la fuente de la producción sería mediata y la del conocimiento inmediata. (pág. 36)

109. ¿CUÁL ES EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS COLECTIVOS?

- Constitución de 1933
- Constitución de 1979
- Constitución de 1993

- CONSTITUCIÓN DE 1933

El artículo 43 se refería al contrato colectivo de trabajo señalando:

“(...) El Estado legislará el contrato colectivo de trabajo (...)”

No se hacía referencia alguna al derecho sindical o a la huelga: no eran considerados derechos constitucionales.

- CONSTITUCIÓN DE 1979

Se reconocía que el trabajo era fuente principal de la riqueza.

Artículo 42.- El trabajador tiene derecho a una remuneración justa que procure para él y su familia el bienestar material y el desarrollo espiritual. El trabajador, varón o mujer tiene derecho a igual remuneración por igual trabajo prestado en idénticas condiciones al mismo empleador. Las remuneraciones mínimas vitales, se reajustan periódicamente por el Estado con la participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores, cuando las circunstancias lo requieran. La ley organiza el sistema de asignaciones familiares en favor de los trabajadores con familia numerosa.

Regulaba en tres artículos diferentes los derechos relacionados con la sindicalización, negociación colectiva y derecho de huelga

Artículo 51.-

- El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicalización sin autorización previa.
- Nadie está obligado a formar parte de un sindicato ni impedido de hacerlo.
- Los sindicatos tienen derecho a crear organismos de grado superior.
- Las organizaciones sindicales se disuelven por acuerdo de sus miembros o por resolución en última instancia de la Corte Suprema.

- Los dirigentes sindicales de todo nivel gozan de garantías para el desarrollo de las funciones que les corresponden (no despedir, no hostilizar)

Artículo 54.-

- Las convenciones colectivas de trabajo entre trabajadores y empleadores tienen fuerza de ley para las partes.
- El Estado garantiza el derecho a la negociación colectiva.
- La ley señala los procedimientos para la solución pacífica de los conflictos laborales.
- La intervención del Estado sólo procede y es definitorio al acta de acuerdo entre las partes

Artículo 55.-

- La huelga es derecho de los trabajadores se ejerce en la forma que establece la ley. Esta Constitución tenía 16 artículos del 42 al 57, y todo un capítulo referido al derecho laboral.

- CONSTITUCIÓN DE 1993

Es una constitución que tiene una concepción diferente del trabajo. No lo considera como fuente principal de la riqueza.

Artículo 22.- Protección y fomento del empleo. El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

Reconoce menor número de derechos laborales a nivel constitucional.

Artículo 28.-

El Estado reconoce los derechos del sindicato, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve una solución pacífica de los conflictos laborales.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

Los sujetos del derecho colectivo son:

- Asociaciones profesionales.
- Grupo de trabajadores (artículo 47).

- Los delegados (artículo 15).
- Empleador o empleadores (Convenio de la OIT).
- Sindicatos - Federaciones - Confederaciones

110. ¿CUÁL ES LA DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO INDIVIDUAL, EL DERECHO COLECTIVO Y EL DERECHO PROCESAL?

El derecho laboral o del trabajo es uno solo y a manera académica las Facultades de Derecho de las universidades lo han dividido para hacerlo más didáctico y explicativo y de fácil acceso para los estudiantes de derecho.

Es así que en algunas universidades lo han dividido en derecho individual o laboral I, que se enseña en el cuarto ciclo, y luego el derecho colectivo o laboral II que se enseña en el quinto ciclo y posteriormente el derecho procesal, todos ellos se desarrollan en forma sucesiva con lo cual estamos de acuerdo, esta materia no está codificada, ni reglamentada, por lo que es de difícil acceso para los alumnos porque muchas veces no saben que leyes están vigentes o derogadas. El Derecho Laboral o del trabajo se encuentra disperso y no está modificado como otras disciplinas. Últimamente el Ministro de Trabajo está trabajando el código de trabajo y que han surgido críticas porque no se ha discutido en el CNT.

Al derecho laboral se le ha dividido:

- **DERECHO INDIVIDUAL**

Es la relación entre los sujetos por un lado el empleador patrono o principal y el otro el trabajador

Es desigual, es considerado un derecho de inferioridad, algunos tratadistas lo atañen al factor económico, siendo siempre superior el del empleador, además porque goza de las facultades que le da la legislación, como la de dirección, fiscalización y disciplinaria estipulada en el artículo (9) del DS 003-97-TR y el DS 014-2022-TR aunque debemos decir que está no es absoluta, porque puede estar limitada por la negociación colectiva o el Reglamento de Trabajo.

Se persigue eliminar la desigualdad a través de la legislación la que siempre va a proteger a la parte más débil que es el trabajador.

Derecho inminentemente legal, porque emana de las cámaras legislativas.

Como consecuencia de ello el punto de partida es la desigualdad lo que determina su carácter protector

Estudia:

- Contrato de trabajo.
- La remuneración, etc.
- La jornada de trabajo.

- Las vacaciones.
- Las CTS.
- La seguridad social.
- La jubilación

El derecho individual es un derecho eminentemente legislativo, protector y tuitivo, en favor de la parte más débil de la relación contractual que es el trabajador.

• DERECHO COLECTIVO

Es la relación de un grupo de trabajadores con el empleador.

El punto de partida es la igualdad de las partes. El sindicato, la negociación colectiva y se inicia con el pliego de reclamos mediante la cual se solicita mejorar las remuneraciones las condiciones de trabajo concerniente a las relaciones entre trabajadores y empleadores. Art 41 del DS 010-2013TR, artículo 28 del Decreto Supremo 014-2022-TR y el artículo 28 Numeral 2 de la Constitución Política del Perú.

No hay necesidad de establecer muchos mecanismos de protección. Por cuanto la celebran a través de un acta suscrita entre los que representan a los trabajadores y empleadores.

Es un derecho fundamentalmente contractual más que legal.

Las normas de derecho colectivo son fundamentalmente instrumentales porque los acuerdos de las partes deben constar por escrito.

• DERECHO PROCESAL

Es un derecho instrumental: vía de aplicación de los derechos sustantivos.

Confluye tanto en el derecho individual como en el derecho colectivo de trabajo.

Se sustenta en la autonomía del derecho sustantivo (individual y colectivo).

Como derecho sirviente está hecho para facilitar los objetivos del individual y colectivo.

111. ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO COLECTIVO?

Los principios del derecho del trabajo son enunciados básicos que contemplan, abarcan y comprenden una serie indefinida de situaciones.

Los principios sirven para suplir un vacío, inspirar, entender y para suplir un vacío o deficiencia de la ley.

Son reglas rectoras y cumplen 3 funciones:

Informadora.- Inspira al legislador en el ordenamiento jurídico. Sirven en el momento de legislar.

Normativa.- Actúa como fuente supletoria sino hay norma escrita – Inciso 8 del artículo 139, 1er párrafo de la Constitución Política.

“(...) Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. (...)”

Interpretación.- Orienta al Juez al aplicar justicia. Además, sirve como sustento o instrumento para el intérprete

Tipos de principios

- Principios de rango constitucional (Constitución de 1993).
- Principios en la legislación (leyes).
- Principios en el Procedimiento administrativo laboral – Principios en el procedimiento inspectivo (Autoridad Administrativa de Trabajo).
- Principios en el Proceso Laboral (Juez).
- Principios en Proyectos de ley (Ley general del trabajo, ley procesal laboral y proyecto de ley de reforma de la constitución).
- Principios en la jurisprudencia (precedente de observancia obligatoria) – Indecopi.
- Principios en la doctrina.

Los principios del derecho individual, prácticamente son los mismos (teniendo este algunos más), todo está en la aplicación o interpretación del tema tratado, en el individual, será el sujeto uno solo y en el colectivo varios como ya hemos explicado.

112. ¿CUÁL ES LA EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO DE RANGO CONSTITUCIONAL?

EVOLUCION DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO DE RANGO CONSTITUCIONAL				
(Siglo XX)				
1920	1933	PRINCIPIOS	1979	1993
PRINCIPIO PROTECTOR / PRINCIPIO DE CONDICIONES MINIMAS	NEGOCIACION COLECTIVA / REGIMEN DE PARTICIPACION / PROHIBICION DE TODA ESTIPULACION	IRRENUNCIABILIDAD	Art. 57.- los derechos reconocidos a los trabajadores son IRRENUNCIABLES . Su ejercicio está garantizado por la constitución. Todo pacto en contrario es nulo.	Art. 26°.2.-Carácter IRRENUNCIABLE de los derechos reconocidos por la constitución y la ley.
		PROTECTOR	Art. 57.- (...) En la INTERPRETACION O DUDA sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más favorable al trabajador.	26.3 INTERPRETACION FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA INSALVABLE sobre el sentido de una norma.
		IGUALDAD	Art. 2.2.- A LA IGUALDAD ANTE LA LEY, SIN DISCRIMINACION alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma	Art. 2.2.- A LA IGUALDAD ANTE LA LEY. NADIE DEBE SER DISCRIMINADO por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.
			Art. 42° (...) El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el estado, SIN DISCRIMINACION ALGUNA Y DENTRO DE UN REGIMEN DE IGUALDAD DE TRATO	26.1 IGUALDAD DE OPORTUNIDADES SIN DISCRIMINACION
		PRIMACIA DE LA REALIDAD	No menciona	No menciona
AUTONOMIA COLECTIVA	No menciona	No menciona		

Fuente y elaboración: Propia.

113. ¿CUÁL ES LA CLASIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE TRABAJO?

- Principio Protector (tres reglas o sub principios). (Constitución de 1993)
- Principio de irrenunciabilidad de derechos. (Constitución de 1993)
- Principio de igualdad. (Constitución de 1993)
- Primacía de la Realidad. (Proyecto – Constitución)
- Principio de autonomía colectiva. (Proyecto – Constitución)
- Principio de continuidad
- Principio de Razonabilidad
- Principio de Buena Fe

- Principio de Inmediatez
- Principio de tipicidad
- Principio de retroactividad
- Principios de Protección al trabajador
- Principios de la Codesición. - colectivo
- Principios de la defensa de los intereses de la Paz Social - colectivo
- Principio de la autonomía colectiva. - colectivo.

Los principios del derecho laboral tanto individual como colectivo son los mismos, todo está en la forma como se aplica.

Por ejemplo, el principio de Buena fe en el derecho individual: "yo soy docente de una facultad de derecho y un alumno destaca en clase por lo que lo identifico, pasan algunos años y me encuentro con el alumno y le solicito trabajar en mi estudio jurídico y lo contrato en la creencia de que es abogado por haber pasado una gran cantidad de años, le ofrezco el trabajo y el acepta, yo le ofrezco de sueldo S/5000 soles y el acepta. Con el transcurso del tiempo le encargo una audiencia y me dice que no es abogado y no puedo ir. Igual podría darse el caso de que yo cometa mala fe como empleador, que en lugar de pagar los 5000 soles que le ofrecí y le pago 2000 soles, y entonces no estoy actuando de buena fe. Ni él y yo estaríamos dentro del principio de buena fe.

En una negociación colectiva, yo represento a la parte empleadora y para solucionar el pliego de reclamo ofrezco S/. 2000 de aumento. El sindicato me solicita 2 días para dar la respuesta. Llegado los días ellos me aceptan y yo les digo que no ofrecí los S/. 2000, no estoy actuando de buena fe. En el supuesto que el sindicato me había pedido los dos días para pedirme la respuesta y me reciben con una huelga, tampoco están actuando de buena fe.

La OIT (1998) aprueba la declaración relativa a los principios en el trabajo, y cuales forman parte, uno de estos fue el principio protector del trabajo que consiste en proteger a la parte más débil de la relación laboral, que es el trabajador.

Es decir, se hará desde la protección laboral al trabajador y este se aplicará con la emisión de normas a favor del trabajador y los principios para el trabajador como el de irrenunciabilidad de los derechos, la buena fe, la continuidad, la tipicidad, que como ya se ha dicho se aplican al derecho individual y colectivo.

114. ¿CUÁLES SON LAS CLASES DE SINDICATOS?

El artículo 5 del Decreto Ley N° 25593 señala que los sindicatos pueden ser de:

- De empresa

- De gremio
- De actividad
- De oficios varios

Con fecha 24 de julio del 2022 se ha publicado el DS. 014-2022-TR, el que en su artículo cuarto ha modificado el artículo precedente estipulado en la Ley 25593, este artículo refiere a los sindicatos de la siguiente manera: “Los/as trabajadores/as pueden constituir las organizaciones sindicales en cualquier ámbito que estimen conveniente. Estas organizaciones pueden ser:

1. De empresa, formados por trabajadores que presten servicios para un mismo empleador en uno o más centros de trabajo, unidades, áreas o categorías;
2. De grupos de empresas, conforme a lo previsto sobre éstos en el Título Preliminar;
3. De actividad, formados por trabajadores de profesiones, especialidades u oficios diversos de dos (2) o más empresas de la misma rama de actividad, o que concurren en una misma actividad;
4. De gremio, formados por trabajadores de diversas empresas que desempeñan un mismo oficio, profesión o especialidad;
5. De oficios varios, formados por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que trabajen en empresas diversas o de distinta actividad;
6. De cadena productiva o de redes de subcontratación; y,
7. De cualquier otro ámbito que los trabajadores estimen conveniente”.

SOBRE EL SINDICATO DE EMPRESA

1. Está formado por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades.
2. Que presten servicios para un solo empleador.
3. No interesa el trabajo que realicen.
4. Los sindicatos pueden asumir diversas formas de organización.
5. Pueden existir en una empresa pluralidad de sindicatos.
6. Se requiere solo 20 trabajadores para formar, no exige mayoría absoluta.

El artículo 14 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR señala

Artículo 14.- Para constituirse y subsistir los sindicatos deberán afiliarse por lo menos a veinte (20) trabajadores tratándose de sindicatos de empresa; o a cincuenta (50) trabajadores tratándose de sindicatos de otra naturaleza.

El Sindicato de grupo de empresas, está referido a que en el grupo siempre hay uno de mayor envergadura que otro, así como también quieren abarcar a las empresas tercerizadas que trabajan para ella.

115. ¿EN QUÉ CONSISTE EL SINDICATO DE ACTIVIDAD?

Trabajadores de profesiones, actividades u oficios diversos de dos o más empresas, de la misma rama de actividad.

Por ejemplo

- Dos bancos.
- Dos Universidad.
- Dos grifos

116. ¿EN QUÉ CONSISTE EL SINDICATO DE GREMIO?

El artículo 5, literal c, del Decreto Supremo N° 010-2003-TR señala:

1. Formado por trabajadores de diversas empresas que desempeñan un mismo oficio, profesión o especialidad.
2. Hay pocos sindicatos de gremio.

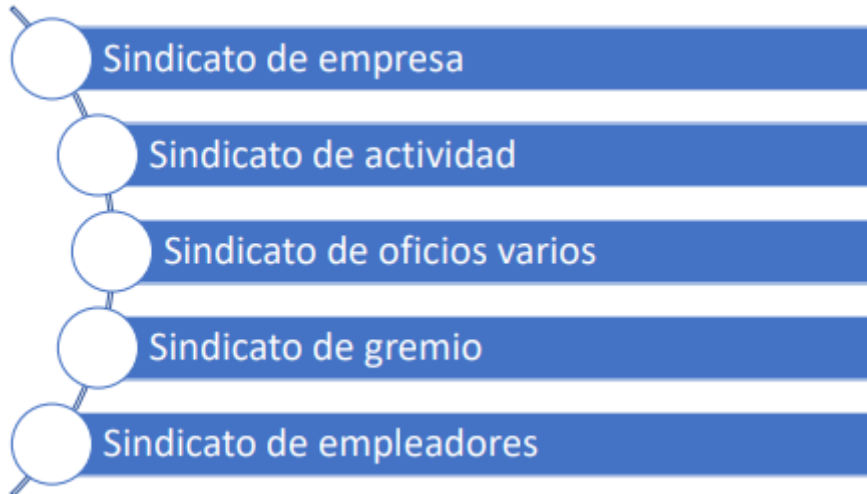
Por ejemplo. Sindicato de Trabajadores Gráficos.

3. Los beneficios del gremio se aplican en función del trabajo realizado.
4. Su desempeño es para una pluralidad de empleo.
5. Se agrupan los trabajadores que realizan actividad de poca difusión

117. ¿EN QUE CONSISTE EL SINDICATO DE OFICIOS VARIOS?

El artículo 5, literal d, del Decreto Supremo N° 010-2003-TR señala:

1. Formado por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades.
2. Que trabajen en empresas diversas o de distinta actividad.
3. Cuando en determinado lugar, provincia o región el número de trabajadores no alcance el mínimo legal necesario para constituir un sindicato.



118. SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES NO DEPENDIENTES

El artículo 6 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR señala:

Artículo 6.- Las organizaciones de trabajadores no dependientes de una relación de trabajo se registrarán por lo dispuesto en la presente norma, en lo que les sea aplicable.

Ejemplo: Caso de trabajadores autónomos (Por ejemplo, ambulantes). En este caso es para defender derechos e intereses frente a quienes no son sus empleadores (Por ejemplo, autoridades municipales).

Hoy con el nuevo Decreto Supremo Nro. 014-2022-TR señala que pueden ser parte del sindicato de la empresa, siendo un contrasentido, toda vez que no cumplen con los elementos del contrato de trabajo, como es la dependencia y subordinación, ni percibe remuneración de la empresa.

119. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE LOS SINDICATOS

El artículo 7 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR señala:

Artículo 7.- Los sindicatos se pueden organizar con alcance local, regional o nacional. En tales casos, para el cumplimiento de sus fines al interior de la empresa, podrán constituir una “sección sindical”.

Sugiero ver el Decreto Supremo 014-2022-TR, en su artículo 21.

120. ¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS DE LA SECCIÓN SINDICAL?

1. Son unidades organizativas de base de los Sindicatos.
2. Carecen de personería jurídica propia.
3. Se convierten en portavoces o interlocutores.
4. La sección sindical ejerce la representación de los trabajadores en el interior de una empresa.
5. La representación de la sección sindical está a cargo de dos delegados elegidos en Asamblea General.

6. Solamente puede haber una sección sindical en cada centro de trabajo,

7. Con fecha 24 de julio se ha publicado el Decreto Supremo 014-2022-TR, en el que su artículo 9 y 10 refieren a la sección sindical y señala: "Artículo 9.- Sección sindical Tratándose de organizaciones sindicales de empresa, cuando ésta cuente con más de un centro de trabajo; de organizaciones sindicales de rama de actividad o gremio; o de cualquier otra organización sindical de ámbito supraempresarial; o de organizaciones de alcance local, regional o nacional; los/as trabajadores/as afiliados podrán constituir una sección sindical en el centro de trabajo en el que laboren, la que ejercerá su representación en el ámbito que corresponda. La relación de la sección sindical con su organización sindical se regula por el estatuto de esta última, no pudiendo asumir los fines y funciones a que se refiere el artículo 8 de la Ley, salvo por delegación expresa. La representación de la sección sindical estará a cargo de dos (02) delegados elegidos, en asamblea de afiliados de la empresa o centro de trabajo, según sea el caso", y el artículo 10 "No podrá constituirse más de una sección sindical por cada organización sindical en cada empresa o centro de trabajo".

121. ¿CÓMO SE GARANTIZA LA LIBERTAD SINDICAL?

- Protección Constitucional.

Artículo 28 de la Constitución de 1993 garantiza la libertad sindical.

- Código Penal.

El artículo 168 del Código Penal.

- La Ley N° 25593

- Ley N° 27912

- Decreto Supremo N° 010-2003-TR

- Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas (Decreto Supremo N° 011-2022-TR).

- Decreto Supremo Nro. 014-2022-TR modifica algunos artículos del Reglamento.

- Tratado OIT 87

- Tratado OIT 98

122. ¿QUÉ SON LAS CLÁUSULAS SINDICALES?

Constituyen mecanismos para condicionar al trabajador a la afiliación sindical o a la abstención de hacerlo

No se aceptan en nuestra legislación por ser contrarios al principio de la libertad sindical.

Las Cláusulas son:

- Sistema de tarjeta o carné

El empleador está obligado a despedir al trabajador que no está afiliado al sindicato.

- Cláusula de exclusividad sindical

Cuando para obtener el trabajo o conservar el puesto que se requiere pertenecer a un sindicato. • Cláusula de preferencia sindical Cuando la ocupación de una plaza de trabajo de preferencia es para los sindicalizados.

- Cláusula de exclusión sindical

Cuando se condiciona la realización del trabajo a que el trabajador no se está sindicalizado.

123. PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL NACIONAL

Artículo 28 de la constitución.

Decreto Supremo 010-2003-TR

Se debe evitar el intervencionismo ya sea estatal o empresarial para neutralizar sus fines.

Dotar a las organizaciones sindicales de la necesaria autonomía para su manejo y conducción.

El sindicato debe estar libre de toda injerencia en especial la económica para evitar dependencia. (Discusión artículo 12 y 27 -28).

El artículo 12 inciso B, señala que el personal de dirección, o el que desempeña cargo de confianza, no forma parte del sindicato.

Formación laboral juvenil, prácticas pre profesional, no tienen facultad de sindicalizarse.

124. ¿CUÁLES SON LAS ETAPAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

El artículo 57 del Decreto Supremo 010-2003-TR señala:

Artículo 57.- La negociación colectiva se realizará en los plazos y oportunidades que las partes acuerden, dentro o fuera de la jornada laboral, y debe iniciarse dentro de los diez (10) días calendario de presentado el pliego.

El empleador o empleadores podrán proponer cláusulas nuevas o sustitutorias de las establecidas en convenciones anteriores.

Sólo es obligatorio levantar actas para consignar los acuerdos adoptados en cada reunión, siendo facultad de las partes dejar constancia de los pedidos u ofertas por ellas formulados.

-Inicio del pliego 10 días calendarios.

-El empleador podrá proponer clausulas nuevas

Primera etapa: Trato directo o negociación directa

-Acta solo se levante si hay algún acuerdo del pliego de reclamos.

-Definición de:

- Plazos acordados entre las partes
- Dentro o fuera de la jornada
- Mixtos parte jornada, parte fuera de horario.

-Reuniones flexibilidad y simplicidad.

-Si se fracasa la negociación colectiva se comunica a la Autoridad de Trabajo.

-Se puede solicitar la segunda etapa.

-Si no la pide puede ser de oficio

Segunda etapa: Conciliación

Como bien lo señala el artículo 59 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR señala:

Artículo 59.- La función conciliatoria estará a cargo de un cuerpo técnico especializado y calificado del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, pudiendo las partes, sin embargo, si así lo acuerdan, encomendársela a personas privadas, caso en el cual deberán remitir a la Autoridad de Trabajo copia de las actas que se levanten.

En uno y otro caso, el procedimiento de conciliación deberá caracterizarse por la flexibilidad y la simplicidad en su desarrollo, debiendo el conciliador desempeñar un papel activo en la promoción del avenimiento entre las partes. Si éstas lo autorizan, el conciliador podrá actuar como mediador, a cuyo efecto, en el momento que lo considere oportuno, presentará una o más propuestas de solución que las partes pueden aceptar o rechazar.

Se realizarán tantas reuniones de conciliación como sean necesarias.

Para la conciliación pueden ser:

1. Autoridad de trabajo.

2. Personal privado

3. Las reuniones deben ser:

-Flexibles

-Simplicidad

4. El conciliador debe tener un papel activo.
5. Reuniones tantas veces necesarias.
6. Principios de oralidad, sencillez, celeridad, lealtad.
7. Puede actuar como mediador y presentador una o dos propuestas de soluciones.

Tercera etapa: Arbitraje o huelga

El artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR señala:

Artículo 61.- Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje.

El artículo 62 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR señala:

Artículo 62.- En el caso del artículo anterior, los trabajadores pueden alternativamente, declarar la huelga conforme a las reglas del artículo 73. Durante el desarrollo de la huelga, las partes o la Autoridad de Trabajo podrán designar un mediador.

La propuesta final que éste formule deberá ponerse en conocimiento de las partes.

Las fórmulas de mediación, en caso de no ser aceptadas por las partes, no comprometerán las decisiones arbitrales ulteriores.

Por Decreto Supremo 014-2022 consigna la obligación de negociar de buena fe, en el 33-A y en el 44-A: “Artículo 33-A.- Desacuerdo sobre el nivel de la negociación colectiva En caso de desacuerdo sobre el nivel de la negociación colectiva, se puede recurrir a la conciliación, la mediación o el arbitraje. Los trabajadores pueden interponer el arbitraje potestativo de conformidad con lo previsto en el artículo 61-A del presente Reglamento”. “Artículo 40-A.- Obligación de negociar de buena fe Las partes están obligadas a negociar de buena fe como interlocutores válidos para la celebración de una convención colectiva. Este deber implica para las partes por lo menos lo siguiente: a) La recepción del pliego de reclamos y el inicio de la negociación colectiva dentro de los diez (10) días calendario de presentado el pliego. b) La entrega oportuna de la información económica, financiera, social y demás pertinente que se establezca en el convenio colectivo, ley, reglamento o que le requiera la Autoridad Administrativa de Trabajo. c) La concurrencia a las reuniones en los lugares y con la frecuencia y periodicidad acordadas. d) La realización de todos los esfuerzos necesarios para la consecución de los acuerdos que pongan fin a la negociación colectiva; y, la abstención de toda acción que pueda resultar lesiva a la contraparte, sin menoscabo del derecho de huelga”.

125. ¿EN QUÉ CONSISTE LA HUELGA?

El artículo 72 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR señala:

Artículo 72.- Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo. Su ejercicio se regula por el presente Texto Único Ordenado y demás normas complementarias y conexas.

-Por primera vez se hace una definición de huelga.

-Por primera vez existe una norma que lo regula.

-Huelga, es la suspensión colectiva de trabajo acordado mayoritariamente:

- Pacífica.
- Voluntaria

-Puede declararse ilegal o improcedente.

La huelga nace como el fracaso de la negociación colectiva, pues al no haberse llegado a un acuerdo o conciliación, los trabajadores podrán optar por el arbitraje o la huelga

Es en ese sentido que se redacta el artículo 61 y 62 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR

Artículo 61.- Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje.

Artículo 62.- En el caso del artículo anterior, los trabajadores pueden alternativamente, declarar la huelga conforme a las reglas del artículo 73. Durante el desarrollo de la huelga, las partes o la Autoridad de Trabajo podrán designar un mediador.

La propuesta final que éste formule deberá ponerse en conocimiento de las partes.

Las fórmulas de mediación, en caso de no ser aceptadas por las partes, no comprometerán las decisiones arbitrales ulteriores.

Sin embargo, durante el desarrollo de la huelga los trabajadores pueden proponer cambiar a un arbitraje, para ello se deberá requerir la aceptación por parte del empleador

Así se ha redactado el artículo 63 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR:

Artículo 63.- Durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador

En ese caso deberá cumplirse con lo establecido en el artículo 64 del Decreto Supremo N° 010-2003:

Artículo 64.- El arbitraje puede estar a cargo de un árbitro unipersonal, un tribunal ad - hoc, una institución representativa, la propia Autoridad de Trabajo, o cualquier otra modalidad que las partes específicamente acuerden, lo que constará en el acta de compromiso arbitral. Si no hubiere acuerdo sobre el órgano arbitral se constituirá de oficio un tribunal tripartito integrado por un árbitro que deberá designar cada parte y un presidente designado por ambos árbitros o, a falta de acuerdo, por la Autoridad de Trabajo.

En ningún caso podrán ser árbitros los abogados, asesores, representantes, apoderados o, en general, las personas que tengan relación con las partes o interés, directo o indirecto, en el resultado.

Las normas procesales serán idénticas para toda forma de arbitraje y estarán regidas por los principios de oralidad, sencillez, celeridad, intermediación y lealtad.

Si el empleador es una empresa comprendida en el ámbito de la Actividad Empresarial del Estado, o se trata de una entidad del Estado cuyos trabajadores se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada, el Reglamento de la presente norma establecerá la forma en que se designará, a falta de acuerdo entre las partes, al presidente del tribunal arbitral. En ningún caso podrá recaer tal designación en la Autoridad de Trabajo.

Con fecha 24 de julio se ha publicado el Decreto Supremo 014-2022-TR el que señala en su artículo 46 “El arbitraje solicitado por los trabajadores, previsto en el artículo 61 de la Ley, procede siempre que ocurra alguna de las causales previstas en el presente Reglamento, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el artículo 62 de la Ley. La Autoridad Administrativa de Trabajo, de ámbito nacional o regional, según corresponda, o la que haga sus veces, del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo por propia iniciativa podrá solicitar en el curso del procedimiento de negociación directa o de conciliación, la información necesaria que le permita dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 56 de la Ley”, asimismo, en su artículo 47 “En el caso contemplado por el artículo 63 de la Ley, los trabajadores o sus representantes podrán proponer por escrito al empleador el sometimiento del diferendo a arbitraje, requiriéndose la aceptación escrita de éste. Si el empleador no diera respuesta por escrito a la propuesta de los trabajadores en el término del tercer día hábil de recibida aquélla, se tendrá por aceptada dicha propuesta, en cuyo caso se aplicarán las normas relativas al procedimiento arbitral”, y en su artículo 59 “La impugnación judicial del laudo arbitral que prevé el artículo 66 de la Ley deberá realizarse de conformidad con lo establecido en las normas procesales vigentes, y no suspende la ejecución del laudo arbitral, salvo resolución del Poder Judicial”, y en el artículo 61-A “Los trabajadores tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo, ocurridos los siguientes supuestos: a) Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido, habiéndose convocado al menos seis (6) reuniones de trato directo o de conciliación, o transcurridos tres (3) meses desde el inicio de la negociación; o, b) Cuando durante la negociación se adviertan actos de mala fe del empleador que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo”, y en el artículo 70 “Cuando la huelga sea declarada, observando los requisitos legales, todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito deberán abstenerse de laborar, no pudiendo pactarse en contrario. La abstención no alcanza al personal indispensable para la empresa a que se refiere el artículo 78 de la Ley, al personal de dirección y de confianza debidamente calificado y siempre que no estuviese comprendido en el ámbito de la huelga, así como el personal de los servicios públicos esenciales que debe garantizar la continuidad de servicio. El empleador no podrá utilizar personal de reemplazo, de manera directa o indirecta, para realizar las actividades de los trabajadores en huelga ni mantener activos los procesos o actividades afectadas por esta. El empleador se encuentra prohibido de facilitar el acceso a sus labores al personal comprendido en el ámbito de la huelga y, en general, de realizar cualquier acto que impida u obstruya el libre ejercicio de la huelga. La Autoridad Administrativa de Trabajo resuelve la procedencia y la legalidad de la huelga, regulados en los artículos 73 y 84 de la Ley, atendiendo a la Constitución Política del Perú, a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado peruano, a los Convenios Internacionales del Trabajo, a

la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y al deber de fomento de la negociación colectiva, para garantizar el ejercicio del derecho de huelga”, y 71 “La declaratoria de ilegalidad de la huelga de los servidores civiles solo puede ser efectuada por el Titular del Sector o Jefe de Pliego correspondiente, luego de que la Autoridad Administrativa de Trabajo determine su improcedencia por resolución, de corresponder. Para la calificación de la ilegalidad de la huelga, cuando ésta se lleva a cabo el nivel local o regional, el Titular del Sector o Jefe de Pliego correspondiente, podrá delegar dicha facultad”, y finalmente en sus artículos 65 y 55: “Artículo 65.- Comunicación de la declaración de huelga La comunicación de la declaración de huelga a que alude el inciso c) del artículo 73 de la Ley, se sujeta a los siguientes requisitos: a) Comunicación dirigida a la Autoridad Administrativa de Trabajo, con una anticipación de cinco (5) días hábiles o de diez (10) días hábiles tratándose de servicios públicos esenciales, señalando el ámbito de la huelga, el motivo, su duración, el día y hora fijados para su iniciación. En la comunicación debe constar la declaración jurada del Secretario General de la organización sindical de que la decisión se ha adoptado cumpliéndose con los requisitos señalados en el inciso b del artículo 73 de la Ley. Asimismo, tratándose de servicios públicos esenciales o de labores indispensables, debe indicarse la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando. b) Copia simple del acta de votación. c) Copia simple del acta de la asamblea. El presente procedimiento administrativo es de evaluación previa con silencio positivo. La Autoridad Administrativa de Trabajo cuenta con tres (3) días hábiles para emitir pronunciamiento, computados desde la presentación de la comunicación”. “Artículo 55.- Resolución de la controversia (...) Al hacerse cargo de su gestión, el árbitro o Tribunal Arbitral recibirá de la Autoridad Administrativa de Trabajo el expediente de negociación colectiva existente en su Repartición, incluyendo, si lo hubiera, la valorización del pliego de peticiones y dictamen económico laboral de la empresa, los que deberán ser considerados por el árbitro o el Tribunal al momento de resolver. En la tramitación, en los términos y modo de proceder y demás diligencias, el árbitro o Tribunal Arbitral procederá de oficio, cuidando que se observen los principios de oralidad, sencillez, intermediación y lealtad a que se refiere el artículo 64 de la Ley. La suspensión del plazo de treinta (30) días naturales solo procede en casos excepcionales de impedimento comprobado del Tribunal de proseguir con el procedimiento y requiere la aceptación de las partes en la negociación colectiva. El Tribunal Arbitral evalúa la resolución de la controversia atendiendo a la Constitución Política del Perú, a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado peruano, a los Convenios Internacionales del Trabajo, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al deber de fomento de la negociación colectiva, en particular, en ámbitos superiores al de empresa, con el objeto de fortalecer la negociación colectiva con un mayor nivel de alcance”.

126. LA HUELGA

La huelga cuenta con las siguientes características:

- Es la suspensión colectiva del trabajo
- Acordada mayoritariamente.
- Realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores
- Con abandono del centro de trabajo.

Comentario

1. Por primera vez se hace una definición de huelga.

2. Por primera vez existe una norma que lo regula.

3. Huelga, es la suspensión colectiva de trabajo acordado mayoritariamente:

-Pacífica

-Voluntaria

4. Puede declarar ilegal o improcedente.

5. Suspensión Colectiva del trabajo

Implica el acuerdo mayoritario de los trabajadores de abstenerse a laborar. No concurrencia al Centro de Trabajo.

6. Acordada Mayoritariamente.

Esto es por la mitad más uno de los trabajadores.

7. Realizada Voluntariamente

El carácter voluntario se da por el hecho que su realización debe ser votada por la mayoría de los trabajadores.

Es decir, se impone la voluntad de las partes.

8. Carácter pacífico de la huelga

-Es una característica fundamental

-Si es violenta se convierte de inmediato en ilegal

• Personas

• Cosas

Abandono del centro de trabajo

El artículo 79 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR señala:

Artículo 79.- La huelga debe desarrollarse necesariamente en forma pacífica, sin recurrir a ningún tipo de violencia sobre personas o bienes.

Para que pueda declararse la huelga se requiere:

Artículo 73.- Para la declaración de huelga se requiere:

a) Que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos.

b) Que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos y que en todo caso representen la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito.

El acta de asamblea deberá ser refrendada por Notario Público o, a falta de éste, por el Juez de Paz de la localidad.

Tratándose de sindicatos de actividad o gremio cuya asamblea esté conformada por delegados, la decisión será adoptada en asamblea convocada expresamente y ratificada por las bases.

c) Que sea comunicada al empleador y a la Autoridad de Trabajo, por lo menos con cinco (5) días útiles de antelación o con diez (10) tratándose de servicios públicos esenciales, acompañando copia del acta de votación.

d) Que la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje.

Afirma Varela (2016) con certeza sobre el acuerdo de huelga:

El acuerdo de huelga, será adoptado por más de la mitad de los trabajadores que laboran en la empresa, o en la categoría, sección o establecimiento determinado de aquélla, según el caso, se encuentren o no afiliados a la organización sindical, con exclusión en la votación para el acuerdo de la huelga de los trabajadores de dirección y de confianza.

La comunicación de la declaración de huelga se sujetará a las siguientes normas:

- a) Debe ser remitida por lo menos con cinco (05) días hábiles de antelación, o con diez (10) días hábiles tratándose de servicios públicos esenciales, adjuntando copia del acta de votación;
- b) Adjuntar copia del acta de la asamblea refrendada por Notario Público, o a falta de éste por Juez de Paz de la localidad;
- c) Adjuntar la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando, tratándose de servicios esenciales
- d) Especificar el ámbito de la huelga, el motivo, su duración y el día y hora fijados para su iniciación; y,
- e) Declaración Jurada de la Junta Directiva del Sindicato de que la decisión se ha adoptado cumpliéndose para la declaración de la huelga.

Recomiendo ver la consulta anterior, así como leer el DS. 014-2022-TR, y el comentario que hicimos.

127. ¿CUÁLES SON LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA HUELGA?

Artículo 82.- Cuando la huelga afecte los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables, los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan.

Anualmente y durante el primer trimestre, las empresas que prestan estos servicios esenciales, comunicarán a sus trabajadores u organizaciones sindicales que los representan y a la Autoridad de Trabajo, el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios, los horarios y turnos que deben cumplir, así como la periodicidad en que deben producirse los respectivos reemplazos. La indicada comunicación tiene por objeto que los trabajadores u organización sindical que los represente cumpla con proporcionar la nómina respectiva cuando se produzca la huelga. Los trabajadores que sin causa justificada dejen de cumplir el servicio, serán sancionados de acuerdo a Ley. Los casos de divergencia sobre el número y ocupación de los trabajadores que deben figurar en la relación señalada en este artículo serán resueltos por la Autoridad de Trabajo

Para ello debe conocerse a que se denomina servicio público, así se tiene que el artículo 83 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR señala:

Artículo 83.- Son servicios públicos esenciales:

- a) Los sanitarios y de salubridad.
- b) Los de limpieza y saneamiento.
- c) Los de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible.
- d) Los de sepelio, y los de inhumaciones y necropsias.
- e) Los de establecimientos penales.
- f) Los de comunicaciones y telecomunicaciones.
- g) Los de transporte.
- h) Los de naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa o seguridad nacional.
- i) Los de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- j) Otros que sean determinados por Ley

El Decreto Supremo 014-2022-TR señala:

“Artículo 67.- Comunicación de servicios mínimos En el caso de servicios públicos esenciales o de las labores indispensables previstas en el Artículo 78 de la Ley, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 82 de la misma, las empresas o entidades comunican en el mes de enero de cada año a sus trabajadores u organización sindical y a la Autoridad Administrativa de Trabajo, el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios mínimos, los horarios y turnos, la periodicidad y la oportunidad en que deban iniciarse los servicios mínimos por cada puesto. Las empresas o entidades deben incluir en su comunicación un informe técnico que justifique la cantidad de trabajadores por puestos, los horarios, turnos, periodicidad y la oportunidad en que debe realizarse los servicios mínimos. En caso de servicios públicos esenciales, dicha comunicación debe justificarse en la preservación de la seguridad, la salud, la vida o el sostenimiento de las condiciones normales de

existencia de toda o parte de la población. Cuando se trate de labores indispensables, la comunicación deberá contemplar los siguientes requisitos: i. Limitar las labores indispensables a lo estrictamente necesario. ii. Brindar un detalle claro sobre la estructura y funcionamiento de la empresa. iii. Motivar adecuadamente la propuesta de servicios mínimos en virtud de la seguridad de los trabajadores y ciudadanos que se encuentran en las instalaciones de la empresa; o, en función a que la paralización del servicio originada por la huelga impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa". "Artículo 68.- Divergencia sobre servicios mínimos En caso de divergencia frente a la comunicación que cumpla con lo establecido en el artículo 67 del Reglamento, los trabajadores u organización sindical deben presentar a la Autoridad Administrativa de Trabajo, en un plazo no mayor de treinta (30) días naturales de comunicados los servicios mínimos por su empleador, un informe con sus observaciones justificadas respecto al número de trabajadores, puestos, horarios, turnos, periodicidad u oportunidad de inicio que haya comunicado la empresa o entidad. Para la resolución de la divergencia, la Autoridad Administrativa de Trabajo cuenta con treinta (30) días hábiles para resolver. Para ello, puede contar con el apoyo de un órgano independiente, el mismo que es designado en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles computados desde la presentación de la divergencia. El periodo entre la designación y aceptación del órgano independiente suspende el plazo con el que cuenta la Autoridad Administrativa de Trabajo para resolver la divergencia. En caso se cumpla el plazo máximo para resolver la divergencia, los trabajadores u organizaciones sindicales tienen que presumir la existencia de una resolución ficta denegatoria, encontrándose facultados para interponer los recursos administrativos pertinentes en uso o aplicación del silencio administrativo negativo. Las partes pueden interponer recurso de apelación contra la resolución que resuelva la divergencia dentro de los quince (15) días hábiles de notificada. La Autoridad Administrativa de Trabajo, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, traslada el recurso al órgano independiente cuando las observaciones estén referidas al sustento técnico". "Artículo 68-A.- Trámite de la divergencia sobre servicios mínimos El órgano independiente debe comunicar si acepta o no tal designación en un plazo máximo de diez (10) días hábiles luego de notificada la misma. Transcurrido dicho plazo sin respuesta expresa, la Autoridad Administrativa de Trabajo, por única vez, designa a otro órgano o resuelve la divergencia. Una vez aceptada la designación, el órgano independiente debe determinar los servicios mínimos en un plazo máximo de quince (15) días hábiles. La Autoridad Administrativa de Trabajo resuelve sobre la base del informe del órgano independiente, del informe técnico presentado por el empleador y de las observaciones o de los informes que presenten los trabajadores u organización sindical, pudiendo solicitar el apoyo de la Autoridad Inspectiva de Trabajo u otras entidades. Las partes están obligadas a facilitar al órgano independiente o a la Autoridad Administrativa de Trabajo la información que requieran, así como permitir el ingreso a sus instalaciones. La negativa del empleador a otorgar estas facilidades supone que el órgano independiente o la Autoridad Administrativa de Trabajo puedan efectuar presunciones en contra de la postura del empleador. Mientras no se resuelva la divergencia, en caso de huelga, se considera el siguiente orden de prelación: i. Para el caso de servicios públicos esenciales: en primer lugar, los acuerdos previos sobre servicios mínimos; en segundo lugar, la resolución de una divergencia anterior en aquellos aspectos que no hayan variado sustancialmente; en defecto de todo lo anterior, surtirá efecto la declaración realizada por el empleador conforme a lo establecido en su informe técnico. ii. Para el caso de labores indispensables: en primer lugar, los acuerdos previos sobre servicios mínimos; en segundo lugar, la resolución de una divergencia anterior en aquellos aspectos que no hayan variado sustancialmente; en defecto de todo lo anterior, la Autoridad Administrativa de Trabajo aplicará el principio de buena fe y razonabilidad tomando de referencia la declaración realizada por el empleador, conforme a lo establecido en su informe técnico".

Asimismo, el artículo 67-A, el artículo 67.A.1, el artículo 67-A.2, y el artículo 4: “Si el empleador no presenta la comunicación señalada en el artículo anterior, en caso de huelga la Autoridad Administrativa de Trabajo califica el cumplimiento del requisito establecido en el literal c) del artículo 65° de este Reglamento, según el siguiente orden de prelación: 67-A.1. Para los servicios públicos esenciales: i. En primer lugar, el acuerdo de partes; ii. En segundo lugar, la resolución de divergencia del año inmediatamente anterior; iii. En tercer lugar, la comunicación de servicios mínimos del empleador del año inmediatamente anterior; iv. En defecto de todo lo anterior, los estándares internacionales de derechos humanos sobre la garantía debida de la vida, seguridad y salud de toda o parte de la población. 67-A.2. Para las labores indispensables: i. En primer lugar, el acuerdo de partes; ii. En segundo lugar, la resolución de divergencia del año inmediatamente anterior; iii. En defecto de todo lo anterior, la nómina presentada por el Sindicato de conformidad con las pautas de la buena fe y razonabilidad”. Artículo 4.- Normativa complementaria En el marco de sus competencias, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo aprueba mediante Resolución Ministerial las normas complementarias que se requieran para la mejor aplicación del presente Decreto Supremo.”

128. ¿EN QUÉ CONSISTE UN PACTO DE PERMANENCIA?

Un pacto de permanencia es un acuerdo entre trabajador y empresario por el cual el empleado se compromete voluntariamente a permanecer en la empresa el tiempo que se establezca en el pacto.

Este compromiso conlleva también una limitación de su derecho a dimitir o a solicitar una excedencia voluntaria mientras esté vigente el pacto.

Con esta modalidad de pacto el empresario se asegura de que su inversión en la formación y especialización de sus trabajadores le será rentable y le da la posibilidad de retener al trabajador a su servicio.

Estos pactos suelen ser más comunes en sectores como las nuevas tecnologías o la informática ya que requieren un alto grado de especialización y una renovación continua de los trabajadores.

Resulta evidente que estos Pactos de Permanencia limitan el derecho del trabajador a la libre elección de profesión y oficio que proclama el artículo 35 de la Constitución Española. Ocurre de igual manera con otros tipos de pactos como los de no competencia o los de plena dedicación. Para evitar que esto cause un agravio en el empleado se exigen unos requisitos legales y jurisdiccionales, de manera que se asegure que las restricciones que va a sufrir el trabajador resulten razonables y no desmesuradas ni opresivas.

De querer realizar algún tipo de acuerdo, en Internet se pueden encontrar diferentes plantillas en las que solo hay que rellenar determinados datos respecto al trabajador y el empresario; además de las características particulares de cada pacto.

129. ¿CUÁNDO PUEDE REALIZARSE UN PACTO DE PERMANENCIA?

Puede incluirse en el contrato de trabajo, o bien ser un pacto posterior a este, es decir, puede pactarse en cualquier momento durante la vigencia de la relación laboral entre las partes. No puede imponerse su

firma al trabajador, aunque es cierto que el empresario tiene libertad para condicionar la contratación de un empleado a la firma de este pacto o a prescindir de él si se negase a llegar a un acuerdo.

Puede hacerse en un contrato indefinido, en uno temporal o, incluso, en uno de prácticas siempre que se respeten todos los requisitos.

Deben concurrir en estos casos unos requisitos de proporcionalidad y un equilibrio de intereses de las partes, por ejemplo, que los gastos corran efectivamente a cargo del empresario o que el coste de la formación y el montante de la indemnización, en caso de incumplimiento del trabajador, sean proporcionales.

No se puede incluir en todos los contratos de trabajo cuando el empresario ofrece a sus trabajadores cursos de formación de manera genérica, sino que la formación debe estar dirigida a proyectos concretos y trabajos específicos que la empresa esté planeando llevar a cabo.

Es indiferente la duración de la formación y no será válida si está subvencionada por organismos públicos u otros que sean ajenos a la empresa y que, por lo tanto, no suponga coste alguno para el empresario.

130. ¿CUÁLES SON LOS REQUISITOS DE UN PACTO DE PERMANENCIA?

Siempre debe hacerse por escrito, de hecho, aunque se pruebe la existencia del pacto de permanencia, no será lícito si no consta en un documento.

Tendrá una duración máxima de dos años. En caso de que se pacte un plazo superior hay que recordar que solo se considerará válido durante los dos primeros años.

Su plazo de validez deberá comenzar a contar a partir del día que el trabajador acaba su formación y, así, poder poner en práctica lo aprendido dentro de la empresa, de lo contrario se podría considerar como un acuerdo abusivo.

En un pacto de permanencia no caben las imposiciones, por lo que el empresario no puede obligar al asalariado a firmar un pacto de tal envergadura. Se trata de un acuerdo consensuado y bilateral en el que las dos partes obtienen su contraprestación: el trabajador obtiene formación o especialización profesional y el empresario consigue trabajadores cualificados. También está prohibido establecerlo por convenio colectivo.

Este tipo de pactos se vinculan a una formación o especialización extraordinaria, asociada normalmente a la realización de un proyecto o un trabajo especial y específico. En concreto, los requisitos para que sea considerada una auténtica especialización son: que signifique un plus de cualificación relacionada con su puesto en la empresa y sus funciones que desarrolla, que aporte al trabajador más capacidades, que contribuya a darle una mayor probabilidad de colocación futura y que al empresario realmente le perjudique perder al trabajador especializado antes de rentabilizar su inversión.

Por estas razones, el valor económico total de la formación recibida será un elemento fundamental para distinguir si es una especialización extraordinaria o no. Además, la responsabilidad de probar este hecho será siempre del empresario.

Hay que añadir que dicha formación o especialización debe ser costeada totalmente por parte de la empresa. Además, no puede tratarse de los cursos de formación que se proporcionan a los recién contratados para darles las instrucciones necesarias cuando se incorporan a un nuevo puesto de trabajo, ni cursos de idiomas, ni de informática.

De faltar alguno de estos requisitos recogidos expresamente en el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores, el pacto será nulo, pues no respeta los mínimos legales considerados necesarios para que estos pactos sean justos y equitativos. De hecho, según la jurisprudencia existente, toda restricción contractual que se haga a los derechos de los trabajadores deberá estar perfectamente argumentada de modo que este tipo de pactos u otros no supongan una disminución injustificada de estos derechos.

131. ¿QUÉ OCURRE SI EL TRABAJADOR INCUMPLE EL PACTO DE PERMANENCIA?

El incumplimiento del pacto de permanencia por parte del trabajador da lugar al derecho del empresario a recibir una indemnización por los daños y perjuicios que se le causen. Lo más normal, es la capacitación al trabajador sea pagado por el empleador, y que perciba su remuneración sin trabajar, mientras recibe la capacitación.

Lo más frecuente es que la cuantía de dicha indemnización se establezca en el pacto de permanencia con la idea de evitar problemas futuros. De no ser así, su cuantificación puede resultar muy problemática. Para resolverlo, la primera opción será lograr un acuerdo entre el trabajador y la empresa y, en su defecto, se acudirá a un juez. Este tendrá en cuenta el coste total de la formación recibida, los gastos asociados a ella, la dificultad de sustituir al trabajador, el tiempo que falta para que el plazo acordado en el pacto finalice y el daño que puede causar a la empresa que este trabajador trabaje para la competencia.

En ningún caso, la indemnización puede afectar a los salarios que el trabajador ya ha recibido.

La tendencia de los tribunales viene siendo fijar una indemnización en función del número de días en que el trabajador ha cesado antes de que finalizase el plazo.

Es importante diferenciar lo que supondría un incumplimiento del pacto de permanencia y lo que no. El empleado podrá irse de la empresa de manera unilateral en caso de traslado, de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, a través de la solicitud del Estatuto de los Trabajadores, para la resolución del contrato por incumplimiento empresarial grave.

Tampoco incumplirá el contrato si se acuerda por ambas partes suspenderlo o si acontece alguna de las causas de resolución recogidas en el pacto de permanencia, en caso de que se haya recogido alguna.

Sí incumplirá el pacto de permanencia que el trabajador dimita de su puesto de trabajo, que provoque su despido o pida una excedencia voluntaria mientras esté vigente. La inobservancia de este acuerdo por

parte del empleado implicará para él, en la mayoría de las ocasiones, un desembolso considerable ya que, al constar por escrito el pacto, es bastante sencillo exigir su cumplimiento total.

Es una de las figuras jurídicas más sencillas que podemos encontrarnos en el ordenamiento jurídico español, puesto que sus requisitos son claros y no demasiado numerosos. A pesar de ello, es cierto que hay que tener en cuenta muchos factores para confirmar que cumple con las leyes vigentes. Nunca hay que dar nada por hecho cuando se habla de contratos y pactos. Tanto para los trabajadores como para los empresarios, lo más recomendable es dejarlo todo lo más claro posible, despejar todas las dudas y fijarlo todo por escrito para que quede completamente definido. Los acuerdos deben quedar patentes sobre el papel. De esta forma, será más fácil salvaguardar su cumplimiento por todas las partes y proteger los respectivos derechos en el caso de que surja algún conflicto.

132. ¿CUÁL ES LA DIFERENCIA ENTRE JORNADA DE TRABAJO Y HORARIO DE TRABAJO?

Según la Casación Laboral N° 13768-2016, Lambayeque de la Corte Suprema de Justicia de la República, de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria del 10 de octubre de 2017.

SOBRE LA JORNADA DE TRABAJO:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25° de la Constitución Política del Perú, la jornada de trabajo es de ocho (08) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo, y que, en caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. Dicha disposición resulta conforme con lo previsto en el artículo 1° del cuestionado Decreto Legislativo N° 854, en cuanto señala que: “la jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo”, pudiéndose establecer por ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada menor a las máximas ordinarias.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que al constituir la jornada de trabajo un derecho fundamental, debe ser interpretado de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados, acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según los tratados de los que el Perú es parte, de conformidad con lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres y V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En ese marco interpretativo, resulta pertinente anotar que el artículo 24° de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene el derecho a una limitación razonable de la duración del trabajo y el artículo 2 del Convenio N° 1 (año mil novecientos diecinueve) sobre horas de trabajo, expedido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dispone que la jornada laboral en empresas públicas o privadas, cualquiera sea su naturaleza, no podrá exceder de ocho (08) horas diarias y de cuarenta y ocho (48) horas por semana, éste último Convenio Internacional aprobado por el Estado peruano, mediante Resolución Legislativa N° 10195, de fecha veintitrés de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco.

HORARIO DE TRABAJO:

Al respecto, es preciso indicar que el horario de trabajo “(...) representa el periodo “temporal” durante el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador para la prestación de sus servicios y, evidentemente, este lapso no podrá ser mayor a la jornada legal. De esta manera, el horario comprende desde el ingreso hasta la salida del trabajador del puesto o centro de trabajo.”

A partir de ello podemos decir que el horario de trabajo representa el periodo temporal durante el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador para la prestación de sus servicios, el cual comprende desde el ingreso hasta la salida del trabajador del puesto o centro de trabajo, el cual incluye al tiempo de refrigerio, sin que esta pueda ser mayor a la jornada legal, siendo además facultad del empleador el establecimiento del horario de trabajo correspondiendo a este último “(...) dar a conocer por medio de carteles colocados en un sitio visible de su establecimiento o por cualquier otro medio adecuado, las horas en que se inicia y culmina la jornada de trabajo (...)

Cabe precisar que la jornada y horario de trabajo vienen a constituir elementos de especial importancia en el marco de una relación laboral, incidiendo directamente en ella.

133. ¿LA ENTREGA DE BONO ES CONDICIÓN DE TRABAJO, PARA EVITAR EL DESCUENTO DEL IMPUESTO A LA RENTA?

1. Cualquier ingreso de dinero que perciba un trabajador, sea cual fuera la denominación que se le dé (bono, gratificación extraordinaria etc.), si es de libre disposición del trabajador dicha sumas entregadas, será considerado remunerativo y afecto al pago de las cargas sociales correspondientes, así como al pago del impuesto a la renta.

Es decir, los ingresos obtenidos por el trabajo personal prestado en relación de dependencia, tales como sueldos, salarios, asignaciones, gratificaciones, bonificaciones, aguinaldos, comisiones, compensaciones en dinero o en especie, gastos de representación y, en general, toda retribución por servicios personales, que sea de libre disposición del trabajador, va generar el correspondiente pago del impuesto a la renta.

2. Con relación al otorgamiento de condiciones de trabajo (movilidad, gasolina, alimentación, otros) por parte de la empresa al trabajador, que resulten indispensables, para viabilizar el desarrollo de la actividad laboral en la empresa, deberá tenerse en cuenta que, razonablemente dichas condiciones de trabajo, cumplan con tal objeto y no constituyan un beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador, es decir que, no constituyan sumas de dinero entregadas, que por su monto, revelen el propósito de evadir el impuesto, el monto debe ser razonable y proporcional al servicio.

En conclusión: Si la empresa decide otorgar determinadas condiciones de trabajo (movilidad, gasolina, educación, vestuario, etc.), para que no sea considerado remuneración y por tanto no afecto al pago del impuesto a la renta, estas sumas de dinero entregadas, no podrán ser de libre disposición del trabajador.

Si la empresa decide entregar dichos beneficios no remunerativos (condiciones de trabajo), como movilidad, gasolina, viáticos, refrigerio, deberá tener en cuenta lo siguiente, según los criterios establecido por la Corte Suprema:

- Con respecto al concepto a la movilidad, indicó que será remunerativo si es que el monto entregado es irrazonable, es decir, que excede el costo de dicho traslado o se perciba sin estar sujeto a la condición de asistir al centro de trabajo. Así, respecto a la razonabilidad del concepto por movilidad, la Corte Suprema indicó que la trabajadora estuvo percibiendo la suma de S/.198.00 ($198.00/26 = 7.62$), lo que equivale a S/. 7.62 diarios, monto que va más allá, según la Corte Suprema, de lo que se necesita razonablemente para trasladarse al centro de trabajo en transporte público.
- Sobre el concepto de alimentación, la Corte Suprema, determinó que será remunerativo, si es otorgado sin estar condicionado a la prestación de servicios que brinda el trabajador, constituyendo una ventaja patrimonial.
- Asignación por educación, indicó que será de naturaleza remunerativa, si el monto entregado es irrazonable, y no sea ocasional su otorgamiento, sino permanente.
- Para la materialización de dichas condiciones de trabajo, deberá suscribirse un convenio individual con los trabajadores, donde se establezca entre otras obligaciones, que dichos beneficios no son de libre disposición del trabajador, debiendo dar cuenta de los gastos incurridos, pudiendo constituir falta grave por utilización indebida o apropiación de bienes de la empresa conforme lo dispone el inciso c) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral), y la empresa lleve un control de ellos.

Como se podrá advertir, el otorgamiento de condiciones de trabajo, puede resultar contingente si no se cumplen con las pautas indicadas.

En conclusión, como lo hemos señalado al inicio, que cualquier ingreso de dinero que perciba un trabajador, sea cual fuera la denominación que se le dé (bono, gratificación extraordinaria etc.), si es de libre disposición del trabajador dicha sumas entregadas, será considerado remunerativo y afecto al pago del impuesto a la renta. Y en el caso que la empresa decida el otorgamiento de condiciones de trabajo, deberá tenerse en cuenta las pautas indicadas, con la finalidad que las condiciones de trabajo que se otorguen al trabajador, no se desnaturalicen y sea considerado para todos los efectos, dicha suma entregada, como parte de la remuneración y al pago del impuesto a la renta.

Asimismo, se deberá tener en cuenta que, cualquier beneficio en dinero o especie (bono, gratificaciones extraordinarias) que se otorgue al trabajador en forma permanente, será considerado remunerativo.

134. ¿CUÁNDO EXISTE FALTA GRAVE?

Respecto de un trabajador contratado a plazo indeterminado sujeto a modalidad con funciones básicas, donde la empresa ha decidido estandarizar los puestos de trabajo y actualizar sus funciones; y siendo

que dicho trabajador no acepta el cambio de funciones, se consulta que opciones tiene la empresa respecto a esta situación.

Al respecto, la Corte Suprema en la sentencia casatoria laboral N° 8283-2012-Callao, ha desarrollado el criterio que, el empleador podrá realizar cambios en las funciones asignadas a su personal, siempre que se sustenten en criterios de razonabilidad y cuando sea necesario para llevar a cabo la reestructuración de la empresa.

Es decir, el empleador tiene la facultad de reglamentación y organización de la empresa, que implica no solo la libertad de establecer las condiciones de trabajo que estime conveniente, sino que incluye la potestad de realizar cambios en la asignación de roles y funciones de sus trabajadores con el devenir del tiempo, ello en atribución al poder de dirección previsto en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Así, el llamado poder de dirección que detenta el empleador, le otorga el poder de modificar la ejecución del contrato cuando es de duración larga o indefinida, para ir adaptando sus prestaciones a las necesidades mudables del trabajo que debe ser prestado, a los cambios estructurales y organizativos de la empresa, a los tecnológicos y a los cambios o perfeccionamientos en la cualificación profesional del trabajador.

Estando a lo señalado, podemos concluir lo siguiente:

1. El artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que regula el poder de dirección de la empresa, habilita a la compañía a incluir cambios en las relaciones laborales, siempre y cuando existan motivos objetivos derivados de la propia marcha de la empresa; siendo la justificación en el presente caso, el proceso de estandarización de puestos que ha implicado una nueva denominación de los puestos de trabajo y de las funciones a ejecutar.
2. Asimismo, se advierte de la lectura de las nuevas funciones, estas persiguen un fin lícito relacionado con la necesidad del empleador, no afectando la dignidad del trabajador.
3. Asimismo, dicho cambio en la nomenclatura del puesto, no puede suponer la rebaja remunerativa o de categoría del trabajador, ni la afectación de alguno de sus derechos, ni tampoco el incremento del horario de trabajo.
4. Es importante señalar que, conforme lo dispone el artículo 52° de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, el empleador tiene la obligación de transmitir los conocimientos necesarios en relación con los riesgos en el centro de trabajo y en el puesto o función específica, así como las medidas de protección y prevención aplicables a tales riesgos, de ser el caso.
5. Para materializar dicho proceso de asignación de nuevas funciones del trabajador, la empresa deberá cursarle una notificación en donde se precise que al amparo de lo establecido en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, , indicarle sus funciones acordes con el proceso de estandarización de puestos, teniendo además en cuenta su experiencia al interior de la compañía.

Si el trabajador se negara a cumplir con dichas funciones, la empresa deberá cursar una comunicación de llamada de atención, por incumplimiento de funciones y resistencia a cumplir las órdenes del empleador.

Asimismo, para que constituya falta grave dicho incumplimiento de funciones, pasible de despido, las llamadas de atención vía notificación al trabajador, deben ser reiteradas. En la segunda y/o tercera llamada de atención, debe indicársele que la falta grave en que está incurriendo, se encuentra prevista en el literal a) del artículo 25 del D.S. N° 003-97-TR que dispone:

Artículo 25° Son faltas graves: El incumplimiento de obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las ordenes relacionada con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores...(..)

Si el trabajador, a pesar de que se le ha reiterado el cumplimiento de funciones y hace caso omiso, el empleador podrá dar inicio al procedimiento de despido previsto en el artículo 30° del D.S. N° 003-97-TR., notificándole la carta de pre aviso de despido imputándoles las faltas incurridas, otorgándole un plazo de 6 días para que con su respuesta o sin ella, el empleador tome la decisión de despedir por incumplimiento de las obligaciones y la reiterada resistencia a las órdenes relacionada con las labores encomendadas.

135. ¿QUÉ ES LA JORNADA DE TRABAJO?

Se nos consulta si en el caso de trabajadores operarios, que realizan su labor fuera del centro de labor, es posible considerar la hora del término de la jornada de trabajo, el que se indica en la orden, de tal forma que, el traslado al centro de trabajo luego de culminado las labores de campo, no sea considerado como trabajo en sobretiempo, en la medida que, culminada la jornada a las 6 de la tarde aproximadamente, el regreso a la base toma 2 horas, generándose horas extras al momento que el trabajador marca el registro de control de asistencia y de salida en el centro de labor.

Al respecto, el literal c) del artículo 10° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR, Reglamento del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, señala lo siguiente:

"Artículo 10.- Para efectos del Artículo 5 de la Ley se considera como:

c) Trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata, aquellos trabajadores que realizan sus labores o parte de ellas sin supervisión inmediata del empleador, o que lo hacen parcial o totalmente fuera del centro de trabajo, acudiendo a él para dar cuenta de su trabajo y realizar las coordinaciones pertinentes".

Conforme al dispositivo señalado, los trabajadores que realizan sus labores parcial o totalmente fuera del centro de labor, acudiendo a él para dar cuenta de su trabajo y realizar las coordinaciones pertinentes, no están sujetos a fiscalización inmediata, siempre y cuando sus labores no sean supervisadas de forma inmediata.

Estando a lo indicado, si la jornada ordinaria se prolonga por desplazamientos desde el centro de labor (*donde el trabajador operario ha registrado su ingreso*) al lugar de la prestación de servicios o viceversa, ese tiempo es de trabajo y debe remunerarse como extraordinario si excede de la jornada ordinaria, la misma que será verificada en el registro de ingreso y de salida del trabajador. Distinto sería el caso donde un trabajador se tiene que desplazar por su cuenta y riesgo a un lugar lejano donde se pondrá a disposición de un superior para el inicio de labores (Por ejemplo un trabajador que viaja a una provincia).

Estando a lo señalado, si la jornada ordinaria se prolonga por desplazamientos desde el centro de labor al lugar de la prestación de servicios o viceversa, aun no existiendo una prestación efectiva de servicios, ese tiempo es de trabajo y debe remunerarse como extraordinario si excede de la jornada ordinaria, por cuanto el trabajador durante dicho desplazamiento se encuentra a disposición del empleador, aunque no es cierto esa disposición porque nunca realizará una labor, es un tema discutible.

En todo caso, con la finalidad que la empresa no se vea afectada, con las horas generadas por el desplazamiento del lugar donde el trabajador presta servicios al centro de trabajo al término de la jornada, traslado que dura aproximadamente hasta 2 horas, generándose actualmente el pago de horas extraordinarias, la empresa podría disponer, salvo que se haya pactado algo distinto en el contrato de trabajo celebrado por cada trabajador, las siguientes acciones:

- 1) Considerar como hora de ingreso, la hora de entrada a laborar en su lugar de trabajo y la hora de salida, el término del trabajo en el último punto de trabajo, luego de ello el trabajador podría retirarse a su domicilio.
- 2) Considerar como hora de ingreso la del primer punto de trabajo, donde el trabajador recibiría la maquinaria a utilizar y se pondría el uniforme; la hora de salida sería el último punto de trabajo donde el trabajador entregaría la maquinaria y se quitaría el uniforme.
- 3) De seguro, servirá el reclamo del trabajador para que deje en el centro del local de la empresa.

136. ¿EN QUÉ CASOS LA CORTE SUPREMA DECLARA INFUNDADA LA REPOSICIÓN POR FALTA GRAVE?

A continuación, presentamos la Casación N° 13768-2016-Lambayeque en la que la Corte Suprema desarrolla este tema:

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 1 Lima, diez de octubre de dos mil diecisiete VISTA, la causa número trece mil setecientos sesenta y ocho, guion dos mil dieciséis, guion LAMBAYEQUE, en audiencia pública de la fecha; y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia: MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por la parte demandada, América Móvil Perú S.A.C., mediante escrito de fecha doce de julio de dos mil dieciséis, que corre en fojas doscientos cincuenta y cuatro a doscientos ochenta y seis, contra la Sentencia de Vista contenida en la resolución número doce de fecha veintidós de junio de dos mil dieciséis, que corre en fojas doscientos veintiuno a doscientos veintinueve, que revocó la Sentencia apelada contenida en la resolución número ocho de fecha veintiuno de agosto de dos quince, que corre en fojas ciento noventa

y cuatro a doscientos dos, que declaró infundada la demanda; reformándola declaró fundada en parte; en el proceso ordinario laboral seguido por el demandante, Luis Enrique Santos Cabrejos, sobre reposición por despido fraudulento. CAUSAL DEL RECURSO: Por resolución de fecha once de agosto de dos mil diecisiete, que corre en fojas setenta y uno a setenta y cinco del cuaderno de casación, se declaró procedente el recurso interpuesto por la siguiente causal: infracción Sumilla: Se configura el supuesto establecido en el literal h) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, cuando se acredita la existencia de impuntualidades reiteradas y la existencia de sanciones previas al despido. SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 2 normativa del inciso h) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR ; correspondiendo a este Colegiado Supremo emitir pronunciamiento de fondo sobre dicha causal. CONSIDERANDO: Primero: De la pretensión del demandante y pronunciamientos de las instancias de mérito. a) Antecedentes del caso: El actor interpuso demanda mediante escrito de fecha dieciséis de julio de dos mil trece, que corre en fojas treinta y uno a treinta y seis, peticionando que se ordene su reposición en el puesto de trabajo que venía desempeñando el actor como consecuencia del despido fraudulento imputado por la parte demandada por la presunta comisión de falta grave contenida en los literales a) y h) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; además, el pago de las remuneraciones dejadas de percibir hasta su readmisión en el empleo; con costas y costos del proceso. b) Sentencia de Primera Instancia: Mediante Sentencia contenida en la resolución número ocho de fecha veintiuno de agosto de dos mil quince, que corre en fojas ciento noventa y cuatro a doscientos dos, el Juez del Séptimo Juzgado de Trabajo de Chiclayo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, declaró infundada la demanda, al argumentar que se encuentra acreditada la impuntualidad reiterada del actor respecto al centro de SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 3 labores, las que además fueron objeto de amonestación, verbal y escrita, así como de suspensión, lo que configura una impuntualidad reiterada, constituyendo falta grave por cuanto el accionante ha persistido en su conducta, pese a que el empleador ha acusado las respectivas sanciones, habiendo ejercido su poder de dirección en forma gradual y proporcionada, mostrándose el actor indiferente a su obligación de respetar el horario de trabajo impuesto por el empleador. Asimismo, refiere que los argumentos del accionante carecen de solidez debido a que si bien se ha alegado hostilidad, estos hechos fueron invocados con posterioridad a la amonestación efectuada por el empleador, no advirtiéndose una represalia por parte de su empleadora; sostiene además que el accionante no ha acreditado haber comunicado, en la oportunidad debida, a su empleador el supuesto mal funcionamiento del sistema de control de ingreso, afirmación que habría sido desmentida por la testigo Rosa Isabel Molero, quien en audiencia de juzgamiento señaló que el accionante no formuló reclamo alguno respecto de las sanciones impuestas, deviniendo en insostenible dicha hipótesis, habiendo el actor quedado obligado a ajustar su conducta al registro de asistencia y no así, al horario de la computadora asignada. Finaliza el juzgador alegando que se encuentra comprobada la falta grave atribuida al actor, desvaneciéndose el argumento principal esgrimido por el justiciable debido a que el despido tuvo como sustento situaciones inexistentes, disipándose de ese modo la presunción de

inocencia respecto de las acusaciones formuladas; contrariamente a ello, se encuentra acreditado que el comportamiento del empleador de extinguir el contrato de trabajo, tiene lugar en hechos reales, no habiéndose producido en despido incausado o fraudulento, SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 4 desestimándose la pretensión de reposición, así como el pago de remuneraciones dejadas de percibir. c) Sentencia de Vista: Por Sentencia de Vista contenida en la resolución número doce de fecha veintidós de junio de dos mil dieciséis, que corre en fojas doscientos veintiuno a doscientos veintinueve, la Segunda Sala Laboral de Lambayeque de la mencionada Corte Superior revocó la sentencia apelada para lo cual argumentó que las horas de ingreso del demandante registró su ingreso al centro de labores, apenas cuando habían transcurrido unos cuantos minutos que no superaban los cinco, debiendo tener en cuenta que razonablemente cualquier entidad pública o privada suele considerar ese margen de tiempo y hasta diez (10) minutos como una tolerancia moderada, para lo cual se remite a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 854. Segundo: Infracción normativa La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, incluyendo otro tipo de normas, como son las de carácter adjetivo. SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 5 Tercero: Delimitación del objeto de pronunciamiento Conforme a la causal declarada procedente en el auto calificadorio del recurso de fecha once de agosto de dos mil diecisiete, que corre en fojas setenta y uno a setenta y cinco del cuaderno de casación; la presente resolución debe circunscribirse a delimitar si se ha incurrido en: infracción normativa del inciso h) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR. Cuarto: A partir de ello, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la norma presuntamente infraccionada, cuyo tenor precisa: «Artículo 25.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves: (...) h) El abandono de trabajo por mas de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por mas de cinco días en un período de treinta días calendario o mas de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones”. Quinto: Para dar respuesta al recurso de casación interpuesto por la entidad demandada conforme a las causales declaradas procedentes, esta Sala Suprema conviene en precisar varios puntos en relación a los hechos pertinentes. SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 6 Sexto: Sobre la relación de trabajo Al respecto, debe tenerse en cuenta que, en el marco de las relaciones laborales, el empleador como el trabajador, se guardan y deben recíprocas concesiones respecto de las cuales se obligan de manera voluntaria, lo que se ve materializado con la suscripción del contrato de

trabajo, documento a partir del cual surgen las exigencias que se deben ambas partes. Cabe señalar que Blancas¹ sostiene que: “La relación de trabajo resulta lesionada, grave e irreversiblemente, no solo cuando el trabajador incumple sus obligaciones fundamentales, sino, de la misma manera, cuando el empleador incurre en falta a sus obligaciones y prestaciones. Es natural que sea así, por ser el contrato de trabajo un negocio jurídico bilateral, de prestaciones recíprocas, lo que supone que cada parte tiene, respecto a la otra no solo derechos sino, también, obligaciones, cuyo incumplimiento es susceptible de ocasionar la ruptura de la relación creada entre ambas”. A partir de ello, podemos concluir válidamente que el incumplimiento, por parte de alguno de los contratantes, puede lesionar el vínculo laboral. Sétimo: Subordinación como elemento de la relación laboral La subordinación es un elemento de la relación de laboral y se suscita cuando el prestador de servicios se encuentra bajo la dirección del empleador, denotando ello la existencia de un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, donde el primero ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. 1 BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos. “El despido en el Derecho Laboral Peruano”. Jurista Editores. Lima. 2013. pp. 633 SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 7 Dicha medida ha sido prevista en el artículo 9° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, donde se permite que el empleador puede impartir instrucciones tanto de forma genérica mediante reglas válidas para toda o parte de la empresa, como de forma específica, destinadas a un trabajador concreto.² En cuanto al poder de dirección, Sanguineti³ manifestó que este es el instrumento a través del cual el empleador hace efectivo su derecho de disposición sobre la actividad laboral del trabajador, organizándola y dirigiéndola hacia la consecución de los objetivos perseguidos por él en cada momento. Como tal, se trata de un poder que se ejerce sobre la persona misma del trabajador, que ha de adaptar su conducta a la voluntad del empleador, y no sobre ninguna “cosa” o “efecto” exterior a ella, toda vez que los “servicios” a prestar son, como es fácil de colegir, indesligables de la persona que ha de desarrollarlos, al no constituir otra cosa que la expresión de su propio comportamiento. Octavo: Sobre la Jornada de Trabajo De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25° de la Constitución Política del Perú, la jornada de trabajo es de ocho (08) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo, y que, en caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. Dicha disposición resulta conforme con lo previsto en el artículo 1° del cuestionado Decreto Legislativo N° 854, en cuanto señala que: “la jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas ² NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del trabajo. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 35-36. ³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas. Lima: Editorial y Librería Jurídica Grijley, 2013, pp.124 SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 8 semanales como máximo”, pudiéndose establecer por ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada menor a las máximas ordinarias. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que al constituir la jornada de trabajo un derecho fundamental, debe ser interpretado de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados, acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según los tratados de los que el Perú es parte, de conformidad con lo dispuesto en la Cuarta

Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres y V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En ese marco interpretativo, resulta pertinente anotar que el artículo 24° de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene el derecho a una limitación razonable de la duración del trabajo y el artículo 2 del Convenio N° 1 (año mil novecientos diecinueve) sobre horas de trabajo, expedido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dispone que la jornada laboral en empresas públicas o privadas, cualquiera sea su naturaleza, no podrá exceder de ocho (08) horas diarias y de cuarenta y ocho (48) horas por semana, éste último Convenio Internacional aprobado por el Estado peruano, mediante Resolución Legislativa N° 10195, de fecha veintitrés de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco. Noveno: Horario de trabajo Al respecto, es preciso indicar que el horario de trabajo “(...) representa el periodo “temporal” durante el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador para la prestación de sus servicios y, evidentemente, este lapso no podrá ser mayor a la jornada legal. De esta manera, el horario comprende SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 9 desde el ingreso hasta la salida del trabajador del puesto o centro de trabajo.”⁴ . A partir de ello podemos decir que el horario de trabajo representa el periodo temporal durante el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador para la prestación de sus servicios, el cual comprende desde el ingreso hasta la salida del trabajador del puesto o centro de trabajo, el cual incluye al tiempo de refrigerio, sin que esta pueda ser mayor a la jornada legal, siendo además facultad del empleador el establecimiento del horario de trabajo correspondiendo a este último “(...) dar a conocer por medio de carteles colocados en un sitio visible de su establecimiento o por cualquier otro medio adecuado, las horas en que se inicia y culmina la jornada de trabajo (...)”⁵ . Cabe precisar que la jornada y horario de trabajo vienen a constituir elementos de especial importancia en el marco de una relación laboral, incidiendo directamente en ella. Décimo: Control de asistencia y salida Todo empleador, a partir de la vigencia del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, debe contar con un registro de control de asistencia respecto de los trabajadores fiscalizados e incluye al personal bajo modalidades formativas y los destacados al centro de trabajo por entidades de intermediación laboral; el objetivo de este control radica en velar por el cumplimiento del horario de trabajo y por ende debe consignarse el tiempo de labores, esto es: el horario de ingreso y salida, además del tiempo de refrigerio; por ende, su finalidad 4 TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Derecho Individual del Trabajo”. Primera Edición. Diciembre 2011. Gaceta Jurídica S.A. Pág. 338. 5 DOLORIER TORRES, Javier. “Tratado Practico de Derecho Laboral”. Tomo I. Primera Edición. Octubre 2010. Gaceta Jurídica S.A. Pág. 308. SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 10 radica en facilitar la prestación de servicios, debiendo ser conservado durante cinco años de acuerdo con lo previsto en la norma antes acotada. Décimo Primero: Reglamento interno de trabajo Este constituye aquella norma elaborada por la empresa y a partir del cual se determina las condiciones a las que debe sujetarse los empleadores y trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones, estableciendo las conductas que deben ser consideradas faltas, estableciendo a su vez la sanción correspondiente. El contenido del reglamento interno de trabajo ha sido detallado en el artículo 2° del Decreto Supremo N° 039-91-TR, siendo que el empleador deberá hacer entrega a cada uno de los trabajadores, al momento de iniciar labores dentro de la empresa, una copia de este reglamento a efectos de que el personal tenga pleno conocimiento de las faltas y sanciones dispuestas por el empleador. Décimo Segundo: La falta grave en materia laboral El Texto Único

Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, ha establecido un sistema general de protección al trabajador contra el despido arbitrario; el mismo ha sido entendido como aquél que carece de causa justa o que se materializa sin expresión de ésta; de otro lado, se ha establecido además, la nulidad del despido, la cual no se funda en alguno de los motivos específicos que prevé la ley, sino se enmarcan dentro de los supuestos previstos en el artículo 29°, todos vinculados a conductas lesivas a determinados derechos del trabajador, por lo que el sustento de esta norma radica en garantizar su pleno ejercicio sin que la situación de subordinación o dependencia que deriva de la relación de trabajo pueda limitarlos o SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 11 restringirlos, recayendo su fundamento en el tercer párrafo del artículo 23° de la Constitución Política del Perú, en el que se prevé que la relación laboral no puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Sin perjuicio del marco protector otorgado por la Constitución y Leyes en materia laboral respecto de las circunstancias en la que se produce la desvinculación laboral, nuestra legislación no permite un abuso desmedido del mismo, sino por el contrario, se ha establecido una contraparte constituida por el artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, el cual ha previsto la figura del despido disciplinario, el que es considerado como la "(...) resolución unilateral del contrato de trabajo por decisión del empresario, fundado en un incumplimiento previo del trabajador"⁶ ; sin embargo, esta figura no puede ser invocada de manera arbitraria, sino debe fundarse en causa justa, grave y evidente, caso contrario, nos encontraríamos frente a alguna modalidad de despido pasible de ser sancionada mediante la reposición o indemnización prevista en la legislación vigente. Décimo Tercero: Al respecto, conviene precisar que el artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, ha definido a la falta grave como aquella "(...) infracción cometida por el 6 ALONO OLEA, Manuel y CASAS BAHAMONDE, María Emilia. "El Derecho del Trabajo". Décimo Segunda Edición. Revisada. Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, sección publicaciones. Madrid . 1991. Pág. 445. SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 12 trabajador contra los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal intensidad que haga irrazonable la continuidad de la relación laboral"⁷ . Dicha infracción debe revestir tal gravedad que suponga "(...) una lesión irreversible al vínculo laboral, producida por acto doloso o culposo del trabajador que hace imposible o indeseable la subsistencia de la relación laboral (...)"⁸ ; con relación a la gravedad, conviene anotar que "(...) es consustancial al concepto; el adjetivo se enlaza de modo tan inseparable al sustantivo que, en realidad, forman un solo vocablo, una palabra compuesta: falta grave"⁹ . Del mismo modo, la gravedad debe tener una configuración inmediata a efectos de justificar la extinción del vínculo laboral; no obstante, en "(...) algunas ocasiones deriva de su reiteración, es decir que aisladamente considerada una conducta no puede reputarse grave, pero apreciada como conducta permanente en el tiempo sí se configura la gravedad (...)"¹⁰ . Décimo Cuarto: Supuestos de configuración y tipificación de la falta grave Cabe precisar que la graduación o determinación de la gravedad dependerá de cada supuesto de despido previsto en la norma, así tenemos que esta graduación permitirá establecer si nos encontramos ante un hecho de tal gravedad que permite proceder a la extinción del contrato de trabajo; por ello, debe tenerse en cuenta que "(...) ha de graduarse

lo más estrictamente posible la conducta incumplidora del trabajador, de modo que el despido, que 7 QUISPE CHÁVEZ, Gustavo y MESINAS MONTERO, Federico. “El Despido en la jurisprudencia judicial y constitucional”. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición. Enero 2009. Pág. 23 8 PASCO COSMÓPOLIS, Citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El Despido en el Derecho Laboral Peruano”. Jurista Editores E.I.R.L. Marzo 2013. Pág. 194. 9 Ibidem. 10 QUISPE CHÁVEZ, Gustavo y MESINAS MONTERO, Federico. Ob. Cit. Pág. 23 SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 13 es la sanción más importante y de mayor intensidad, sea una sanción proporcional al incumplimiento del trabajador”.¹¹ Entre los elementos que debe tenerse en cuenta, podemos decir que debe meritarse “(...) toda una serie de circunstancias, en primer lugar, relacionadas con el propio trabajador, como su antigüedad del trabajador, el hecho de que no haya sido sancionado con anterioridad; los elementos que caracterizan el incumplimiento imputado al trabajador, tales como la existencia o no de advertencias previas al trabajador, la habitual tolerancia a ciertas conductas, la reiteración en el incumplimiento, las circunstancias personales del trabajador en el momento del incumplimiento; y también las consecuencias del incumplimiento del trabajador, como las repercusiones económicas del mismo, el hecho de que el incumplimiento se haya escenificado públicamente o no, etc.”¹² . Sin embargo, resulta importante traer a colación que “(...) en nuestro ordenamiento laboral ha estado presente, desde sus orígenes mismos, la tendencia a definir la falta grave siguiendo la técnica que es propia del derecho penal, esto es, mediante su tipificación por el texto legal.” ¹³ A partir de ello, es preciso indicar que el artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, ha regulado una serie de supuestos que considera supuestos de falta grave, los que además han sido detallados en los literales a) al h), ocasión donde se típica conductas que tienen como objeto de sanción, la ruptura de la relación laboral por decisión unilateral del empleador, el que se funda en un incumplimiento previo del trabajador. ¹¹ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. Citado por QUISPE CHÁVEZ, Gustavo y MESINAS MONTERO, Federico. En “El Despido en la jurisprudencia judicial y constitucional”. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición. Enero 2009. Pág. 23 ¹² Ídem. Págs.23-24. ¹³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Ob. Cit. Pág. 206. SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 14 Décimo Quinto: Configuración de la tardanza reiterada como supuesto de falta grave El literal h) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, regula dos supuestos que se subsume en falta grave: el primero de ellos referido al abandono de trabajo, mientras que el segundo se encuentra referido a la impuntualidad reiterada. Para el caso de autos, será objeto de especial atención, el despido referido a la impuntualidad reiterada; ahora bien, conforme lo descrito en el considerando cuarto de la presente Ejecutoria Suprema, podemos precisar que las tardanzas son consideradas faltas laborales por cuanto emanan de los deberes que tiene todo trabajador; por ende, se encuentra relacionada con el deber de diligencia que debe prestar el trabajador, puesto que no basta que el trabajo sea realizado, sino que además debe ser prestado de manera diligente, es por ello que “(...) toda prestación de servicios deba realizarse con puntualidad, asistencia regular y dedicación adecuada. En consecuencia, le corresponde al trabajador cumplir con asistir en los días pactados y de acuerdo con el horario dispuesto para dicho fin”. ¹⁴ Así, podemos señalar que nos encontramos ante un supuesto de impuntualidad “(...) cuando no se abarca el conjunto de la jornada, lo

que se puede producir por llegar tarde al trabajo, marcharse antes de lo debido o ausentarse injustificadamente durante la jornada”.¹⁵ De lo anotado, se colige que un primer elemento a tener en cuenta para la configuración de esta falta grave, radica en la falta del deber de diligencia por 14 GARCÍA MANRIQUE, Álvaro y otros. “Manual sobre faltas disciplinarias laborales. Faltas graves que justifican el despido y otras sanciones menores”. Primera Edición. Noviembre 2013. Gaceta Jurídica S.A. Pág. 141.

15 RODRIGUEZ GARCÍA, Fernando y QUISPE CHÁVEZ, Gustavo. “La extinción del contrato de trabajo. Causales, requisitos y consecuencias. Manual operativo 1”. Primera Edición. Diciembre 2009. Gaceta Jurídica S.A. Pág. 107. SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 15 parte del trabajador, el cual emana de la propia naturaleza del contrato de trabajo. Ahora bien, concibiendo a las impuntualidades como las demoras generadas por el retraso en el que incurre el trabajador al momento de acudir a su centro de labores, es pertinente acotar que no todas las tardanzas son sancionadas, dado que en la mayoría de empresas existe un límite de horas permitido; sin embargo, a pesar de existir un límite de horas permitido, los trabajadores hacen caso omiso y una conducta reiterada, por ello no basta la falta de un deber de diligencia, sino que además debe configurarse un supuesto de reiteración, es decir, no puede reputarse la comisión este tipo de falta si no se presenta una conducta reiterada por parte del trabajador, así sostiene Blancas cuando precisa que “Para que la impuntualidad configure una falta grave debe ser “reiterada”, de modo tal que exprese una conducta o actitud del trabajador reñida con el deber de diligencia. La impuntualidad ocasional o aislada, carente de justificación, es una infracción leve, ciertamente merecedora de sanción, pero en modo alguno acreedora al despido, salvo cuando dicha impunidad, en razón de su repetición continua, permite concretar una conducta del trabajador que afecta seriamente el cumplimiento de sus obligaciones”. 16 Lo antes descrito nos lleva a establecer un segundo elemento que debe ser tomado en cuenta para la configuración de este tipo de falta, el cual se constituye en la reiteración de la conducta; sin embargo, debe prestarse especial atención a que la norma no ha establecido un número determinado de tardanzas en la que deba incurrir un trabajador para que se incurra en este supuesto, correspondiendo su evaluación a circunstancia concreta en que se presente.

16 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El despido en el derecho laboral peruano”. Jurista Editores. Pág. 271. SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 16 Finalmente, el último elemento que debe ser tomado en cuenta para que se configure este tipo de despido, radica en que la conducta haya sido objeto de sanción por parte del empleador, esto es “(...) no sólo se requiere que las tardanzas sean continuas sino que también se exige al empleador que las haya acusado y sancionado mediante amonestaciones escritas o suspensiones”.¹⁷ De lo anotado, se infiere que la impuntualidad debió ser previamente acusada por el empleador, es decir, el empleador tuvo que poner en conocimiento del trabajador la comisión de dichas faltas, mediante sanciones disciplinarias como amonestaciones escritas y suspensiones de labores, a fin de que el trabajador proceda a corregir dicha conducta, puesto que de no haberse sancionado las inasistencias, podría presumirse válidamente, en aplicación del principio de inmediatez, que dichas infracciones han sido perdonadas u olvidadas, es por ello que corresponde al empleador “(...) la exigencia de analizar con acuciosidad la comisión o no de una falta grave de carácter laboral (...) al momento de la aplicación de sanciones, debe operarse respetando los márgenes de razonabilidad y la inmediatez, además de las circunstancias coadyuvantes que pueden justificar el olvido de la falta”.¹⁸ El Tribunal Constitucional mediante la sentencia emitida en el Expediente N° 00414-2013-

PA/TC, ha precisado que las tardanzas reiteradas configuran un despido, cuando dichas tardanzas fueron, previamente, objeto de constantes sanciones las cuales no ocasionaron ningún cambio de conducta en el trabajador, quien reiteró en su conducta; en ese sentido, advertimos que el Supremo Interprete Constitucional ha identificado dos elementos que configuran este supuesto, a saber: las tardanzas en reiteradas oportunidades y las sanciones previas de amonestación y suspensión de labores, precisando además que la reiteración ocasiona un gran perjuicio a la empresa puesto que 17 TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El despido disciplinario en el Perú". Ius la revista N° 38. Pág. 150. 18 GARCÍA MANRIQUE, Álvaro y otros. Ob. Cit. Pág. 143. SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 17 produce una disminución de labores y por ende menos productividad, no permitiendo así cumplir con los objetivos establecidos dentro de las labores de los trabajadores y de las metas establecidas en la empresa, pero dichas tardanzas deben ser objeto de sanción previa puesto que de no ser sancionadas, no podría configurarse un despido, debido a que el trabajador podría dar por entendido de que dicha tardanza fue consentida por el empleador, no ocasionando así una falta grave, proceder que además se encuentra vinculado con la razonabilidad o proporcionalidad en la sanción impuesta. Décimo Sexto: Solución al caso concreto En el caso concreto, se tiene que el actor pretende su reposición al centro de laboral dado que ha sido objeto de una despido fraudulento; el sustento de la demanda radica en que le fue ordenado efectuar labores que eran ajenas a sus actividades de caja, consistentes en la venta y volanteo, las que no eran afines al contrato de trabajo; asimismo, aduce que la demandada le ha impuesto las sanciones de amonestación y suspensión por haber incurrido en tardanzas reiteradas, pero que dicho proceder ha constituido hostilización a efectos de extinguir la relación de trabajo, sin tener en cuenta que han existido irregularidades en el control de ingreso, residiendo en la incoherencia en la hora real de ingreso, con la hora que se aprecia en el marcador asignado por la empresa, lo que fue comunicado al empleador, no configurándose la causal objetiva, ni debidamente comprobada que habilite a su empleador a extinguir su relación de trabajo, habiendo recurrido la demandada, de manera perversa, en crear medios que permitan extinguir la relación laboral sobre causales que carecen de objetividad, acusando hechos falsos o imaginarios, notoriamente inexistentes, vulnerándose el principio de tipicidad razón por la que debe ordenarse su reposición. SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 18 Décimo Séptimo: En el caso en concreto, se tiene que se produjeron una serie de hechos que a criterio de esta Sala Suprema deben resaltarse, siendo los siguientes: - El actor ha sido sancionado con amonestaciones y suspensiones previas por parte del empleador, como consecuencia de las reiteradas tardanzas, las que no se acreditan hayan sido objeto de cuestionamiento, ni han sido negadas por el accionante. - El trabajador ha acusado actos de hostilidad en su contra; sin embargo, no ha acreditado tal hecho con el medio de prueba correspondiente. - Se ha seguido el procedimiento de despido establecido en la legislación. Décimo Octavo: Estando a lo expuesto precedentemente y de la revisión de los medios probatorios, se ha podido evidenciar lo siguiente: - Con los reportes de asistencia de fojas ciento once a ciento catorce, se encuentra acreditada las tardanzas reiteradas del trabajador imputadas mediante carta de pre aviso de despido de fojas trece a dieciséis, así como en la carta de despido de fojas veintiséis a treinta. - La imposición de amonestación verbal, conforme se acredita con el correo electrónico que corre en fojas cuarenta y cuatro. - El actor fue objeto de amonestación escrita, conforme se infiere de los medios probatorios que corre de fojas cuarenta y

seis, así como de fojas cuarenta y siete. - Le fue impuesta la sanción de suspensión de labor sin goce de haber, conforme se advierte de los medios probatorios que corren de fojas cuarenta y ocho a cincuenta. Décimo Noveno: A partir de las consideraciones expuestas y en el marco de las circunstancias que deben ser meritadas para establecer si se ha SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 19 configurado una infracción al literal h) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, es pertinente indicar que: - Las partes no han negado la existencia de una relación de índole laboral, razón por la que han aceptado la existencia concesiones recíprocas. - Al no haberse negado la existencia de una relación laboral entre las partes, se encuentra acreditado que el actor se encontraba subordinado al demandante respecto de las instrucciones y reglas impuestas para efectuar el trabajo concreto. - No se advierte la existencia de cuestionamiento de la jornada de trabajo, ni del horario de trabajo por parte del demandante. - Se encuentra acreditada la existencia de un registro de control de asistencia y salida en el centro de trabajo, además del reglamento interno de trabajo, los que no han sido objeto de cuestionamiento por el accionante, no bastando que se alegue, como parte de la fundamentación fáctica de la demanda, errores que no detentan sustento probatorio. - El actor no ha enmendado su conducta pese a que ha sido objeto de sanciones tales como: amonestaciones, verbal y escrita, además de suspensiones lo que evidencia falta de diligencia en la prestación de sus servicios. Vigésimo: De lo expuesto en el considerando que precede podemos colegir que en el caso de autos: el actor no ha guardado el deber de diligencia respecto de la prestación de sus servicios puesto que ha incurrido en una serie de tardanzas; asimismo, la empleada ha cumplido acreditar la impuntualidad reiterada, la que ha sido objeto de amonestación verbal, SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 20 conforme corre de fojas cuarenta y cuatro, la imposición de amonestación escrita, conforme se desprende de fojas cuarenta y seis, así como cuarenta y siete, además de la suspensión sin goce de haber, conforme se advierte de fojas cuarenta y ocho a cincuenta, circunstancia que denota una conducta habitual y reiterada por parte del actor respecto de los hechos relativos con su asistencia al centro de labores, circunstancias que ha conllevado al cese del accionante bajo la imputación de la comisión de falta grave conforme se desprende de la carta de preaviso y despido, de fojas veintiséis a treinta. A partir de ello, podemos establecer que se encuentra acreditada la proporcionalidad y razonabilidad, en torno al cese del accionante, habiendo el empleador actuado bajo criterios objetivos y razonables que sustentan el cese del cómo es la falta del deber de diligencia, la existencia de impuntualidades reiteradas y la existencia de sanciones previas al despido, configurándose de ese modo el supuesto establecido en el literal h) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, por ende, acreditados los motivos que dieron lugar al cese de la relación laboral, importando así que se haya incurrido en una infracción normativa por cuanto, a diferencia de los sostenido por el Colegiado Superior, se encuentra acreditada una impuntualidad reiterada, la que ha sido acusada por el empleador, así como la imposición de sanciones disciplinarias, amonestaciones verbales, escritas y suspensiones, previas al procedimiento de despido, no configurándose el supuesto de despido fraudulento, lo que conlleva a desestimar la fundamentación fáctica y jurídica esbozadas por el accionante en el tenor de la demanda deviniendo la demanda en infundada; a partir de estas consideraciones, conviene precisar que la causal declarada

procedente deviene en fundada. Por estas consideraciones: SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 13768-2016 LAMBAYEQUE Reposición por despido fraudulento PROCESO ORDINARIO - NLPT 21 FALLO: Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, América Móvil Perú S.A.C., mediante escrito de fecha doce de julio de dos mil dieciséis, que corre en fojas doscientos cincuenta y cuatro a doscientos ochenta y seis; en consecuencia CASARON la Sentencia de Vista contenida en la resolución número doce de fecha veintidós de junio de dos mil dieciséis, que corre en fojas doscientos veintiuno a doscientos veintinueve; y, actuando en sede de instancia: CONFIRMARON la Sentencia apelada contenida en la resolución número ocho de fecha veintiuno de agosto de dos quince, que corre en fojas ciento noventa y cuatro a doscientos dos, que declara infundada la demanda; y ORDENARON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido por el demandante, Luis Enrique Santos Cabrejos, sobre reposición por despido fraudulento; interviniendo como ponente el señor juez supremo Malca Guaylupo y los devolvieron. S.S. ARÉVALO VELA YRIVARREN FALLAQUE RODAS RAMÍREZ DE LA ROSA BEDRIÑANA MALCA GUAYLUPO amhat/rjrl

137. ¿SE PUEDE COLOCAR CÁMARA DE MONITOREO EN EL CENTRO LABORAL?

Hace unos días se dio a conocer una sentencia del Tribunal Constitucional (TC) que valida el uso de cámaras de video vigilancia en el centro de trabajo. Esto tras una demanda de amparo que interpuso un sindicato de trabajadores porque su empleador puso cámaras en el área de producción. Los empleados alegaban que se estaba violentando su derecho a intimidad y dignidad, y estaban siendo perturbados psicológicamente.

El TC indicó que colocar cámaras de seguridad forma parte de las facultades empresariales que puede realizar el empleador. Si bien forma parte ahora del derecho del empleador colocar cámaras, no significa que las pueda poner de cualquier forma y en cualquier momento. Por ejemplo, no podría ponerlas en los lactarios, en el baño o en los vestidores.

Ahora que muchas personas trabajan desde casa bajo la modalidad de teletrabajo y trabajo remoto, ¿es posible que los empleadores exijan el uso de cámaras para vigilar la producción?

Asimismo, no hay que olvidar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala en su artículo 12 que nadie puede ser objeto de intromisiones arbitrarias en su vida privada, familia, domicilio y correspondencia. *“Si partimos de allí, el empleador no podría obligar al trabajador a mantener su cámara prendida durante la prestación del servicio, solamente para controlar que está trabajando”*, apuntó.

“Ahí hay una limitante en el uso de cámaras que debería ser solamente de manera excepcional y coordinada con los trabajadores. Por ejemplo, en una reunión virtual donde el empleador pueda solicitar a los participantes, por una cuestión de orden y respeto, que prendan su cámara en ese momento”, señaló Caro.

Añadió que en estos casos, el empleador debería implementar otro tipo de mecanismos que sean más idóneos, ya que la exigencia del uso de cámaras para el trabajo remoto sería una exageración y constituiría una vulneración a los derechos de los trabajadores.

¿Qué dice la ley? El artículo 6 de la Ley de Teletrabajo señala expresamente que el trabajador tiene derecho a su intimidad y privacidad, entonces ahí hay una restricción, refirió la abogada. No obstante, cabe recalcar que actualmente sigue vigente el trabajo remoto.

A diferencia del teletrabajo, en el caso del trabajo remoto el empleador no está obligado a brindar la laptop, pagar internet, o brindar equipos. *“Entonces, qué pasa si tengo un trabajador remoto a quien no le di laptop. ¿Le puedo pedir que prenda su cámara? Me puede decir que su equipo es antiguo. En ese caso, no podría exigir que se consiga una cámara”*, afirmó.

Si utilizamos el principio de proporcionalidad, el empleador tiene otras medidas para fiscalizar el teletrabajo o trabajo remoto. *“Métodos menos invasivos que ponerle una cámara en su casa”*, señala.

“Por ejemplo, podría poner un software al trabajador para que marque su hora de ingreso y salida, y que reporte al final del día lo que ha hecho. Eso sería más razonable que decirle que se tiene que sentar a las 8 a.m. y pedirle que prenda su cámara”, indicó el especialista.

En toda relación laboral el empleador puede ordenar, fiscalizar y sancionar las acciones del trabajador. Así, la potestad de fiscalizar ha tomado nuevas formas de expresión, mediante la implementación de distintas herramientas de control.

Frente a esto, surgen dudas acerca de la idoneidad de la videovigilancia. La cual puede comprender la fiscalización de trabajadores que se encuentren realizando sus funciones de forma remota.

Más aún cuando tenemos un contexto que apunta a mantener las relaciones laborales a distancia:

El 64% de las empresas que aplicarán el trabajo remoto, lo hará al menos 3 días a la semana como una nueva práctica laboral continua. Esto, como parte de la nueva normalidad por la pandemia del COVID-19, reveló un estudio elaborado por Marsh Perú [1].

Asimismo, este cuestionamiento toma mayor relevancia, toda vez que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la vigilancia por medio de cámaras. De este modo, cabe preguntarse, cuál es el límite de la potestad de vigilar y controlar a los trabajadores, en los casos de trabajo remoto o teletrabajo.

La problemática *in crescendo*

El incremento de las herramientas digitales para el control de los trabajadores no ha sido ajeno a cuestionamientos sobre su implementación. Tal como se esperaba hace algunos años, los medios de vigilancia directa e indirecta siguen en aumento.

Ante esto, aquellos medios tradicionales de vigilancia, como la intervención de teléfonos o la videovigilancia, han evolucionado hacia otros métodos tecnológicamente adelantados, como el registro del correo electrónico y vocal [2]. Además de programas especializados en cumplimientos de metas.

La respuesta del ordenamiento jurídico peruano

En nuestro país no se ha dejado a la arbitrariedad el uso de estas herramientas, pues mediante algunas normas se plantearon límites. Así, contamos con la Ley 29733, Ley de datos personales, que regula el tratamiento de los datos personales y que, por ejemplo, ha reconocido como datos sensibles la afiliación sindical.

Además, la Opinión Consultiva 49-2018-JUS/DGTAIP detalló que el empleador puede emplear las grabaciones obtenidas como prueba para imputar faltas de carácter disciplinario a los trabajadores, o incluso para usarlas con miras a un proceso judicial laboral [3]. Este documento explicó que es posible exceptuar el consentimiento expreso de ser grabado.

No obstante, aclara que se debe informar al trabajador que se ha implementado la videovigilancia, por medio de carteles informativos que contengan por lo menos nombre del titular del banco de datos personales, su domicilio y ante quién se puede ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición [4].

Asimismo, aun cuando no tenga rango de ley, la Directiva 01-2020-JUS/DGTAIPD estableció las disposiciones para el tratamiento de datos personales captados a través de sistemas de videovigilancia con fines de seguridad.

No obstante, estas normas tienen una limitación inherente frente al control o fiscalización de los trabajadores, puesto que no tienen rango de ley y no tienen como eje a las relaciones laborales.

Nuevos cuestionamientos

La controversia no es únicamente el uso de las cámaras para el control; sino la manera cómo se emplean y en qué condiciones.

A manera de ejemplo, en un caso sucedido en España (en el recurso de amparo 7222/2013, resuelto el 2016) [5] se trató la implementación de cámaras para el control de las cajas de una empresa sin autorización o aviso previo a una trabajadora.

El máximo Tribunal español realizó un ejercicio de ponderación con miras a examinar algunos criterios mínimos para emplear cámaras de seguridad sin avisar a sus trabajadores.

Sobre esto, se concluyó que no hubo vulneración al derecho a la intimidad de la trabajadora, puesto que la cámara se limite estrictamente a verificar irregularidades de un área específica en la empresa [6].

Panorama que no se replica en el razonamiento del Tribunal Constitucional peruano.

Una interpretación controversial y una respuesta incompleta

En nuestro contexto, el Tribunal Constitucional avaló el uso de cámaras en las instalaciones de la empresa cuando se tiene como fin velar por la seguridad y salud de los trabajadores.

Específicamente, en la sentencia recaída en el Expediente 2208-2017-AA, una empresa habría decidido colocar múltiples cámaras en sitios específicos. No obstante, para el sindicato de la institución, esta acción vulneraba la intimidad de los trabajadores y perjudicaba su salud mental.

El máximo intérprete de la Constitución declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por el sindicato, considerando que la implementación de cámaras cumple con el fin de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores.

Seguridad y salud deben ser garantizados

De este modo, el Tribunal señaló que el uso de cámaras no tienen un fin únicamente de fiscalización, sino de garantizar la salud y seguridad de los trabajadores.

Se basó en el artículo 3 de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, en la cual se establece que el empleador debe garantizar medios y condiciones que protejan el bienestar de los trabajadores.

Esta norma permite que el Tribunal razone de la siguiente manera:

10. Como se colige, es deber de los empleadores identificar, evaluar y prevenir los riesgos laborales a los que están expuestos los trabajadores y el de emplear los mecanismos necesarios para asegurar las condiciones de seguridad que permitan a estos últimos desempeñar las labores encargadas. Siendo el empleador el responsable de asumir las consecuencias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones, es menester que el empleador fiscalice la ejecución de las labores encomendadas.

Con lo cual se predispone esta garantía de contar con las condiciones de seguridad.

Sentencia que deja más preguntas

Es rescatable que el Tribunal avale la protección de la seguridad y salud, pero es cuestionable la ausencia de un test de ponderación que marque una pauta jurisprudencial sobre el uso de estas herramientas de control.

A diferencia del caso español, el razonamiento está vinculado en la protección de bienes jurídicos (de trabajadores y de la empresa) y el respeto a la intimidad.

El control del trabajador que realiza trabajo remoto

En caso del trabajo remoto (o incluso en el teletrabajo), el alcance del Tribunal no debería ser distinto. Debiendo sostener que el empleador pueda usar cámaras disponibles para garantizar la salud y seguridad de sus trabajadores que realizan trabajo remoto.

Vale decir, aplicar el uso de cámaras con la justificación de seguridad y salud en el caso de un trabajador que se encuentra fuera del centro de trabajo.

Bajo este razonamiento, se podría aprobar que el empleador ubique cámaras dentro de las instalaciones que empleará el trabajador para sus funciones u, incluso, ordenar el uso de la cámara de los dispositivos móviles del trabajador.

El respeto a la dignidad, la seguridad y salud del trabajador

Tal como se puede advertir casi intuitivamente, el límite a la fiscalización tiene como baluarte a la dignidad del trabajador. Así, el artículo 23 de la Constitución Política del Perú establece que:

Artículo 23.- El Estado y el Trabajo [...] Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Además, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en el artículo 12 que nadie puede ser objeto de intromisiones arbitrarias en su vida privada, familia, domicilio y correspondencia [7] .

Estas directrices desembocan en el límite que debe tener el empleador sobre la esfera privada del trabajador; sobre esto, Blancas Bustamante señaló que:

[...] se reconoce el derecho del trabajador a la tutela de su esfera íntima en el marco de la relación laboral sin que esta pueda ser invadida, más allá de lo estrictamente indispensable para vigilar la ejecución de la prestación personal [8].

Entonces, existe un límite a intromisiones por parte del empleador a la intimidad, ligada a la dignidad del trabajador.

4.2 Protección a la intimidad

En base a lo señalado anteriormente, podemos establecer que pretender controlar al trabajador en su propio hogar (o donde realice las actividades de forma remota), excedería los límites a la fiscalización.

Asimismo, tampoco sería correcto justificar la exposición de la intimidad del trabajador en base al deber del empleador de garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores. Porque esto supondría llegar a un ámbito extralaboral, si se expone la intimidad del trabajador.

De este modo, la argumentación versa sobre un ejercicio de ponderación entre: i) el deber del empleador de garantizar la seguridad y salud en el trabajo, ii) el derecho a la intimidad. Existiendo métodos menos lesivos, no debería permitirse una intromisión que afecte la intimidad del trabajador.

A razón de una lectura sistemática de las normas nacionales e internacionales precitadas, no estaría permitido el uso de cámaras para controlar el trabajo remoto de los trabajadores fuera del centro de trabajo, más aún si se compromete información de su vida privada.

5. Conclusiones

El uso de cámaras de videovigilancia está regulado en nuestro ordenamiento con fines de seguridad, pero están supeditadas a normas de protección de datos personales.

El Tribunal Constitucional peruano avala el uso de cámaras de vigilancia dentro de las instalaciones del trabajo, en base al deber del empleador de velar por la seguridad y salud en el trabajo.

Todas las grandes tiendas, tienen cámaras en las entradas y puertas y por ella van a apreciar el trabajo de sus empleadores y al público en general.

Nuestro ordenamiento establece un límite al control mediante cámaras por afectar la intimidad y la dignidad del trabajador, por lo que no estaría permitido el uso de este control en el transcurso del trabajo remoto.

El empleador no podría obligar al trabajador a prender su cámara para vigilar, ni tampoco argumentando que desea garantizar la seguridad y salud en el trabajo.

[1] REDACCIÓN GESTIÓN (2020) El 64% de empresas que aplicará el trabajo remoto lo hará al menos 3 días por semana, en Gestión.pe, en: <https://gestion.pe/economia/el-64-de-empresas-que-aplicara-el-trabajo-remoto-lo-hara-al-menos-3-dias-por-semana-segun-estudio-de-marsh-peru-nndc-noticia/>, revisado el 26/10/2020.

[2] OIT (1997) Protección de los datos personales de los trabajadores, Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT, Ginebra.

[3] MORALES, Joel (2020) Videovigilancia en el centro de trabajo, en Agnitio.pe, disponible en: <http://agnitio.pe/articulo/videovigilancia-en-el-centro-de-trabajo/>, revisado el 26/10/2020.

[4] MURILLO, Javier (2019) «Brace yourselves! La videovigilancia ya viene»: situación de la videovigilancia en el ordenamiento jurídico peruano, en Revista de Derecho PUCP, N° 83, 133-178.

[5] Sentencia 39/2016, de 3 de marzo de 2016. Recurso de amparo 7222-2013. Promovido por doña Mónica Rebeca Liberato Rodríguez en relación con las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y de un Juzgado de lo Social de León en proceso por despido.

[6] CULQUI, Angela (2016) El uso de cámaras de videovigilancia en el ámbito laboral, en Polemos.pe, en: <https://polemos.pe/el-uso-de-cameras-de-video-vigilancia-en-el-ambito-laboral/>, revisado el 26/10/2020.

[7] LENGUA, Christian (2020) Trabajo remoto: ¿un empleador puede exigirle a un trabajador que encienda su cámara para vigilarlo? en El Comercio, en <https://elcomercio.pe/economia/peru/trabajo-remoto-un-empleador-puede-exigirle-a-un-trabajador-que-encienda-su-camara-para-vigilarlo-teletrabajo-tribunal-constitucional-ncze-noticia/>, revisado el 26/10/2020

[8] BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2016) Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo, Segunda edición aumentada, Fondo Editorial PUCP.

138. ¿CUÁNDO PUEDO DESPEDIR A UNA TRABAJADORA DE CONFIANZA?

Puede despedirse a una trabajadora que cumpla la siguiente función:

1. Trabaja directamente con el empleador o personal de dirección.
2. Conoce secretos de la empresa (industriales o comerciales)
3. Sus informes son directamente al directorio, al gerente general, y al personal de dirección.
4. De acuerdo a lo que señala el artículo 43.
5. La podemos despedir y no puede demandar reposición.

El artículo 43° del D.S. 003-97-TR, señala que son trabajadores de confianza aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con personal de dirección.

Con relación al segundo requisito relacionado con poder tener acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales, esta referido a información sobre las actividades económicas principales del giro de la empresa.

Y por último para que califique como trabajador de confianza, sus opiniones o informes deben ser presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo con ello a la toma de decisiones empresariales.

Con relación a reubicar a la trabajadora a otro puesto, con un sueldo reducido, esto procedería siempre y cuando el trabajador ingreso a un puesto que no fue calificado de confianza y posteriormente fue promovido a un cargo de confianza con una remuneración superior. En este supuesto, retirada la confianza del cargo promovido, el trabajador regresa a su puesto de origen con el sueldo que se encuentre acorde con las nuevas funciones. En ese caso, la reducción de categoría y de la remuneración, no califica como un acto de hostilidad, este es el principal criterio desarrollado por la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 6928-2016 Lima.

En el supuesto de ingresar como personal de dirección, el despido es discutido ya que no lo estipula el artículo 38 del Decreto Supremo Nro. 003-97, además ante fallos de la Suprema Corte. Es discutido ya que no lo estipula el artículo 38 del Decreto Supremo Nro. 009-97, además que existen fallos de la Suprema Corte que discrepan.

139. ¿EN QUÉ CONSISTE EL REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO?

Según la Casación Laboral N° 13768-2016 Lambayeque de la Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria del 10 de octubre de 2017, señala que:

Este constituye aquella norma elaborada por la empresa y a partir del cual se determina las condiciones a las que debe sujetarse los empleadores y trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones, estableciendo las conductas que deben ser consideradas faltas, estableciendo a su vez la sanción correspondiente.

El contenido del reglamento interno de trabajo ha sido detallado en el artículo 2 del Decreto Supremo N° 039-91-TR, siendo que el empleador deberá hacer entrega a cada uno de los trabajadores, al momento

de iniciar labores dentro de la empresa, una copia de este reglamento a efectos de que el personal tenga pleno conocimiento de las faltas y sanciones dispuestas por el empleador, pregunto ¿cuantos le darán lectura?, seguro que muy pocos.

De acuerdo al Decreto Supremo 039-91-TR las empresas que cuenten con cien trabajadores, deben de tener un reglamento interno de trabajo.

En doctrina se considera al reglamento interno de trabajo como una fuente formal y especial del derecho laboral.

El reglamento interno de trabajo lo confecciona el empleador.

El reglamento interno determina las condiciones que deben sujetarse en la relación laboral, tanto los empleadores como los trabajadores en cumplimiento de sus obligaciones.

El reglamento interno está considerado una fuente formal del derecho de trabajo.

Puede decirse que es el documento en donde constan las reglas de juego en base a las cuales se va a desenvolver la relación o el vínculo laboral que es elaborado unilateralmente por el empleador en base al poder de dirección que este posee de conformidad con el artículo 9 del TUO del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Productividad y competitividad laboral – aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR y de acuerdo a la normatividad laboral sobre la materia, es obligatorio para aquellas empresas que cuenten con 100 trabajadores. Lo importante del reglamento interno de trabajo es que señala las directivas o reglas bajo las cuales se va a desenvolver la relación laboral tales como la hora de ingresos, las tardanzas, el refrigerio, entre otros. Pero lo que no puede es afectar los derechos como persona que tiene el trabajador, si el trabajador considera que el reglamento interno de trabajo vulnera algunos de sus derechos fundamentales o afecta la legislación laboral, caso en el cual el trabajador podría impugnarlo ante el juez laboral especializado de conformidad con lo señalado en la competencia por materia de la Ley N° 26636 – Ley procesal del trabajo.

140. ¿CUÁLES SON LAS FUENTES FORMALES ESPECIALES DEL DERECHO DEL TRABAJO?

Son aquellas que le son propias al derecho del trabajo y no las comparte con ninguna otra disciplina jurídica y que la dotan del particularismo que el derecho del trabajo posee como disciplina jurídica autónoma e independiente.

En virtud a ello, nuestra clasificación de fuentes formales especiales del derecho del trabajo es la siguiente:

1. El Reglamento Interno de Trabajo
2. El Convenio Colectivo
3. El Contrato de trabajo.

141. ¿CUÁNDO SE CONSIDERA UN TRABAJADOR DE CONFIANZA?

1. El VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional, del año 2018, estableció que, los trabajadores de dirección o de confianza, que fueron contratados desde el inicio de la relación laboral dentro de esta categoría, no tienen derecho a la reposición ni a la indemnización ante un despido por retiro de confianza y, en general, ante cualquier despido.

Ahora bien, si la trabajadora ingreso inicialmente a un puesto que no fue calificado como de confianza, porque la labor que realizaba no era tal, y posteriormente fue promovida a un puesto de confianza, el retiro de confianza no podrá implicar el despido de la empresa, sino el cese en el puesto de confianza y su reubicación al puesto que ostentaba antes del ascenso.

2. Para que un trabajador sea calificado como un trabajador de confianza, deberá tenerse en consideración lo establecido en el artículo 43° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, que señala que, los trabajadores de confianza deben cumplir con las siguientes características de manera conjunta:

- Deben laborar en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección (nivel gerencial).
- Deben tener acceso a secretos industriales comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado.
- Las opiniones e informes del trabajador de confianza son presentados directamente al personal de dirección y contribuyen a la formación de decisiones.

El trabajador que cumpla de manera conjunta con los tres requisitos indicados, podrá ser calificado como trabajador de confianza, así no figure tal calificación en su boleta de pago.

142. ¿PUEDE CESAR LA RELACIÓN LABORAL POR RETIRO DE CONFIANZA DE UNA TRABAJADORA QUE SE ENCUENTRA EN PERIODO DE LACTANCIA?

Con relación al cese por retiro de confianza de una trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia, al respecto, el II Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Laboral y Procesal Laboral de la Corte Superior de Lima, celebrado el 09 de octubre último, han concluido que, si es procedente la reposición laboral de la madre gestante o que se encuentre en periodo de lactancia, que ostenta un cargo de confianza por cuanto las mujeres en esta condición del embarazo e incluso hasta la lactancia gozan de una protección especial que le otorga la Ley, la Constitución y las normas internacionales, las que no hace distinción alguno del cargo, nivel o categoría que ocupa en el centro laboral. Razón por la que el retiro de la confianza de una trabajadora en estado de gestación transgrede las normas y principios que las sustentan. Distinto criterio ha tenido la Corte Suprema a través la sentencia casatoria 14758-2017 - Lambayeque, del 28 de marzo del 2019, que ha sido del criterio que, en el caso de las trabajadoras de confianza, embarazadas o estando en periodo de lactancia, el despido por retiro de confianza es válido, no considerando su cese un despido nulo. Cabe precisar que, estos criterios de protección hacia la

madre gestante no aplicarían si el retiro de confianza obedece a la comisión de una falta grave comprobable.

**143. LA CARTA DE DESPIDO POR FALTA GRAVE A UN PERSONAL DE CONFIANZA
¿QUÉ DOCUMENTOS ADICIONALES NECESITAMOS ADJUNTAR? ¿DEBE SER
NOTARIADA O SIMPLEMENTE PODEMOS ENVIARLA POR CORREO?**

Con relación a la carta de despido por retiro de confianza de una trabajadora gestante y los documentos que se deben anexar. Estando a los criterios que vienen asumiendo los Juzgados Laborales respecto del cese por retiro de confianza de trabajadoras en estado de gestación que ocupan puestos de dirección o confianza, y con la finalidad de evitar o reducir las contingencias, ante posibles demandas de reposición o indemnización, se sugiere que, se elabore una carta de imputación de cargos, donde se sustente la falta grave por incumplimiento de obligaciones, así como el perjuicio ocasionado a la empresa, otorgándosele un plazo a la trabajadora para que pueda presentar su descargo. Con su respuesta o sin ella, la empresa podrá notificarle el despido por la falta grave.

**144. ¿CÓMO SE REALIZA EL CAMBIO DE HORARIO DE TRABAJO DE LOS
TRABAJADORES?**

Respecto a tu consulta sobre un cambio de horario de los trabajadores que vienen laborando, al respecto debo señalar lo siguiente:

1. El Artículo 9º del D.S. 003-97-TR, establece que, el empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores; esta debe darse dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.
2. El artículo 2 y 6 del D.S.007-2002-TR., dispone que, el empleador puede modificar el horario de trabajo sin alterar el número de horas trabajadas.
3. Respecto a lo señalado, la Corte Suprema de la República ha establecido que dentro de las facultades directrices del empleador, está el poder modificar los turnos y horarios de trabajo, sin embargo ha precisado que esta debe darse dentro de los criterios de razonabilidad y necesidades de la empresa, es decir, con la finalidad de evitar contingencias, la comunicación de cambio del horario de trabajo, debe estar debidamente motivado.
4. Asimismo, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) ha establecido criterios vinculantes respecto al procedimiento de modificación del horario de trabajo decidido por el empleador, mediante las resoluciones directorales N° 03-2012/MTPE/2/14 y N° 04-2012/MTPE/2/14, básicamente, es el deber de la parte empleadora de motivar dicho cambio en forma suficiente y sobre la base de argumentos objetivos y razonables. Dicha obligación no podrá considerarse cumplida si el empleador justifica la medida usando referencias genéricas o ambiguas.

Resumen.

Dentro de las facultades directrices, el empleador puede modificar los turnos y horarios de trabajo. La comunicación de cambio del horario de trabajo, debe estar debidamente sustentada. Se sugiere la elaboración de un informe de un área técnica que justifique el nuevo horario.

La empresa deberá comunicar dicha medida al sindicato o a falta de éste, a los representantes de los trabajadores, o en su defecto, a los trabajadores afectados con ocho (08) días de anticipación, indicando la medida a adoptarse y los motivos que la sustentan conforme al informe técnico del área técnica.

Dentro del plazo señalado de 8 días, conforme lo prevé el numeral 2 del artículo 2° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, el Sindicato, los representantes de los trabajadores o trabajadores no sindicalizados, pueden solicitar a la empresa una reunión, a fin de plantear una medida diferente a la propuesta efectuada por la empresa. En caso no haya acuerdo, el empleador tiene la facultad de introducir la medida prevista y los trabajadores de impugnarla ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE).

Estando a lo señalado, luego que la empresa adopte la decisión de implementar el nuevo horario de trabajo, conforme al procedimiento indicado, se recomienda que el área de personal, teniendo en cuenta el informe del área técnica, elabore un cronograma de horario de trabajo y turnos de manera semestral o anual, y que está sea comunicada por escrito a cada trabajador involucrado en dicho cambio de horario, quienes deberán firmar dicha comunicación en señal de recibido.

El trabajador sea o no sindicalizado, está en la obligación de dar cumplimiento al nuevo horario de trabajo dispuesto por la empresa, luego de agotado el procedimiento señalado.

145. ¿CUÁNDO PROCEDE UN DESPIDO POR BAJO RENDIMIENTO?

Sobre el despido de un trabajador por bajo rendimiento; al respecto el Decreto Supremo N° 003-97-TR, faculta a las empresas poder despedir a sus trabajadores por dos motivos, sin el pago de indemnización por conducta y por capacidad.

Por conducta, están las faltas graves que podría cometer el trabajador y por capacidad está su deficiente rendimiento.

Para que proceda el despido por rendimiento deficiente, las empresas necesitan contar con un sistema de Gestión del Rendimiento, con criterios objetivos, razonables y aplicables a todos los trabajadores, sistema que debe contar con indicadores y medición, en el que se establezcan objetivos y metas, en donde los jefes inmediatos evalúen periódicamente cómo va ese rendimiento, con criterio objetivo, por ejemplo, para el personal de producción, cuánto es tu cuota de producción al mes, o cuál es el volumen fabricado al mes. Para los que producen productos y los colocan, cuáles son tus resultados de colocación en el mes. Ya que estoy en actividades productivas, cuánta producción debo hacer en el mes, semana o día.

Este sistema de medición, no ha sido desarrollado por la legislación actualmente, sin embargo, ha sido criterio uniforme de SUNAFIL, así como del sistema judicial y constitucional, en diversos pronunciamientos, que en el supuesto de despido por bajo rendimiento, la empresa debe haber previamente desarrollado un sistema de medición de rendimiento y que el trabajador tenga conocimiento

de dicho sistema y de sus consecuencias, de lo contrario se estaría afectando el principio de tipicidad previsto en el artículo 2°, inciso 24), literal "d", de la Constitución Política del Estado, que impone que los hechos (actos u omisiones) tipificados como infracciones punibles deben estar establecidos de forma expresa e inequívoca, así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída expediente N° 824-99-AA/TC, seguido entre un trabajador con la compañía telefónica por un despido por bajo rendimiento.

De contarse con un sistema de medición de productividad, de acuerdo a dicha medición, se le otorga 30 días al trabajador para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia, conforme lo dispone el artículo 31 del D.S.003-97-TR. Una vez que haya pasado ese periodo sin mejora, se envía una carta de despido por rendimiento deficiente, sin derecho a indemnización.

En conclusión, conforme a los criterios establecidos en sede administrativa (Sunafil) y reiterados pronunciamientos del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, para que proceda un despido por bajo rendimiento, debería observarse lo siguiente, para evitar contingencias:

- i. Establecer, mediante Reglamento de Evaluación de Rendimiento, parámetros de evaluación y medición.
- ii. Comunicar a los trabajadores los parámetros de medición y evaluación por medio de cualquier forma mediante la cual el empleador pueda acreditar que el trabajador ha sido debidamente informado.
- iii. Evaluar el rendimiento de los trabajadores de forma periódica mediante el procedimiento recogido en el Reglamento de Evaluación de Rendimiento.
- iv. Ante rendimiento deficiente, comunicar por medio de un documento escrito y bajo cargo de recepción (Carta de Comunicación de Rendimiento Deficiente) al trabajador que ha incurrido en causal de rendimiento deficiente. Dicho documento debe contener:
 - a. Imputación de la causal de rendimiento deficiente.
 - b. Recordar al trabajador cuál es su el rendimiento esperado.
 - c. Otorgarle al trabajador instrucciones para superar el rendimiento deficiente.
 - d. Otorgarle el plazo legal mínimo de 30 días para demostrar su capacidad.
 - e. Acompañar el documento con un informe evaluativo de su desempeño.
- v. Luego que transcurra los 30 días y el trabajador no superó su rendimiento deficiente el empleador podrá cursar la carta de despido.

En caso de no poder justificar la falta grave de rendimiento deficiente del trabajador, estaremos ante un despido arbitrario, pudiendo demandar el trabajador en sede judicial, en caso de no poder acreditar la empresa el bajo rendimiento en función a un sistema de medición, la reposición por despido fraudulento o la indemnización por despido arbitrario, además de lucro cesante (lo dejado de percibir en tanto dure el proceso judicial) y daño moral en caso pruebe el trabajador la aflicción que produjo el despido.

146. ¿PUEDE TERMINAR POR ANTICIPADO EL CONTRATO A PLAZO FIJO DE UNA TRABAJADORA EN PERIODO DE LACTANCIA?

1. El inciso e) del artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR., modificado por la Ley N° 30367 señala lo siguiente:

“Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo:

(...)

e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa“.

2. Asimismo, el artículo 1° de la Ley 27240 modificado por la Ley N° 28731, establece que, la madre trabajadora al término del período post natal tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna hasta que su hijo tenga un año de edad. Este permiso podrá ser fraccionado en dos tiempos iguales y será otorgado dentro de su jornada laboral.

La madre trabajadora y su empleador podrán convenir el horario en que se ejercerá el derecho establecido en el párrafo precedente. En caso de parto múltiple el periodo de lactancia se extenderá por una hora más.

3. Conforme a la normativa legal señalada, si la trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia, cuyo contrato laboral a plazo fijo, vence aún el 30 de noviembre del 2016, es despedida antes de esa fecha, sin una causa justa de despido, se configurará el despido nulo, cuya consecuencia en caso de demandar judicialmente, será la reposición en su puesto de trabajo y el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir durante el tiempo que estuvo despedida.

4. Si la trabajadora, al finalizar el contrato, se le comunica que será su último día de labores por vencimiento de contrato, no estaremos ante la figura de un despido nulo, sino del cese de la trabajadora por vencimiento de contrato, lo que es perfectamente legal, así se encuentre dentro del periodo de lactancia.

5. En conclusión, sugerimos que para evitar la contingencia señalada, se le curse su carta de cese en sus labores por no renovación de contrato en una fecha cercana al vencimiento del mismo.

Solo se puede despedir si ha cometido falta grave.

147. ¿CÓMO SE REALIZA LA RENOVACIÓN Y CAMBIO DE CONTRATO?

Respecto de una trabajadora con contrato a plazo fijo, que vence el 31 de octubre del presente año, donde la empresa está evaluando la opción, si en esta época de pandemia, es posible prorrogar el contrato por los meses de abril y mayo con reducción de salario y de la jornada laboral, y posteriormente reincorporarla en junio del año 2021 con todos los beneficios que tiene hoy a la fecha o aplicar un cambio de modalidad a tiempo parcial, y como aplicaría sus beneficios sociales; al respecto, te comento las opciones que tendría la empresa:

1. Si es factible que la empresa renueve el contrato modal por incremento de actividades durante los meses de abril y mayo con reducción de sueldo y reducción de la jornada laboral. Para ello es necesario que la trabajadora, luego de suscribir la prórroga del contrato modal hasta el 31 de junio, suscriba también un convenio de reducción de remuneración con reducción de jornada de trabajo con la empresa por el mes de noviembre y diciembre del presente año.
2. Cabe precisar que, respecto a la modificación de turnos y horarios de la jornada laboral, conforme lo prevé el Decreto de Urgencia N° 029-2020, el empleador, está autorizado para modificar de forma unilateral, los turnos y horarios de la jornada laboral como medida preventiva frente al riesgo de contagio del Covid19, sin que ello afecte el derecho al descanso semanal obligatorio.
3. Para el cálculo de los beneficios laborales, en caso se prorrogue el contrato modal, y se suscriba un acuerdo de reducción de remuneraciones, la liquidación de los beneficios laborales que se realice al 31 de mayo del 2020, deberá realizarse efectuando un corte, es decir, una liquidación de beneficios por el periodo que percibió la remuneración hasta antes de la reducción, y otra liquidación considerando solo el periodo donde la remuneración se redujo, ello en atención a lo previsto en el artículo único de la Ley N° 9463 del 17 de diciembre de 1941, que indica que, la reducción de remuneraciones aceptada por un servidor, no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados.
4. Con relación al cambio del contrato modal por incremento de actividad que vence el 31 de abril a un contrato a tiempo parcial que iniciaría el 01 de abril, es contingente, porque la trabajadora podría denunciar a Sunafil, que la finalidad de este nuevo contrato a tiempo parcial, tiene el objeto no solo de reducir su sueldo por las mismas funciones que realizaba cuando estaba contratada a plazo fijo, sino otros beneficios laborales, como CTS, vacaciones ni indemnización por despido arbitrario, beneficios que no alcanzan a un trabajador contratado a tiempo parcial. Precisamos que, el contrato a tiempo parcial no es una modalidad de contrato a plazo fijo y, por tanto, no estaríamos ante una prórroga sino un nuevo contrato de trabajo de naturaleza distinta.

Esta contingencia podría superarse, si vencido el contrato modal el 31 de marzo del presente año, y la suscripción del contrato a tiempo parcial, medie un lapso de 30 días, con la finalidad de poder argumentar que no existe una prestación de servicio continua e ininterrumpida entre uno y otro contrato y por tanto estamos antes dos contratos donde no medio fraude. Este criterio, ha sido desarrollado por la Corte Suprema en la sentencia casatoria 16734-2016 Lima Este, que

señalo que un periodo de interrupción de más de 20 días entre 02 contratos a plazo fijo, se inicia un nuevo vinculo laboral con el segundo de ellos. Si bien es cierto esta sentencia casatoria, hace referencia a dos contratos modales, el criterio resulta valido también para el presente caso.

148. ¿CÓMO SE APLICA EL CONVENIO EXTRAJUDICIAL?

Respecto al proyecto de convenio extrajudicial que suscribiría la empresa con el trabajador, para la entrega de una suma graciosa, al respecto:

La Corte Suprema mediante la sentencia casatoria 15633-2015-Lima, ha determinado que las sumas otorgadas por el empleador a "título de gracia" en favor del trabajador, podrán ser compensados de las deudas laborales. Para ello, deben haber sido entregados a título de liberalidad, en forma incondicionada y que consten en documento de fecha cierta. Ello quiere decir que, el documento para dejar constancia de la entrega de dicha suma de dinero, no puede realizarse a través de un convenio extrajudicial o transacción que contengan las cláusulas, que impliquen acuerdos, transacciones, convenio, pacto, entendimiento, porque, la entrega de una suma graciosa, es un acto de liberalidad del empleador, es decir, el empleador entrega una suma de dinero de forma incondicional, sin condiciones, debiendo tan solo constar en documento de fecha cierta la entrega del dinero. Esta entrega de dinero, no es un acuerdo ni transacción. En ese sentido, si se advierte del texto del documento de la entrega de suma graciosa, un acuerdo o negociación, el efecto compensatorio no tendrá validez en caso el trabajador decida demandar judicialmente alguna suma de dinero que crea se le adeude, en ese sentido se adjunta un documento con el cual se deja constancia de la entrega de dicha suma graciosa.

Finalmente, respecto a las liquidaciones, no veo inconveniente, en todo caso, deberá firmar el trabajador en aquella donde se ha incluido la entrega de la suma graciosa.

Para que los montos dinerarios otorgados por el empleador como actos de liberalidad produzcan sus efectos compensatorios ante cualquier acreencia laboral, estos deben cumplir ciertos requisitos. Estos son: 1) ser otorgados al momento o después del cese del trabajador, 2) que la entrega sea a título de liberalidad y en forma incondicionada, y 3) el importe económico conste en documento de fecha cierta.

Este criterio ha sido fijado por la Corte Suprema al resolver la Casación N° 15633-2015 Lima, publicada por el diario oficial El Peruano, en el paquete de casaciones del 30 de mayo de 2017.

5. Suma graciosa compensable: Este beneficio económico consiste en el pago de una suma a título de gracia, la cual podrá ser compensada a futuro con cualquier importe que el juez laboral mande a pagar al empleador a favor del trabajador. Para que proceda la compensación, el importe debe constar en un documento de fecha cierta.

Respecto a la suma graciosa compensable, debemos notar que recientemente la Corte Suprema en la Casación N° 11460-2017 LIMA, ha sostenido que la misma no debe tener como objeto la obtención del cese del trabajador, hecho que se verifica por los términos del convenio de cese por mutuo disenso. En otras palabras, debe abonarse de manera incondicionada.

En algunos procesos de desvinculación, los trabajadores piden que se les despidan arbitrariamente para percibir la indemnización por despido, pues la misma es neta de impuestos. Sugerimos evitar esa vía, toda vez que posteriormente la empresa podría ser objeto de demandas de reposición o de pago de indemnización por daños y perjuicios, lo primero si no se cobra la indemnización por despido mencionada.

SUMA GRACIOSA AL CESE COMPENSABLE DE ADEUDOS

La Suma Graciosa al Cese se encuentra regulado en el artículo 57° del Texto Único Ordenado del Dec. Leg. N° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, es un monto que la empresa puede otorgar al trabajador al momento de su cese o, inclusive, posteriormente cuando ya no labora más para la empresa, y puede revestir la forma de un pago único o de una pensión.

La ventaja de utilizar una Suma Graciosa al Cese reside en su carácter compensable, que permite al empleador compensar de esta suma cualquier adeudo que la autoridad judicial mande pagar al empleador como consecuencia de la demanda interpuesta por el trabajador.

El TUO del Dec. Leg. N° 650, en su art. 57°, establece que dicho monto debe ser otorgado por la empresa "en forma pura, simple e incondicional", es decir no puede estar condicionado a algo, precisándose justamente que las sumas que se entreguen al trabajador como un incentivo para la renuncia al trabajo, cualquiera que sea la forma de su otorgamiento, no van a tener los alcances ni las ventajas propias de una Suma Graciosa al Cese

En consecuencia, conviene tener presente que para que proceda la compensación reseñada, debe constar expresamente en documento de fecha cierta que la cantidad o pensión que se otorga tiene tal connotación; Así, cuando el empleador conceda una suma graciosa podrá utilizar el texto siguiente para incorporarlo en la liquidación:

«Cantidad otorgada a título de gracia en la fecha de esta liquidación, sujeta a la compensación establecida en el primer párrafo del Art. 57° y al Art. 19°, inciso a, del TUO del Dec. Leg. N° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por D.S. N° 001-97-TR».

Al no tener carácter remunerativo, de acuerdo a lo establecido en el art. 19 del Dec. Leg. N° 650, la Suma Graciosa al Cese Compensable de Adeudos se encuentra inafecta a todo tipo de Aportes y Contribuciones Sociales pero sí está afecta al Impuesto a la Renta de Quinta Categoría

149. ¿UN TRABAJADOR PUEDE VOLVER A SER CONTRATADO?

El artículo 78° del Decreto Supremo N° 003-97 TR, establece que los trabajadores permanentes (Trabajadores con contrato a plazo indeterminado), que cesen, no podrán ser recontractados mediante contratos de trabajo sujetos a modalidad, salvo que haya transcurrido un año del cese.

Estando a lo señalado en la disposición legal citada, se pueden presentar los siguientes supuestos:

i. Si el trabajador que renunció en el mes de abril del presente año, tenía un contrato a plazo indeterminado, sólo podría ser contratado en el mes de agosto del presente año con un contrato a plazo indeterminado.

ii. Si el trabajador que renunció en el mes de abril del presente año, tenía un contrato a plazo fijo (contrato sujeto a modalidad), en el mes de setiembre del presente año podría ser contratado con un contrato a plazo fijo siempre y cuando la causa objetiva de contratación justifique el contrato temporal. También podría ser contratado a plazo indeterminado.

iii. Si el trabajador que renunció en el mes de abril del presente año, tenía un contrato a plazo indeterminado, en el mes de agosto del presente año, no podría ser contratado con un contrato laboral a plazo fijo (contrato modal) salvo que haya transcurrido un año del cese.

Conclusión: El trabajador que renunció en el mes de mayo del presente año, si puede ser recontratado en el mes de octubre del presente año, sin embargo, deberás tener presente los supuestos señalados precedentemente.

150. ¿QUÉ PASOS DEBE SEGUIRSE PARA DIGITALIZAR LA FIRMA DEL GERENTE GENERAL Y/O GERENTE DE RECURSOS HUMANOS EN LAS BOLETAS DE PAGO, CERTIFICADOS DE CTS, CERTIFICADOS DE 5TA CATEGORÍA, ETC?

1. Conforme lo dispone el artículo 18 del Decreto Supremo N° 001-98-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 009-2011-TR, en los casos que el empleador cuente con menos de cien trabajadores, la boleta de pago deberá ser sellada y firmada por el empleador o su representante legal. En los casos en que se cuente con más de cien trabajadores, la firma ológrafa y el sellado manual de las boletas de pago, podrán ser reemplazados por la firma digitalizada, previo acuerdo con los trabajadores, e inscripción en el registro de firmas a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
2. Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el art. 2 del Decreto Supremo N° 009-2011-TR, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles de publicado el Decreto Supremo N° 009-2011-TR aprobará las disposiciones para la implementación del registro de firmas al que hace referencia el último párrafo del art. 18. Esta obligación se encontrará vigente a partir de la implementación del Registro de Firmas.
3. A la fecha, tal implementación del Registro de Firmas en el Ministerio de Trabajo, aún no se produce, por lo que la regulación contenida en el último párrafo del artículo 18 del Decreto Supremo N° 001-98-TR, no se encontraría vigente. De igual opinión ha sido la Dirección de

Políticas y Normativa de Trabajo del Ministerio de Trabajo mediante Informe N° 065-2013-MTPE/2/14.1.

4. En ese orden de ideas, en cuanto a la forma en la cual un empleador o su representante pueden proceder a firmar un documento, deberemos tener en cuenta lo señalado en el artículo 141-A del Código Civil, que refiere que, en los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

5. Conclusión:

a) Conforme lo indicado, debe considerarse que la implementación del registro de firmas a que hace referencia el artículo 18 del Decreto Supremo 001-98-TR, modificado mediante Decreto Supremo N° 009-2011-TR, no se ha producido hasta la fecha.

b) Que no encontrándose vigente en la actualidad el procedimiento de registro de firmas ante el Ministerio de Trabajo, se puede considerar que, la forma en la cual puede realizarse la firma en las boletas de pago u otros documentos similares, se sujeta a las normas del Código Civil, norma de aplicación supletoria a la normatividad laboral.

c) Siendo así, la empresa de conformidad con lo previsto en el artículo 141-A del Código Civil, podrá implementar la firma digitalizada en las boletas de pago y otros documento similares, sin ningún procedimiento administrativo previo para tales efectos ante el Ministerio de Trabajo u otras dependencias públicas.

d) El Ministerio de Trabajo ha sido de la misma opinión mediante Informe N° 065-2013-MTPE/2/14.1.

151. ¿ES POSIBLE OTORGAR LA BONIFICACIÓN POR TRANSPORTE? ¿EL IMPORTE A OTORGAR SERÁ CONSIDERADO COMO REMUNERACIÓN? ¿ENTRARÁ EN EL CÁLCULO DE GRATIFICACIÓN, CTS Y DEMÁS CONCEPTOS QUE APLIQUE?

Si es posible el otorgamiento de dicha bonificación por transporte

De conformidad con lo establecido en el literal i del Art. 19 del D. S. 001-97-TR, no se considera remuneración, todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor

o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuarios y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador.

En aplicación de lo dispuesto por el artículo 6° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR y el Art. 10° de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-96-TR, constituye remuneración para todo efecto legal, con excepción del Impuesto a la Renta que se rige por sus propias normas, "el íntegro de lo que el trabajador percibe por sus servicios, en dinero o especies, cualquiera sea la forma ó denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición.

En ese sentido, el otorgamiento de un bono por transporte que se otorga para el cabal desempeño del trabajador es una condición de trabajo, y por tanto, no se considera dicho bono como parte de la remuneración, ni tampoco para el cálculo de la gratificación y de la CTS, porque no parte de la remuneración.

Estará sujeto a los descuentos de ley, si es que se otorga esta cantidad y no cumple permanentemente esta función, ya que se consideraría como una remuneración encubierta, incluso pudiendo el trabajador en el futuro reclamar dicho monto como parte de su remuneración.

Al respecto el literal a) del artículo 1° del Decreto Supremo N° 179-2004-EF, que regula lo referente al impuesto a la Renta, establece que, las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos, están sujetas al pago de la renta correspondiente, que no es el caso, por tratarse dicho bono por transporte, de una condición de trabajo otorgada por el empleador de manera unilateral que no es de libre disposición del trabajador, sin característica remunerativa y por consiguiente, no sujeto al pago del impuesto a la renta.

Dicho importe, debe constar en la boleta de pago y en la planillas electrónica conforme lo dispone el artículo 1° de la Resolución Ministerial N° 020-2008-TR., que precisa que, las boletas de pago deben contener los importes no remunerativos.

Estando a lo señalado en el párrafo anterior, es una condición de trabajo, en la medida que se otorga dicho bono por transporte al trabajador para el cabal desempeño de sus labores.

Otorgada dicha condición de trabajo, al trabajador desplazado a la sede de Chosica el empleador, no podrá retirársela de manera unilateral, salvo que exista un acuerdo entre las partes, o la condición del trabajador cambie, como por ejemplo, deje de trabajar en Chosicay sea desplazado una sede donde no justifique el otorgamiento de dicha condición de trabajo.

152. ¿ES POSIBLE UN PAGO DIARIO DE ADELANTO DE LOS BENEFICIOS DE GRATIFICACIONES Y CTS?

Mediante la Ley N° 31087 publicada el 06 de diciembre último, se derogó la Ley de Promoción del Sector Agrario y sus normas modificatorias, así como el D.U. 043-2019, norma que otorgo otros beneficios laborales. Dicha ley, ha entrado en vigencia a partir del 7 de diciembre del presente año.

Estas disposiciones derogadas, no solo eran aplicable al sector agrario en estricto, sino también a:

- La acuicultura.
- Actividades de cultivo o crianza.
- Actividad agroindustrial.
- Actividad forestal y de fauna silvestre.

Según las noticias, al día de hoy, no hay todavía un proyecto consensuado que vaya ser discutido en el Parlamento, para regular el trabajo en las actividades económicas en el sector agrario, es por ello que, la Asociación de Gremios Productores Agrícolas del Perú mediante Carta N° 188/2020 /AGAP, efectuó una consulta al Ministerio de Trabajo sobre que norma será de aplicación a partir del 07 de diciembre del 2020 en el sector agrario. La Dirección General de Trabajo, que es un órgano de línea del Ministerio de Trabajo, ha indicado que, ante la derogación de la Ley N° 27360, los trabajadores del sector agrario pasan a regirse por las normas generales, por lo que, no es posible un pago diario de adelanto de los beneficios de gratificaciones y CTS.

Sin perjuicio de esto, el Ministerio de Trabajo, recomendó que se evalúe la posibilidad de realizar adelantos de remuneraciones, los cuales se podrían descontar en la liquidación de beneficios sociales, para tal efecto deberá tenerse presente los artículos 40 y 47 del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, los cuales, con determinados límites y formalidades, avalan la posibilidad de otorgar adelantos de remuneraciones con cargo a la CTS trunca. Asimismo, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 012-2016-TR permite afectar las gratificaciones legales a través de descuentos autorizados por el trabajador.

153. ¿CUÁL ES LA REMUNERACIÓN COMPUTABLE PARA EL CÁLCULO DE LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS? – SECTOR AGRARIO

La remuneración computable para el cálculo de la CTS, **es la remuneración bruta**, que consiste en la suma de todos los importes que recibe el trabajador en planilla. Por ejemplo: sueldo, asignaciones, bonificaciones y remuneraciones complementarias como las horas extras, comisiones y cualquier otra remuneración.

Base Legal:

El artículo 9° del Decreto Supremo N° 001-97-TR (Texto Único de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios) que señala como remuneración computable para el cálculo de la CTS:

“Artículo 9.- Son remuneración computable la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador, en dinero o en especie como contraprestación de su labor, cualquiera sea la denominación que se les dé, siempre que sean de su libre disposición. Se incluye en este concepto el valor de la alimentación principal cuando es

proporcionada en especie por el empleador y se excluyen los conceptos contemplados en los Artículos 19 y 20.”

Nota: La definición de remuneración bruta, se encuentra contenida en el precitado artículo 9° cuando refiere que, son remuneración computable la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador, en dinero o en especie como contraprestación de su labor.

Asimismo, según el artículo 18° del Decreto Supremo 179-2004-EF (08-12-2004, los ingresos por **CTS o indemnizaciones** previstas por las disposiciones laborales vigentes, constituyen ingresos inafectos al impuesto a la renta.

154. ¿QUÉ SUCEDE CUANDO EL TRABAJADOR NO HACE USO DE SUS VACACIONES DENTRO DEL PERIODO QUE LE CORRESPONDE GOZAR?

El trabajador en caso de no disfrutar del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquel en el que adquieren el derecho, deberá percibir:

- 1) Una remuneración por el trabajo realizado
- 2) Una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado y,
- 3) Una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso.

155. ¿CUÁL ES LA REMUNERACIÓN COMPUTABLE PARA EL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN VACACIONAL?

La indemnización vacacional se calcula en base a la remuneración que se encuentra percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectuó el pago y no con la remuneración histórica por los periodos vencidos.

Base Legal:

Artículo 23° del Decreto Legislativo N° 713, norma que regula los descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada que señala:

“Artículo 23°. - Los trabajadores, en caso de no disfrutar del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquél en el que adquieren el derecho, percibirán lo siguiente:

- a) Una remuneración por el trabajo realizado;*
- b) Una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado*

c) Una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso. Esta indemnización no está sujeta a pago o retención de ninguna aportación, contribución o tributo.

El monto de las remuneraciones indicadas será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectúe el pago”.

Nota: La Corte Suprema en la sentencia casatoria 2170-2003, ha sido del criterio que, si el empleador no otorgó el descanso vacacional en el año que correspondía y lo concede en forma posterior, ese descanso no va tener carácter resarcitorio, igual tendrá que abonar la indemnización vacacional correspondiente.

156. ¿CUÁL ES LA REMUNERACIÓN COMPUTABLE PARA EL CÁLCULO DE LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS?

La remuneración computable para el cálculo de la CTS, es la remuneración bruta, que consiste en la suma de todos los importes que recibe el trabajador en planilla. Por ejemplo: sueldo, asignaciones, bonificaciones y remuneraciones complementarias como las horas extras, comisiones y cualquier otra remuneración.

Base Legal:

El artículo 9° del Decreto Supremo N° 001-97-TR (Texto Único de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios) que señala como remuneración computable para el cálculo de la CTS:

“Artículo 9.- Son remuneración computable la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador, en dinero o en especie como contraprestación de su labor, cualquiera sea la denominación que se les dé, siempre que sean de su libre disposición. Se incluye en este concepto el valor de la alimentación principal cuando es proporcionada en especie por el empleador y se excluyen los conceptos contemplados en los Artículos 19 y 20.”

La definición de remuneración bruta, se encuentra contenida en el precitado artículo 9° cuando refiere que, son remuneración computable la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador, en dinero o en especie como contraprestación de su labor.

157. ¿LA ASIGNACIÓN POR MOVILIDAD, SE ENCUENTRA GRAVADA DEL IMPUESTO A LA RENTA DE QUINTA CATEGORÍA?

El literal e) del Art. 19 del D. S. 001-97-TR, precisa que, no se considera remuneración computable el valor del transporte, siempre que este supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado.

Asimismo el literal i) del referido art. 19 del D. S. 001-97-TR, precisa también que, no se considera remuneración computable, todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño

de su labor o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuarios y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador.

El otorgamiento de una asignación por movilidad, siempre que este supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado, es una condición de trabajo, que en el presente caso se otorga por la lejanía del centro de trabajo (Chaclacayo).

Estará sujeto a los descuentos de ley, si es que se otorga esta cantidad dineraria y no cumple permanentemente esta función.

El literal a) del artículo 1° del Decreto Supremo N° 179-2004-EF, que regula lo referente al impuesto a la Renta, establece que, las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos, están sujetas al pago de la renta correspondiente, que no es el caso, por tratarse dicha asignación por movilidad, de una condición de trabajo otorgada por el empleador de manera unilateral que no es de libre disposición del trabajador, sin característica remunerativa y por consiguiente, no sujeto al pago del impuesto a la renta.

CONCLUSIONES:

1. Las condiciones de trabajo son prestaciones en especie o en dinero que no califican como conceptos remunerativos, y por tanto, no son rentas de quinta categoría.
2. La asignación por movilidad entregado a los trabajadores que se desplazan a la empresa, resulta ser una condición de trabajo, por la lejanía del centro de trabajo donde prestarán sus servicios, no constituyendo dicha asignación por movilidad, como rentas de quinta categoría, por tanto, no se considera dicho beneficio como parte de la remuneración, ni tampoco para el cálculo de la gratificación y de la CTS, porque no es remuneración.
3. En el supuesto caso que los trabajadores no concurren a su centro de trabajo, no se les pagará dicha asignación por movilidad, la misma que ha sido entregado como una condición de trabajo.
4. Cabe precisar que, los trabajadores inicialmente fueron contratados para trabajar en San Martín de Porres, por lo que, dicho traslado del trabajador a un lugar distinto en el que preste habitualmente podía ser considerado un acto de hostilidad conforme lo dispone el literal c) del artículo 30 del D.S. 003-97-TR. Es por ello también, que dicha asignación por movilidad fue una iniciativa de la empresa quien otorgo dicha condición de trabajo, para que puedan concurrir a las otras áreas.

158. ¿QUÉ DERECHOS DEBE PERCIBIR UN TRABAJADOR QUE NO GOZA DEL DESCANSO FÍSICO DE MANERA OPORTUNA?

Según el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 713, si el trabajador no goza del descanso físico de manera oportuna, tiene derecho a percibir los siguientes ingresos:

a) Una remuneración por el trabajo realizado. Esta remuneración debió pagarse oportunamente por lo que, en rigor, no significa un nuevo desembolso.

b) Una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado, sujeta al pago de todo tributo social (aportes a las AFP, ESSALUD, etc.).

c) La indemnización por falta de descanso vacacional, equivalente a una remuneración, no sujeta a pago o retención de tributo alguno (ni siquiera el impuesto a la renta).

A la fecha, no existe norma alguna que precise desde cuándo es exigible la indemnización por falta de descanso vacacional, pero estimamos que, debe serlo desde que se causa el daño, es decir, desde que transcurre el año en que el trabajador debe gozar del descanso y ello no ocurre. A partir de ese momento, el trabajador podría exigir el pago de dicha indemnización. Este criterio ha sido ratificado por el Ministerio de Trabajo mediante Resolución Directoral No. 96- 2013-MTPE/1/20.4 del 5 de febrero de 2013. En similar sentido, se ha pronunciado la SUNAFIL en la Resolución de Intendencia No. 152-2015-SUNAFIL/ILM, de fecha 13 de mayo de 2015. Es decir, la indemnización deberá pagarse a partir del momento que el trabajador exija su pago, de lo contrario, deberá realizarse al momento del cese del trabajador.

Importante tener presente que, el artículo 24° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 713, Decreto Supremo N° 012-92- TR, niega la indemnización por falta de descanso vacacional a los gerentes o representantes de la empresa, que hayan decidido no hacer uso del descanso en mención. Es decir, si uno de los trabajadores en referencia tiene la suficiente autonomía para decidir cuándo salir de vacaciones y no goza oportunamente del descanso vacacional por decisión propia, no puede luego pretender cobrar la indemnización antes aludida a su empleador. Esto en base a la “teoría de los actos propios”, según la cual nadie puede basarse en hechos producto de su propia negligencia para exigir supuestos derechos. En cambio, si los gerentes o representantes de la empresa solicitan autorización o permiso para decidir el momento de goce del descanso vacacional, no tienen tal autonomía y, si no disfrutan de dicho descanso oportunamente, tienen derecho a la indemnización antes mencionada.

En conclusión, las disposiciones legales vigentes, no permiten la posibilidad de evitar el pago de la indemnización vacacional, salvo que, haya transcurrido 04 años contados a partir del cese del trabajador, en este supuesto, habría operado la prescripción de dicho beneficio, conforme lo dispone la Ley N°27321.

159. ¿EL TRABAJADOR EXTRANJERO REQUIERE UNA ADENDA A SU CONTRATO DE TRABAJO PARA PODER GESTIONAR LA RENOVACIÓN DE SU CARNET DE EXTRANJERÍA?

Con relación a la consulta sobre si el trabajador extranjero requiere una adenda a su contrato de trabajo para poder gestionar la renovación de su carnet de extranjería; si la adenda debe tener un plazo específico para la renovación.

Para la renovación del carnet de extranjería, no es requisito contar con un contrato aprobado por el Ministerio de Trabajo. Dicho trámite de renovación de carnet de extranjería, es virtual a través de la página web de la Superintendencia Nacional de Migraciones.

La renovación de contrato de trabajo extranjero, solo se exige, si el contrato de trabajo está por vencer y se requiere ser presentado a migraciones para la continuidad de la calidad migratorio habilitante de trabajador.

160. ¿PUEDE EL EMPLEADOR RETENER LOS CTS?

Respecto, a la retención del pago de los beneficios sociales del trabajador, no existe norma alguna que posibilite que, el empleador pueda retener su pago, cuando el trabajador no devuelve los bienes de la empresa. En ese sentido, la empresa tiene 48 horas de producido el cese, para realizar el pago de los beneficios sociales que correspondan sin que proceda ningún descuento por bienes que el trabajador no devuelve.

Sugiero se evalúe que, estando el trabajador en cuarentena por Covid19, por un periodo no menor de 15 días a más, lo que va dificultar la entrega inmediata de los bienes de la empresa, se coordine telefónicamente con algún pariente o familiar cercano para la entrega de los referidos bienes.

161. ¿EXISTE EL DESPIDO EN PERIODO DE PRUEBA POR FALTA GRAVE ESTANDO LA TRABAJADORA EN LACTANCIA?

De configurarse una causa justa de despido, relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador, la entidad empleadora se encontrará plenamente facultada de iniciar el procedimiento de despido correspondiente o cesar al trabajador durante el periodo de prueba.

De otro lado es facultad del empleador conforme lo dispone el artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, poder extinguir la relación laboral, si el trabajador no supero el periodo de prueba de tres meses. El contagio que ha sufrido el trabajador por el Covid 19, no limita ni anula el cese producido.

Sin perjuicio de lo indicado, hay que tener en cuenta que, con fecha 01 de abril del presente año, se ha promulgado la Ley N° 31152, que ha modificado el literal e) del artículo 29 del D.S. 003-97-TR, precisando que, será considerado un despido nulo, si la trabajadora que comunico su estado de gestación, nacimiento o encontrándose en periodo de lactancia, es cesada dentro del periodo de prueba, salvo la comisión de falta grave que motive el despido o que se justifique, documentalmente, que no logro superar satisfactoriamente el periodo de prueba, de lo contrario, se va presumir que el cese, obedeció a su condición de madre gestante o al nacimiento de un hijo o por encontrarse en periodo de lactancia.

La madre en periodo de lactancia de un año, si comete falta grave, puede ser despedida.

162. ¿QUÉ ES HORA EXTRA? ¿EL TRAYECTO SE CONSIDERA HORA EXTRA?

Por temas de ahorro en la Empresa, a partir de la fecha todos los viajes nacionales que el personal requiera realizar para cumplir con sus funciones, serán vía terrestre, ya no por vía aérea. Ello ocasionará que muchas veces los viajes a realizar tengan una duración como máximo de veinticuatro (24) horas.

En el caso del personal no fiscalizado, no tengo problema. Sin embargo, la situación cambia en el caso del personal fiscalizado, quienes cumplen con un horario de trabajo (de lunes a viernes de 08:00 a.m. a 06:00 p.m. con una hora de refrigerio) y donde casi el 100% de su tiempo están en la oficina, pero que por algún caso puntual y/o específico tienen que viajar con muy poca frecuencia dentro del país.

Mi pregunta es: ¿Estas horas de viaje (que en el peor de los casos podrían llegar a ser veinticuatro (24) horas) forman parte de su jornada de trabajo? ¿De ser el caso anterior, el exceso de horas en la jornada de trabajo debería considerarse como horas extras?

Te pongo el ejemplo de un Analista de Contabilidad que es responsable del inventario, registro, costeo y depreciación de los activos fijos de la empresa, quién es fiscalizado y que trabaja en horario de oficina (de L a V de 08:00 a.m. a 06:00 p.m.), pero que por temas puntuales tiene que viajar muy esporádicamente dentro del país a inventariar y registrar los demás activos que la Empresa pudiera tener en otros departamentos / provincias.

Las horas de viaje de un colaborador a otra localidad, donde prestará servicios esporádicamente, ¿dichas horas de viaje, forman parte de su jornada de trabajo? ¿Y de ser así, correspondería el pago de horas extras?

Al respecto, debemos definir previamente que se entiende por horario de trabajo, y que es el trabajo en sobretiempo u horas extras.

Conforme lo dispone el artículo 6° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, se entiende por horario de trabajo, la representación del tiempo durante el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador para la prestación de sus servicios, dicho período no puede ser mayor a la jornada legal.

Se entiende trabajo en sobretiempo u horas extras, al trabajo realizado más allá de la jornada ordinaria diaria o semanal y puede realizarse antes de la hora de ingreso o después de la hora de salida establecida. Es voluntario tanto en su otorgamiento como en su realización; sólo es obligatorio en casos justificados por hecho fortuito o de fuerza mayor, que pongan en peligro a las personas, los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva. La hora extra se entenderá otorgada tácitamente, cuando el trabajador acredite haber laborado en sobretiempo, aún sin autorización expresa del empleador. Cuando el sobretiempo es anterior o posterior a la jornada de trabajo en horario nocturno, la hora extra se calcula en base al valor de la remuneración ordinaria para la jornada nocturna, conforme lo dispone el artículo 9° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR y artículos 18°, 19°, 22° y 23° del Decreto Supremo N° 008- 2002-TR.

En todo caso, es bueno indicar que, respecto a los trabajadores que conducen vehículos de transporte, una reciente sentencia recaída en la Casación N° 9850-2014 La Libertad, emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, ha establecido como criterio

jurisprudencial que, las labores de estos trabajadores (chóferes) se desarrollan de manera alternada con lapsos de inactividad, en los que no se realiza un trabajo efectivo en forma permanente, sino que el esfuerzo e intensidad para el desarrollo de su labor es menor en comparación con otras labores, lo que supone una disponibilidad de tiempo diferente, concluyendo que no están sujetos a la jornada máxima de labores y por tanto no sujeto al pago de horas extras.

Conclusiones:

1. Al no contemplar la normatividad laboral, que el desplazamiento hasta el sitio de trabajo es parte de la Jornada Laboral, consideramos que el tiempo que utilice el trabajador en su desplazamiento, lo hace fuera de su jornada de trabajo, mas aún, cuando durante dichas horas del desplazamiento no se efectúa una prestación de servicio efectiva por parte del trabajador en beneficio del empleador.
2. En cuanto al tiempo de duración del desplazamiento del trabajador, es bueno precisar que, no existe norma que señale expresamente, que dicho tiempo del desplazamiento en un viaje, sea parte de la Jornada de Trabajo, salvo el caso de los chóferes que conducen vehículos por carretera.
3. Por último, es bueno precisar que, el tiempo que requieran los trabajadores para dirigirse del lugar de trabajo a sus domicilios principales no puede considerarse parte de la jornada laboral, pues dicho desplazamiento no es parte del periodo utilizado en la prestación efectiva del servicio contratado. Por tal motivo las horas empleadas en el desplazamiento del lugar de trabajo hasta su domicilio se entenderán dentro de su periodo de descanso.

163. CHOFÉRES DE TRANSPORTE PÚBLICO

Teniendo claro que se entiende por horario de trabajo y el trabajo en sobretiempo, somos de la opinión que el desplazamiento del trabajador fiscalizado a otra localidad no es parte de la jornada de trabajo, en tanto no está prestando un servicio efectivo al empleador ni tampoco ni tampoco se encuentra durante dicho viaje a disposición de su empleador.

Distinto es el caso de los chóferes que conducen vehículos de transporte público, que se rigen por su propia normatividad y por el Convenio de la OIT N° 67, que regula las horas de trabajo y descanso en el transporte por carretera, que se aplica exclusivamente a los chóferes que conducen vehículos de transporte por carretera, que considera que los lapsos de simple presencia o descanso del chofer durante el desplazamiento son parte de la jornada laboral, que no es el caso materia de la consulta.

164. ¿CÓMO SE REALIZA EL PAGO DE HABERES Y EL DEPÓSITO DE LAS CTS DEL TRABAJADOR?

1. El Artículo 6° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece que constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como

desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto.

2. Respecto a la consulta, sobre la forma del pago de remuneraciones a los trabajadores de la empresa, el artículo 18° del Decreto Supremo N° 001-98-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 003-2010-TR, establece que, el pago de la remuneración podrá ser efectuado directamente por el empleador o por intermedio de terceros (empresas del sistema financiero).

3. Si el pago se efectúa a través de las empresas del sistema financiero, los trabajadores tendrán derecho de elegir aquella donde se efectuarán los depósitos sin costo alguno, conforme a las siguientes reglas:

A. Al inicio de la relación laboral, el trabajador comunicará al empleador, dentro de los diez (10) días hábiles de iniciado el vínculo, el nombre de la empresa del sistema financiero elegida y, de ser el caso, el número de la cuenta. Vencido el plazo sin que el trabajador haya cumplido con comunicar su elección, el empleador podrá efectuar los depósitos de la remuneración en dinero, en cualquier empresa del sistema financiero donde se ubique el centro laboral en el que preste servicios el trabajador.

B. Durante la vigencia de la relación laboral el trabajador podrá comunicar al empleador, dentro de los diez (10) días hábiles del mes correspondiente al pago de la remuneración, el cambio de la empresa del sistema financiero y la indicación del número de cuenta, no estableciendo la norma reparo alguno al límite de las veces en las que se podrá efectuar el mencionado cambio.

C. Cualquier acto de injerencia por parte del empleador en la libre elección del trabajador, son infracciones muy graves sancionables por la inspección del trabajo, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley N° 28806.

4. En relación a la consulta sobre el pago de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-97-TR establece las siguientes reglas respecto al depósito de la CTS que debe efectuar el empleador, que mencionamos a continuación:

A. De conformidad con lo establecido en el artículo 21° y 22° de la norma indicada, los empleadores depositarán dentro de los primeros 15 días naturales en los meses de mayo y noviembre de cada año tantos dozavos de la remuneración computable percibida por el trabajador en los meses de abril y octubre respectivamente, como meses completos haya laborado en el semestre respectivo. La fracción de mes se depositará por treintavos.

B. Teniendo en cuenta los plazos de depósito de la CTS que debe efectuar el empleador, indicado en el literal anterior, el trabajador que ingrese a prestar servicios deberá comunicar a

su empleador, por escrito y bajo cargo, en un plazo que no excederá del 30 de abril o 31 de octubre según su fecha de ingreso, el nombre del depositario que ha elegido, el tipo de cuenta y moneda en que deberá efectuarse el depósito. Además el trabajador deberá elegir entre los depositarios que domicilien en la provincia donde se encuentre ubicado su centro de trabajo. De no haberlo, en los de la provincia más próxima o de más fácil acceso.

C. Si el trabajador no cumple con la obligación señalada en el párrafo anterior, el empleador efectuará el depósito en cualquiera de las instituciones del Sistema Financiero permitidas por esta Ley, bajo la modalidad de depósito a plazo fijo por el período más largo permitido.

5. SUGERENCIAS PARA DAR CUMPLIMIENTO A LO DISPUESTO EN LAS DISPOSICIONES LEGALES.

Siendo que el trabajador desconoce la normativa específica indicada, consideramos que la empresa, con el propósito de dar cumplimiento a las disposiciones mencionadas y evitar sanciones por parte del sistema inspectivo laboral, sugerimos que se materialice las siguientes acciones:

- 1. En el caso de pago de haberes**, el empleador para dar cumplimiento a lo dispuesto en la norma indicada, deberá poner en conocimiento del trabajador por escrito y bajo cargo, el plazo que tiene de 10 días hábiles para comunicar al empleador, la entidad financiera donde desea que se efectúe el depósito de su remuneración, bajo apercibimiento que en caso de vencer dicho plazo y no comunicar a que entidad financiera se efectuará el pago, será el empleador que decida la entidad donde depositará su remuneración.
- 2. En el caso del depósito de la Compensación por tiempo de servicios**, igualmente, el empleador debe poner en conocimiento del trabajador por escrito y bajo cargo, el plazo que tiene para comunicar la elección de la entidad del sistema financiero donde desea que se deposite su CTS. Dicho plazo. no excederá del 30 de abril o 31 de octubre según su fecha de ingreso, bajo apercibimiento que en caso de no comunicarlo en el plazo indicado, será el empleador que decida la entidad financiera donde se efectuará el depósito de la CTS.

165. ¿UN TERCERIZADO PODRÍA HACER USO DEL LACTARIO?

El 9 de febrero de 2016 se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 001-2016-MIMP, que reglamenta la Ley N°29896, norma que estableció la implementación de lactarios tanto en instituciones públicas como privadas.

La norma (Ley 29896 y su Reglamento) tiene algunos vacíos, por ejemplo, no se precisa si el personal tercerizado, practicantes o personal intermediado, deben ser computados para el cálculo de las 20 trabajadoras en edad fértil, tampoco precisa, si las trabajadoras tercerizadas destacadas en la empresa principal, pueden hacer uso del lactario.

El artículo 2° de la Ley que regula los servicios de tercerización, Ley N° 29245, señala que, se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo, cuenten con sus propios

recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Asimismo, el Reglamento de la Ley N° 29245 y el Decreto Supremo N° 1038, que regulan los servicios de Tercerización, el Decreto Supremo N° 006-2008-TR., del 12 de septiembre del 2008, precian las siguientes definiciones:

a. EMPRESA PRINCIPAL.- Empresa que encarga o delega el desarrollo de una o más partes de sus actividades principales a una empresa tercerizadora, artículo modificado por el Decreto Supremo 001-2022-TR.

b. EMPRESA TERCERIZADORA.- Empresa que lleva a cabo el servicio u obra contratado por la empresa principal, a través de sus propios trabajadores, quienes se encuentran bajo su exclusiva subordinación, artículo modificado por el Decreto Supremo 001-2022-TR.

Son empresas tercerizadoras:

- Las empresas contratistas
- Las empresas subcontratistas

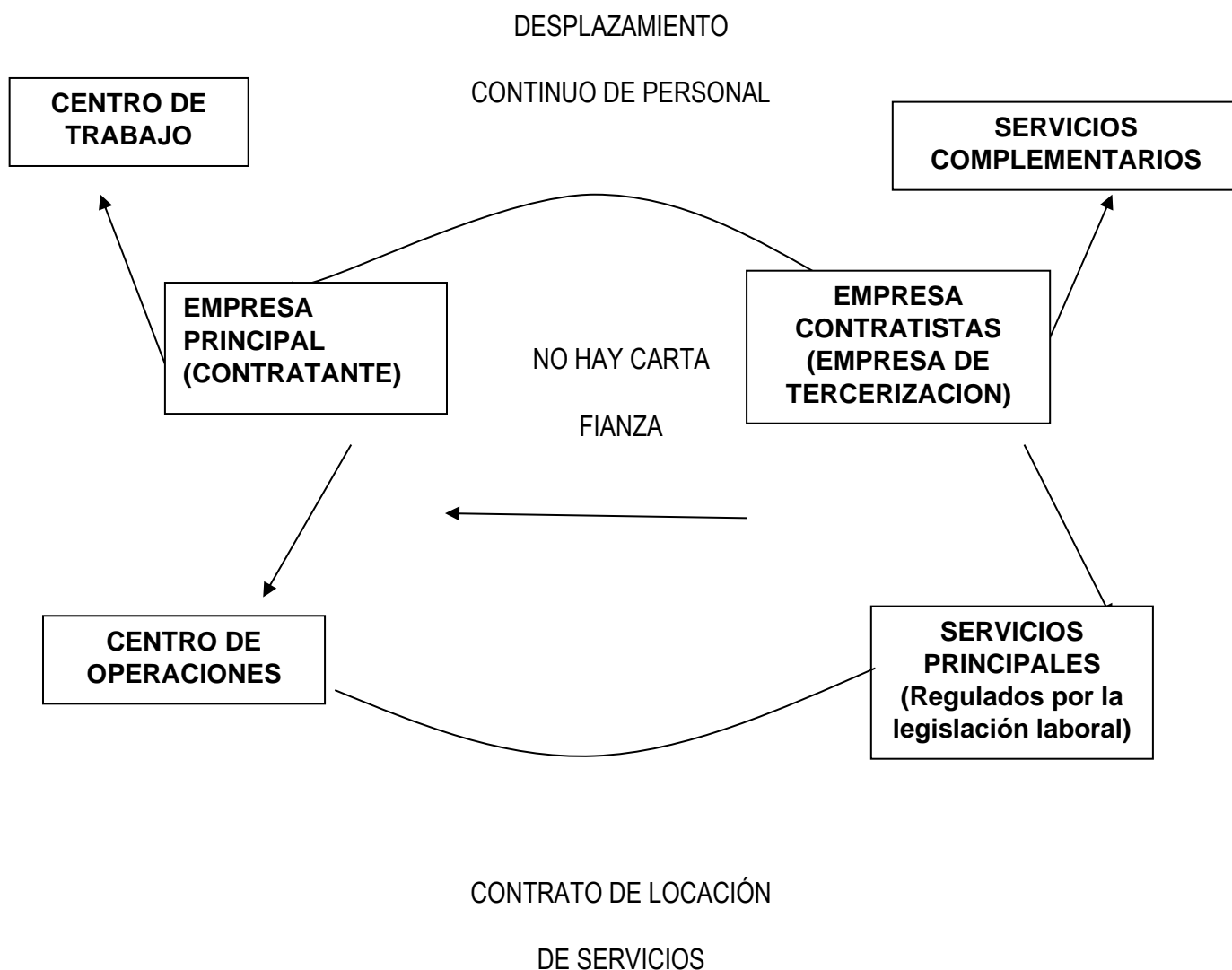
c. CENTRO DE TRABAJO.- Es aquel lugar o lugares donde se encuentran las instalaciones de la empresa principal a la que es desplazado el trabajador de la empresa tercerizadora, bajo las órdenes exclusivas de su empleador.

d. CENTRO DE OPERACIONES.- Es aquel lugar o lugares determinados por la empresa principal que se encuentran fuera del centro de trabajo de aquella, donde el trabajador desplazado realiza sus labores, bajo las órdenes exclusivas de su empleador.

e. DESPLAZAMIENTO DE PERSONAL.- Es el traslado del trabajador o trabajadores de la empresa tercerizadora al centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal, manteniéndose en todo momento bajo la exclusiva subordinación de aquella.

A continuación de manera ilustrativa, precisamos como se desarrolla la institución de la tercerización de servicios.

TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS



5. El artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2016-MIMP, dispone que: **“Los centros de trabajo** del sector público y del sector privado, donde laboren veinte (20) o más mujeres en edad fértil deben contar con un lactario, el cual, es un ambiente apropiadamente implementado para la extracción y conservación adecuada de la leche materna durante el horario de trabajo, que reúne las condiciones mínimas que garantizan su funcionamiento óptimo como son: privacidad, comodidad e higiene; así como el respeto a la dignidad y la salud integral de las mujeres beneficiarias, y la salud, nutrición, crecimiento y desarrollo integral del niño o niña lactante, hasta los dos primeros años de vida.

Dicha disposición legal (Decreto Supremo N° 001-2016-MIMP) desarrolla el mismo término de centro de trabajo, que desarrolla el Reglamento de la Ley N° 29245, el Decreto Supremo N° 006-2008-TR., y desde esa perspectiva, consideramos que la utilización del lactario por parte de la trabajadora tercerizada en la empresa principal, que resulta ser **el centro de trabajo de la trabajadora destacada**, no desnaturaliza la figura de la tercerización, en la medida que, la implementación y utilización de los lactarios, se da por mandato legal (Ley N° 29896 y Reglamento), **y además, porque no es una condición de trabajo que**

tenga relación con la prestación del servicio contratado con la empresa tercerizadora, en ese sentido, desde un punto de vista humano y social, no consideramos que exista contingencia que la trabajadora tercerizada, pueda utilizar el lactario de la empresa; de la misma opinión sobre la utilización del lactario por parte de la trabajadora tercerizada, es la Dirección de Fortalecimiento de las Familias de la Dirección General de la Familia y Comunidad del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

Sugerimos en todo caso, que para la utilización del lactario de la empresa principal por parte de dicha trabajadora de la tercerizada, el coordinador de la empresa tercerizadora coordine por escrito con la empresa principal, para la utilización del lactario en beneficio de la trabajadora tercerizada y éste sea el que le comunique a la trabajadora.

Se recomienda dar lectura al Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR que realiza cambios en lo que se refiere a la actividad principal de la empresa.

Se entiende por Actividades especializadas las que están vinculadas a la actividad principal de la empresa, se entiende por obra la ejecución de un encargo concreto, vinculado a la actividad principal de la empresa. Ambos no deben tener por objeto el núcleo del negocio.

166. ¿CÓMO APLICAR ORDEN DE RETENCIÓN DE ALIMENTOS?

Sobre la orden de retención del 40% de toda remuneración que perciba el trabajador, dispuesta por el Juzgado de Familia, al respecto señalo lo siguiente:

El Artículo 6º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece que constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto.

Estando a lo señalado, el Juzgado de Paz Letrado de Familia, mediante Oficio, esta ordenando cumplan con ejecutar la asignación anticipada de alimentos dispuesta en la suma equivalente al 40% de los haberes mensuales, gratificaciones, bonificaciones, horas extras, utilidades y demás beneficios que percibe el trabajador, a favor de sus hijos menores de edad, disponiendo en ese sentido, que la empresa retenga y entregue directamente en forma mensual los conceptos señalados a favor de la demandante, en representación de los citados menores.

En conclusión:

- a) La retención del 40% de la remuneración del trabajador, dispuesta por el Juzgado de Paz Letrado, incluye los ingresos provenientes de las gratificaciones o bonificaciones extraordinarias, utilidades, es decir incluye beneficios tanto remunerativos como no remunerativos.

- b) Dicha retención del 40% de los haberes del trabajador, será entregada directamente a favor de la demandante, pago que se puede efectuar mediante cheque o en caso de ponerse de acuerdo con la beneficiaria, a través de una cuenta bancaria.
- c) Respecto a la Compensación Por Tiempo de Servicios (CTS), conforme lo dispone el artículo 38° del Decreto Supremo N° 001-97-TR, norma que aprueba el Texto Único de la Ley de Compensación Por Tiempo de Servicios, en caso de juicio por alimentos, el empleador debe informar al juzgado, bajo responsabilidad y de inmediato, sobre el depositario elegido por el trabajador demandado, los depósitos que efectúe y cualquier cambio de depositario. El mandato judicial de embargo será notificado directamente por el juzgado al depositario.
- d) Estando a lo señalado, la empresa debe informar al Juzgado de la retención del 40% de toda remuneración que percibe el trabajador así como su entrega directa a la beneficiaria, conforme se ha señalado, y además informar sobre el depositario elegido por el trabajador para que el juzgado pueda notificar directamente a la entidad financiera y sea éste el que proceda a la retención ordenada por el Juzgado de la CTS.

167. ¿EL MONTO QUE SE PAGA POR RECARGAR COMBUSTIBLE ESTÁ SUJETO AL PAGO DE IMPUESTO A LA RENTA, A LAS APORTACIONES AL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES Y/O SEGURIDAD SOCIAL DE SALUD?

Al respecto, de conformidad con lo establecido en el literal i del Art. 19 del D. S. 001-97-TR, no se considera remuneración, todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuarios y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador.

En aplicación de lo dispuesto por el artículo 6° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR y el Art. 10° de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-96-TR, constituye remuneración para todo efecto legal, con excepción del Impuesto a la Renta que se rige por sus propias normas, “el íntegro de lo que el trabajador percibe por sus servicios, en dinero o especies, cualquiera sea la forma ó denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición.

Asimismo, el Art. 34° de la Ley de Impuesto a la Renta a letra dice: “*son rentas de quinta categoría las obtenidas por concepto de: a) el trabajo personal prestado en relación de dependencia, incluidos cargos públicos, electivos o no, como sueldos, salarios, asignaciones, emolumentos, primas, dietas, gratificaciones, bonificaciones, aguinaldos, comisiones, compensaciones en dinero o en especie, gastos de representación y, en general, toda retribución por servicios personales*”

Ahora bien, luego de haber establecido qué se entiende por remuneración, cabe precisar que, nuestra normatividad a señalado que debe considerarse como remuneración no computable (literal i del Art. 19° del D. S. 001-97-TR) “todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de sus labores, o con ocasión de sus funciones tales como movilidad, viáticos, gastos de representación y

en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador”

Respecto al caso en concreto, sobre la situación de los funcionarios de la empresa, a los que se les ha proporcionado un automóvil, el mismo que usará para realizar las funciones propias del trabajo, ahora la empresa quiere asignarles una tarjeta para recargar combustible en forma semanal, con un tope de 50 galones; se pregunta si dicho monto estará sujeto al pago de impuesto a la renta, a las aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones o Sistema Privado de Pensiones, y Seguridad Social de Salud. En nuestra opinión consideramos que no, porque este dinero no es de su libre disposición (no es remuneración) debiendo llevar la empresa un control estricto de que se use en los encargos asignados, siendo además que la cantidad de galones de combustible que se está entregando resulta razonable por ello se debe cumplir con pactar que la misma se otorga exclusivamente para el trabajo o con ocasión del trabajo y en consecuencia no es de libre disposición del trabajador, precisando que cuando se use la tarjeta, la factura este a nombre de la empresa.

Cabe mencionar que, el literal a) del artículo 1° del Decreto Supremo 179-2004-EF, que regula lo referente al impuesto a la Renta, establece que, las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos, están sujetas al pago de la renta correspondiente, que no es el caso, por tratarse dicho monto de dinero que se entregará por concepto de combustible, de una condición de trabajo sin característica remunerativa y por consiguiente, no sujeto al pago del impuesto a la renta.

Por otro lado, si estará sujeto a los descuentos de ley, si es que se otorga esta cantidad y no cumple permanentemente esta actividad, ya que se podría considerar como una remuneración encubierta.

Dicho importe, debe constar en la boleta de pago y en la planilla electrónica conforme lo dispone el artículo 1° de la Resolución Ministerial N° 020-2008-TR, que precisa que, las boletas de pago deben contener los importes no remunerativos.

Asimismo, debe indicarse las responsabilidades en caso de mala utilización de dicho fondo, precisándose que, en caso sea utilizado para otros fines, podrá constituir falta grave por utilización indebida o apropiación de bienes de la empresa conforme lo dispone el inciso c) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

Dicho monto no está afecto al impuesto a la renta, ni a las aportaciones al sistema nacional de pensiones y/o seguridad social.

168. ¿CÚAL ES EL PAGO DE LA SOBRETASA QUE DEBE PAGARSE A UN TRABAJADOR QUE LABORA UN DÍA FERIADO?

El Artículo 6° del Decreto Legislativo 713, en la Ley N° 31530 se establece que los feriados oficiales en territorio peruano son los siguientes:

- Año Nuevo (01 de Enero)

- Jueves Santo y Viernes Santo - Abril)
- Día del Trabajo (01 de Mayo)
- San Pedro y San Pablo (29 de Junio)
- Fiestas Patrias (28 y 29 de Julio)
- Batalla de Junín (06 de agosto)
- Santa Rosa de Lima (30 de Agosto)
- Combate de Angamos (8 de Octubre)
- Todos los Santos (01 de Noviembre)
- Inmaculada Concepción (08 de Diciembre)
- Navidad del Señor (25 de Diciembre)

La importancia de estos feriados oficializados es que cuando se produzcan, los trabajadores tienen derecho a descansar sin descuento de sus remuneraciones, conforme está expresamente señalado en el artículo 5° del Decreto Legislativo 713.

¿Y qué pasa si el trabajador se ve precisado a laborar en un día considerado feriado oficial?. En dicho caso la norma ha previsto dos soluciones:

a) Sustituir el día de descanso por otro. El artículo 9° del Decreto Legislativo 713 permite el denominado “descanso sustitutorio” que no es sino el cambio de fecha de descanso. Por ejemplo: si Arturo ha tenido que trabajar el día 29 de Junio (que corresponde al feriado oficial por el Día de San Pedro y San Pablo) puede tomar un día de descanso en reemplazo del feriado que tuvo que laborar.

b) Retribuir el día laborado. El mencionado artículo 9° del Decreto Legislativo 713 establece que, si no se produce el descanso sustitutorio, el empleador deberá pagar la remuneración del día trabajado con una **sobretasa del 100 %**. Aquí hay que tener en cuenta que se está hablando de la remuneración por el trabajo y no de la remuneración por el feriado, son dos cosas distintas. Por lo tanto, si un trabajador o trabajadora labora en día feriado y no goza de descanso sustitutorio en otra fecha, la empresa tendrá que abonarle la remuneración del día feriado y la remuneración por el trabajo realizado que será igual al valor de la remuneración diaria más una sobretasa del 100 % (lo cual quiere decir que por el trabajo realizado se le debe pagar el doble de la remuneración diaria). A esto se llama triple remuneración de su jornal diario.

Por ejemplo: Si Luis gana 1200 nuevos soles mensuales, su remuneración diaria, será 40 soles, y si ha trabajado en día feriado y no se le ha concedido descanso en otro día de reemplazo, entonces deberá pagársele 120 nuevos soles por el día feriado que tuvo que laborar (40 nuevos soles por la remuneración del feriado y 80 nuevos soles por el trabajo realizado en el feriado).

Se tiene entonces que el trabajo realizado en un feriado concede al trabajador o trabajadora derecho a descansar en otra fecha o al **pago de la triple remuneración de su jornal diario**.

CONCLUSIÓN:

1. Si un trabajador labora en día feriado y no goza de descanso sustitutorio en otra fecha, la empresa tendrá que abonarle: **a)** la remuneración del día feriado, **b)** la remuneración por el trabajo realizado, que será igual al valor de la remuneración diaria **más** una sobretasa del 100 % (triple remuneración de su jornal diario).
2. En todo caso, la empresa conforme lo establece el artículo 9 del Decreto Legislativo 713, el trabajo realizado en un día feriado, puede ser compensado por otro día, más aún, si la empresa ha suscrito convenios de compensación con sus trabajadores.

169. ¿LA ENTREGA DE DINERO DE UNA EMPRESA A SUS TRABAJADORES COMO PREMIO DE UN CONCURSO DE CANTO DEBE CONSIDERARSE EN LA BOLETA DE PAGO? ¿DEBE ESTAR AFECTO A IMPUESTOS?

Sobre como debe considerarse el otorgamiento que ha efectuado la empresa de S/.1000.00 soles a dos trabajadores, como parte de un premio por un concurso de canto, comento lo siguiente:

1. En aplicación de lo dispuesto por el artículo 6° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y el artículo 10° de su Reglamento, constituye remuneración para todo efecto legal, *“el íntegro de lo que el trabajador percibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sea la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición”*.

En este sentido, si de por medio existe una entrega de bienes a favor del trabajador como remuneración en especie ello formaría parte de los cálculos para los beneficios sociales del trabajador.

Sin embargo, consideramos, que no nos encontramos bajo este supuesto, en tanto la entrega de dinero que ha percibido el trabajador, no ha sido realizada por los servicios prestados por éste, sino como parte de un concurso de canto, por lo que dicha entrega de dinero deberá efectuarse documentalmente conforme se explicará más adelante.

2. Distinto es el caso de la entrega de una Gratificación Extraordinaria, que es un acto unilateral, libre y voluntario, mediante el cual la empresa entrega ocasionalmente una suma de dinero al trabajador como un acto de liberalidad, como ha ocurrido en el presente caso, donde la empresa entrega una suma de dinero a un trabajador, como parte de un premio por un concurso de canto, consistente en S/. 1000.00 soles, toda vez que, esto representaría por parte del empleador, reiteramos, un acto de liberalidad, no teniendo estos carácter remunerativo, conforme lo prevé el inciso a) del artículo 19° del Decreto Supremo N° 001-97-TR., que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, no siendo computable para el computo de la compensación por tiempo de servicios y gratificaciones.

En este sentido, este tipo de bienes entregados al trabajador calificarían como renta de quinta categoría, al amparo de lo señalado en el literal a) del artículo 34° de la Ley del Impuesto a la Renta, pero no como

concepto remunerativo dentro de los alcances de lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y el inciso a) del artículo 19° del D.S. N° 001-97-TR., debiendo la empresa formalizar documentalmente, dicha entrega de S/.1000.00 soles que por concepto de gratificación extraordinaria se entregará al trabajador al amparo del referido literal a) del artículo 19 del Decreto Supremo N° 001-97-TR.

Conclusión:

1. Dicho monto de dinero que se va entregar al trabajador (S/.1000.00 soles), se consignará en la boleta de pago, en el rubro conceptos no remunerativos, al amparo de lo previsto en el literal a) del artículo 19 del D.S. 001-97-TR.
2. En tal sentido, cuando una empresa entrega, a título de liberalidad y ocasionalmente, una gratificación extraordinaria, esta no tiene incidencia en la determinación de los beneficios sociales, compensación por tiempo de servicios, gratificaciones de julio y diciembre, etc., ni está afecta a los tributos y aportaciones que inciden sobre la remuneración, con excepción del Impuesto a la Renta de Quinta Categoría que se rige por su propia norma.
3. Siendo dicha entrega de dinero, un acto de liberalidad por parte del empleador, esta deberá ser formalizada documentalmente y suscrita por el empleador y trabajador.

170. ¿ES POSIBLE OTORGARLES LA SUMA DE S/ 150 SEMANALES MIENTRAS DURA LA CAPACITACIÓN Y HASTA QUE SE APRUEBEN LOS CONTRATOS DEL PERSONAL EXTRANJERO CENTROAMERICANO?

El artículo 6° del Decreto Supremo 003-97-TR., señala expresamente que, constituye remuneración para todo efecto legal, el íntegro de lo que el trabajador percibe por sus servicios, en dinero o especie (...). Bajo esta óptica, la entrega de dinero que se estaría por otorgar, en dicho periodo de capacitación, a dicho personal extranjero, no resulta como consecuencia de una contraprestación por la labor efectuada por dicho personal que está siendo capacitado, más aún, cuando dicho personal aún no se encuentra registrado en la planilla de la empresa hasta que ocurra la aprobación de sus contratos de trabajo por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

En todo caso, también hay que tener presente, que dichos trabajadores extranjeros centroamericanos, por la situación precaria que vienen padeciendo, donde mucho de ellos vienen en calidad de refugiados, resulta justificable la entrega de dicho dinero que podría ser considerado como una suerte de ayuda humanitaria, sin que deba entenderse como una remuneración, en la medida que, no se advierte en este periodo de capacitación, una contraprestación efectiva de labores por parte de dicho grupo de ciudadanos extranjeros que pueda beneficiar a la empresa.

171. ¿QUÉ FORMA SE LE PUEDE DAR A DICHA ENTREGA PARA EVITAR CONTINGENCIAS TANTO LABORALES Y QUIZÁS TRIBUTARIAS?

Consideramos que resulta válido que sea entregado como movilidad y refrigerio. Es bueno recordar que no existe ningún impedimento legal que prohíba esta modalidad de entrega, primero porque dicha suma **no se entrega** como consecuencia de una contraprestación de servicios, sino porque el candidato al

puesto de trabajo, dedica ciertamente determinadas horas en dicha capacitación que puede justificar la entrega de dicho dinero bajo el concepto de movilidad y refrigerio, sin que ello implique una condición de trabajo, pues no se advierte los demás elementos del contrato de trabajo (prestación de servicios, subordinación y remuneración) más aún, cuando dicho extranjero no puede trabajar en tanto la Autoridad Administrativa de Trabajo no apruebe su contrato, por lo que, la entrega de dicha suma en un periodo de capacitación por dichos conceptos antes de ingresar a la planilla de la empresa se justifica, aunado a la situación precaria señalada en el párrafo anterior.

172. ¿CUÁLES SON LAS CONTINGENCIAS QUE PUEDE TENER LA EMPRESA POR REALIZAR DICHA ENTREGA DE DINERO AL PERSONAL VENEZOLANO EN LAS CONDICIONES DESCRITAS?

Podría presentarse el caso, de trabajadores que podrían demandar que la relación laboral se inició desde la capacitación impartida, sin embargo, consideramos que dichas reclamaciones no prosperarían, en la medida que, no se advierte durante dicho periodo de inducción, los elementos típicos de una relación laboral, como son, la prestación de servicios, subordinación y el pago de una remuneración.

Respecto a la posibilidad de una sanción por parte del Sistema Inspectivo, lo vemos poco probable, puesto que el inspector de trabajo lo que verificará, tratándose de personal extranjero, es si dicho trabajador, está prestando servicios reales a la empresa y si cuenta con su contrato de trabajo aprobado por el Ministerio de Trabajo, dos situaciones que no se advierten durante dicho periodo de capacitación.

Respecto a la posibilidad de un accidente de trabajo durante el periodo de capacitación, de un grupo de ciudadanos extranjeros venezolanos que aún no presta servicios para la compañía por no contar con su contrato aprobado por la Autoridad de Trabajo y por lo tanto no se encuentra registrado en la planilla como trabajador; la empresa responderá por el accidente ocurrido, sin que ello implique un reconocimiento que dicho grupo de personas son trabajadores de la compañía, ello de acuerdo con lo señalado por el principio de Prevención desarrollado en el numeral I del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley 29783, que dispone que, la Empresa garantiza en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral prestan servicios o se encuentren dentro del ámbito del centro de labores.

Estando a lo señalado, no podría alegarse por parte del personal accidentado, que este hecho constituye un accidente de trabajo, más aún, si dicho hecho, no se produjo con ocasión de un trabajo que aún no desarrollan.

173. ¿QUÉ TRABAJADORES TIENEN LA CALIDAD DE REFUGIADOS?

Conforme lo dispone el numeral 119 del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 107-2017-TR., para que un ciudadano en calidad de refugiado, pueda trabajar en el Perú, se requiere:

1. Que la empresa solicitante, presente ante la Sub Dirección de Registros Generales, dos ejemplares del contrato de trabajo.

2. Se debe adjuntar la fotocopia simple del carne del solicitante de refugio, expedido por la Comisión Especial para los Refugiados del Ministerio de Relaciones Exteriores o en su defecto, el documento provisional de trámite. Mientras se encuentra en trámite la solicitud de refugio, la Comisión Especial para los Refugiados, expide al solicitante un documento que acredite que su caso se encuentra en proceso de determinación, lo cual no significa el reconocimiento de la calidad de refugiado. Dicho documento faculta al solicitante a permanecer en el país mientras su solicitud se resuelve en forma definitiva y lo autoriza provisionalmente a trabajar (Autorización de Trabajo Provisional emitido por Relaciones Exteriores), conforme lo prevé el artículo 14° y siguientes de la Ley 27891, Ley del Refugiado.

La vigencia del documento provisional, es de 60 días hábiles, pudiendo ser renovado a criterio de la Comisión Especial para los Refugiados.

3. Respecto del contrato de trabajo, tiene que tener dos cláusulas de carácter especial, de acuerdo con el artículo 14 inciso e) del Decreto Legislativo N° 014-92-TR, la primera está cumplida y es la autorización de prestar servicios por su condición de refugiado, y la segunda, es que debe consignarse en el contrato de trabajo que se presente al MTPE, el compromiso de capacitar al personal nacional en la misma ocupación.
4. Se debe adjuntar la declaración Jurada respecto de que el contrato de trabajo no se excede de los porcentajes limitativos autorizados (Las empresas nacionales o extranjeras podrán contratar personal extranjero en una proporción de hasta el 20% del número total de sus servidores, empleados y obreros. Sus remuneraciones no podrán exceder del 30% del total de la planilla de sueldos y salarios).
5. El plazo para resolver la aprobación de dichos contratos por parte de la Autoridad de Trabajo, es de cinco (05) días hábiles. Con dicha autorización expedida por el Ministerio de Trabajo, recién el ciudadano en calidad de refugiado, podrá laborar en el país.

174. ¿QUÉ TRABAJADORES CUENTAN CON PERMISO TEMPORAL DE PERMANENCIA?

Con relación a los trabajadores con Permiso Temporal de Permanencia, en el sentido que, los trabajadores extranjeros de nacionalidad Venezolana, que tengan permiso temporal de permanencia, no están exceptuados de la presentación del contrato de trabajo de acuerdo al procedimiento previsto en el numeral 42° del TUPA del Ministerio de Trabajo, así como a los formatos que aparece en la página web del MTPE. Es decir, luego de la obtención del PTP, el contrato de trabajo debe ser presentado en triplicado al Ministerio de Trabajo, quien debe

aprobarlo en un plazo de tres (03) días hábiles. Luego de ser aprobado, recién podrá trabajar el ciudadano extranjero.

Como ya lo habíamos mencionado, el contrato de trabajo dichos ciudadanos venezolanos, tiene que tener dos cláusulas de carácter especial, de acuerdo con el artículo 14 inciso e) del Decreto Legislativo N° 014-92-TR, la primera está cumplida y es la autorización de prestar servicios por el PTP. Las otras dos cláusulas, que deben consignarse en el contrato de trabajo que se presente al MTPE, son:

- El compromiso del empleador de transportar al personal extranjero y los miembros de la familiar que expresamente se estipulen en el país de origen o al que convengan al extinguirse la relación contractual.
- El compromiso de capacitar al personal nacional en la misma ocupación.

En conclusión, dichos ciudadanos extranjeros venezolanos, no pueden aún laborar hasta que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, apruebe sus contratos de trabajo, conforme se indica en comentario.

175. ¿SE PUEDE ESTABLECER COMO OBLIGACIÓN DE LA CONTRATISTA QUE PAGUE A SUS TRABAJADORES EL BONO DE PRODUCTIVIDAD QUE SE ESTABLEZCA? ¿DE QUÉ MANERA SE PUEDE ESTABLECER DE MANERA FORMAL ESTA OBLIGACIÓN?

Sobre base de la libertad de contratación, regulada en el inciso 14 del numeral 2 de la Constitución Política del Estado, constitucionalmente, se puede pactar que la contratista asuma el pago del bono de productividad de los trabajadores contratados por ella.

Consignando ello en el contrato civil de tercerización de servicios celebrado entre la empresa contratista y la empresa principal o contratante de los servicios de tercerización.

Ello no afecta la independencia en la ejecución de la parte integral de los servicios contratados por parte de la empresa contratista; a través de su personal desplazado a las instalaciones o centro de operaciones de la empresa contratante. Por ello no se desnaturaliza el contrato de tercerización de servicios celebrado.

Estando a lo señalado, la cláusula del contrato con la empresa contratista donde se establezca la obligación de dicho pago por productividad, podría quedar redactada de la siguiente manera.

Obligaciones de la Empresa de Tercerización de servicios:

1) (..)

2) *“No afectar los derechos laborales y de seguridad social de sus trabajadores, para lo cual se obliga a tener los recursos económicos suficientes para garantizar el pago de obligaciones laborales, de seguridad social de sus trabajadores. Asimismo, la empresa contratista, con la finalidad de dar cumplimiento al objeto y finalidad del presente contrato de locación de servicios, otorgará bonos de productividad a los trabajadores que cumplan con los objetivos de productividad que se establezcan.”*

La empresa Principal, para asegurar el pago de los derechos y beneficios sociales del trabajador por parte de la empresa contratista, puede condicionar el pago de la factura a la empresa contratista; a la acreditación del cumplimiento de dichos pagos (obligaciones laborales, de seguridad social y otorgamiento de bonos de productividad, señalados en el párrafo precedente, en tanto de acuerdo con el artículo 9 de la Ley N° 29245 la empresa principal o contratista de los servicios de tercerización es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que estuvo desplazado el trabajador, obligación que se extiende hasta un año después a la culminación del desplazamiento, lo que justifica la presente cláusula.”

Recomendamos leer el Decreto Supremo Nro. 001-2022 al respecto.

176. ¿QUE SUCEDE CUANDO LA HUELGA AFECTA LOS SERVICIOS PÚBLICOS?

El artículo 82 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, establece que, **cuando la huelga afecte los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables**, los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan. La norma dispone que, anualmente y durante el primer trimestre, las empresas que prestan estos servicios esenciales, comunicarán a sus trabajadores u organizaciones sindicales que los representan y a la Autoridad de Trabajo, el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios, los horarios y turnos que deben cumplir, así como la periodicidad en que deben producirse los respectivos reemplazos.

La disposición legal hace referencia a aquellas empresas ligadas con servicios públicos esenciales. ¿ y qué se entiende por servicios públicos esenciales? Al respecto, el artículo 83 del Decreto Supremo señalado refiere que son servicios públicos esenciales: a) Los sanitarios y de salubridad. b) Los de limpieza y saneamiento. c) Los de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible. d) Los de sepelio, y los de inhumaciones y necropsias. e) Los de establecimientos penales. f) Los de comunicaciones y telecomunicaciones. g) Los de transporte. h) Los de naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa o seguridad nacional. i) Los de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de Justicia de la República. j) Otros que sean determinados por Ley.

Estando a lo señalado, siendo que, la actividad económica de la empresa no está ligada a ningún servicio público esencial.

Los artículos 67, 68 y 68-A del Decreto Supremo Nro. 014-2022-TR estipulan:

“Artículo 67.- Comunicación de servicios mínimos En el caso de servicios públicos esenciales o de las labores indispensables previstas en el Artículo 78 de la Ley, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 82 de la misma, las empresas o entidades comunican en el mes de enero de cada año a sus trabajadores u organización sindical y a la Autoridad Administrativa de Trabajo, el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios mínimos, los horarios y turnos, la periodicidad y la oportunidad en que deban iniciarse los servicios mínimos por cada puesto.

Las empresas o entidades deben incluir en su comunicación un informe técnico que justifique la cantidad de trabajadores por puestos, los horarios, turnos, periodicidad y la oportunidad en que debe realizarse

los servicios mínimos. En caso de servicios públicos esenciales, dicha comunicación debe justificarse en la preservación de la seguridad, la salud, la vida o el sostenimiento de las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población. Cuando se trate de labores indispensables, la comunicación deberá contemplar los siguientes requisitos: i. Limitar las labores indispensables a lo estrictamente necesario. ii. Brindar un detalle claro sobre la estructura y funcionamiento de la empresa. iii. Motivar adecuadamente la propuesta de servicios mínimos en virtud de la seguridad de los trabajadores y ciudadanos que se encuentran en las instalaciones de la empresa; o, en función a que la paralización del servicio originada por la huelga impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa”.

“Artículo 68.- Divergencia sobre servicios mínimos En caso de divergencia frente a la comunicación que cumpla con lo establecido en el artículo 67 del Reglamento, los trabajadores u organización sindical deben presentar a la Autoridad Administrativa de Trabajo, en un plazo no mayor de treinta (30) días naturales de comunicados los servicios mínimos por su empleador, un informe con sus observaciones justificadas respecto al número de trabajadores, puestos, horarios, turnos, periodicidad u oportunidad de inicio que haya comunicado la empresa o entidad. Para la resolución de la divergencia, la Autoridad Administrativa de Trabajo cuenta con treinta (30) días hábiles para resolver. Para ello, puede contar con el apoyo de un órgano independiente, el mismo que es designado en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles computados desde la presentación de la divergencia. El periodo entre la designación y aceptación del órgano independiente suspende el plazo con el que cuenta la Autoridad Administrativa de Trabajo para resolver la divergencia. En caso se cumpla el plazo máximo para resolver la divergencia, los trabajadores u organizaciones sindicales tienen que presumir la existencia de una resolución ficta denegatoria, encontrándose facultados para interponer los recursos administrativos pertinentes en uso o aplicación del silencio administrativo negativo. Las partes pueden interponer recurso de apelación contra la resolución que resuelva la divergencia dentro de los quince (15) días hábiles de notificada. La Autoridad Administrativa de Trabajo, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, traslada el recurso al órgano independiente cuando las observaciones estén referidas al sustento técnico”.

“Artículo 68-A.- Trámite de la divergencia sobre servicios mínimos El órgano independiente debe comunicar si acepta o no tal designación en un plazo máximo de diez (10) días hábiles luego de notificada la misma. Transcurrido dicho plazo sin respuesta expresa, la Autoridad Administrativa de Trabajo, por única vez, designa a otro órgano o resuelve la divergencia. Una vez aceptada la designación, el órgano independiente debe determinar los servicios mínimos en un plazo máximo de quince (15) días hábiles. La Autoridad Administrativa de Trabajo resuelve sobre la base del informe del órgano independiente, del informe técnico presentado por el empleador y de las observaciones o de los informes que presenten los trabajadores u organización sindical, pudiendo solicitar el apoyo de la Autoridad Inspectiva de Trabajo u otras entidades. Las partes están obligadas a facilitar al órgano independiente o a la Autoridad Administrativa de Trabajo la información que requieran, así como permitir el ingreso a sus instalaciones. La negativa del empleador a otorgar estas facilidades supone que el órgano independiente o la Autoridad Administrativa de Trabajo puedan efectuar presunciones en contra de la postura del empleador.

Mientras no se resuelva la divergencia, en caso de huelga, se considera el siguiente orden de prelación:
i. Para el caso de servicios públicos esenciales: en primer lugar, los acuerdos previos sobre servicios mínimos; en segundo lugar, la resolución de una divergencia anterior en aquellos aspectos que no hayan variado sustancialmente; en defecto de todo lo anterior, surtirá efecto la declaración realizada por el

empleador conforme a lo establecido en su informe técnico. ii. Para el caso de labores indispensables: en primer lugar, los acuerdos previos sobre servicios mínimos; en segundo lugar, la resolución de una divergencia anterior en aquellos aspectos que no hayan variado sustancialmente; en defecto de todo lo anterior, la Autoridad Administrativa de Trabajo aplicará el principio de buena fe y razonabilidad tomando de referencia la declaración realizada por el empleador, conforme a lo establecido en su informe técnico”.

177. ¿EN QUÉ SE SUSTENTA EL RETIRO DE CONFIANZA DE UN EXPATRIADO DE OTRA NACIONALIDAD?

Informo lo siguiente:

1. El empleador, dentro de su facultad directriz, puede introducir cambios, modificar turnos, así como la modalidad de la prestación de las labores, dentro de los criterios de razonabilidad y necesidades del centro de trabajo, conforme lo prevé el artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.
2. Siendo así, conforme lo precisa el contrato de trabajo del trabajador migrante andino, tiene el puesto de Funcionario de Instalaciones y que ocupa actualmente el ciudadano de la comunidad andina, fue calificado como uno de confianza, al amparo de lo establecido en el artículo 43° del Decreto Supremo 003-97-TR y que lo han calificado.
3. Tratándose de un puesto de puesto de confianza, dicha confianza, puede ser retirada, que implicará su cese en el puesto de trabajo que venia ocupando y el retiro de la compañía.
4. Es bueno recordar que, con **fecha 31 de agosto del 2016, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante sentencia 18450-2015**, ha establecido que no corresponde otorgar indemnización por despido arbitrario a los trabajadores que siempre ocuparon puestos de confianza, bajo el régimen de la actividad privada.
5. Conforme a lo pactado en el contrato, dicho trabajador migrante, **fue contratado bajo el régimen laboral de la actividad privada en un puesto de confianza desde sus inicios**, correspondiéndole todos los beneficios laborales que dichas disposiciones contienen.
6. En conclusión, procede el retiro de confianza del trabajador que ocupa un puesto de confianza y su posterior cese en la compañía, correspondiéndole los todos los beneficios sociales de un nacional, no procediendo conforme al último criterio de la Corte Suprema señalado, el pago de una indemnización.
7. Respecto si hay algún inconveniente de cesar al trabajador el 30 de octubre, siendo que sus tickets de avión están programados para el día 17 de octubre. Al respecto, no hay inconveniente.
8. Respecto al inicio de su trámite ante migraciones para la cancelación de su residencia ante Migraciones, este trámite deberá efectuarse 10 días antes de la fecha de salida definitiva del ciudadano de la comunidad andina.

9. Luego de aprobarse la cancelación de la residencia, el ciudadano extranjero, tiene 10 días como máximo para salir del país, en caso demore su salida, migraciones le cobrará una penalidad de \$1 dólar americano por cada día que se quede.
10. Precisamos que, la cancelación de la residencia puede ser opcional, en todo caso, si el retiro del ciudadano extranjero es definitivo, si es conveniente que realice su trámite de cancelación definitiva de la residencia, en la medida que, este trámite es exigido por la AFP del trabajador para su posterior repatriación o entrega de sus fondos depositados.

178. ¿SE PUEDE DAR POR CONCLUIDO EL CONVENIO DE PRÁCTICAS PRE-PROFESIONAL, CUYO DESEMPEÑO NO HA SIDO BUENO?

El convenio de prácticas pre profesionales, conforme lo precisa la Ley N° 28518, Ley sobre modalidades formativas, no tiene naturaleza laboral.

Asimismo, de acuerdo al artículo 20° de la Ley mencionada, el convenio de prácticas tiene una duración mínima de 6 meses.

Mediante Resolución Ministerial N° 069-2007-TR modificado mediante Resolución Ministerial 142-2007-TR, el Ministerio de Trabajo aprobó el modelo de convenio de prácticas que deben utilizar los empleadores.

Estos modelos de convenio, son modelos tipo, que seguramente ustedes también lo están utilizando.

Conforme lo dispone el artículo 46 de la Ley, el convenio debe indicar una cláusula que desarrolle las causas de finalización del convenio como son:

- a) El cumplimiento del plazo estipulado en la letra D, Condiciones del Convenio, de las Condiciones Generales.
- b) El mutuo disenso entre EL PRACTICANTE y LA EMPRESA.
- c) El fallecimiento de EL PRACTICANTE.
- d) La invalidez absoluta permanente.
- e) No guardar reserva de toda la información y/o documentación que EL PRACTICANTE conozca durante el desarrollo de la práctica.
- f) El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones por parte de EL PRACTICANTE y específicamente las contempladas en el convenio.
- g) Renuncia del aprendiz.
- h) otros

Esta cláusula tipo del convenio esta desarrollada en concordancia con lo previsto en el artículo 41 de la Ley 28518, que dispone:

Son obligaciones de las personas en formación (practicante) al suscribir el respectivo convenio con la empresa:

1. Obligarse a acatar las disposiciones formativas que le asigne la empresa.
2. Cumplir con diligencia las obligaciones convenidas.
3. Observar las normas y reglamentos que rijan en el centro de trabajo.
4. Cumplir con el desarrollo del programa que aplique la empresa.

Estando a lo señalado, consideramos que, si bien el convenio de practicas pre profesionales no tiene carácter laboral, el empleador de manera unilateral y sin ninguna justificación que acredite el mal desempeño, no puede dar por concluido el convenio, en tanto se esta produciendo un perjuicio al aprendiz en formación, quien requiere de dichas practicas, para la obtención del título profesional.

El practicante conforme lo dispone el artículo 37 del Reglamento de la Ley N° 28518, podrá recurrir a la Autoridad Inspectiva de darse este supuesto.

En caso que el practicante hubiera incumplido sus obligaciones, conforme al literal f) de las causales de extinción del convenio señalado precedentemente y el artículo 41° de la Ley 28518, la empresa esta facultada a dar por concluido el convenio de practicas pre profesionales, siempre y cuando, le haya sido notificado al practicante de las deficiencias advertidas en su desempeño, para lo cual, se siguiere que, el área involucrada elabore un informe de evaluación de desempeño, que justifique la finalización del convenio de prácticas. Últimamente la ley ha señalado que la experiencia le servirá para su curriculum vitae al practicante.

179. ¿QUÉ SUCEDE EN LOS CASOS DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR, NO ESTÉ DEBIDAMENTE SUSTENTADO?

El trabajador podrá invocar en su demanda de reposición por despido y daño moral:

1. El Numeral 7° del artículo 2° de la Constitución Política del Estado, señala que, toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación (...)El mismo artículo indica que, toda persona afectada por afirmaciones inexactas, tendrá derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.
2. El literal h) del numeral 24° del artículo 2° de la Constitución , también refiere que, nadie debe ser víctima , violencia moral, psíquica o física, ni tratos humillantes.
3. Por otro lado, en los casos de falta grave por inobservancia del Reglamento de Seguridad por parte del trabajador, previsto en el literal a) del artículo 25 del D.S. 003-97-TR, asimismo, dicha

disposición laboral ha dispuesto en su artículo 31° cual es el procedimiento de despido que debe seguir todo empleador, debiendo tener presente que, en los casos de despido por falta grave, el trabajador puede impugnarlos en sede judicial y en caso que sean amparados, conforme a reiterada jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema (Casación 1594-Lambayeque; casación 12592-2015-Callao), podría reclamar una suma económica por daño moral en caso se demuestre que el despido fue injustificado, y además, porque la razón de la falta grave, es falsa y puede convertirlo, afectando el honor y reputación del trabajador.

4. Cualquier sanción o comunicación de una falta grave cometida por el trabajador, debe sujetarse al procedimiento señalado expresamente a lo dispuesto en el D.S.003-97-TR., disposición legal que no ha previsto la comunicación de una falta grave o despido a través de una circular en donde todos los trabajadores tomen conocimiento del hecho, en este caso se está afectando a la dignidad de la persona.
5. Por último, en los casos de falta grave comprobada, debe sujetarse al procedimiento señalado en el artículo 31 del D.S.003-97-TR., donde las partes involucradas en dicho procedimiento solo es el empleador y de la otra parte el trabajador, no es un procedimiento trilateral, donde tenga que ponerse en conocimiento de terceros que no serán parte de dicho proceso de despido, el hacerlo público ciertamente se podría estar afectando la reserva del proceso y el honor del trabajador involucrado.
6. El trabajador puede demandar el pago de la indemnización que señala el artículo 38, además del daño moral.

180. ¿QUÉ SUCEDE EN LOS CASOS QUE EL DESPIDO DEL TRABAJADOR ESTE ADECUADAMENTE SUSTENTADO?

En los casos de un despido debidamente sustentado, la consecuencia lógica será que la demanda de reposición y daño moral que pueda plantear un trabajador, sea desestimada, y la contingencia relacionada a la afectación al honor y la buena reputación por haberse difundido la noticia en el centro de labores, también se reduce.

181. ¿QUÉ SUCEDE EN LOS CASOS DE RENUNCIA?

En los casos de renuncia de un trabajador, la contingencia de algún reclamo relacionado a una reposición o daño moral no se presentaría, pues el cese del trabajador se produjo por un acto voluntario del propio trabajador, conforme a lo previsto en el literal b) del artículo 16° del D.S.003-97-TR.

182. ¿LA EMPRESA PUEDE CONSIDERAR EN LA NUEVA ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL, EL ÁREA DE DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD OCUPACIONAL INDEPENDIENTE DEL ÁREA DE SUPERVISIÓN DE SALUD OCUPACIONAL?

con relación a tu consulta, sobre si la empresa puede considerar en la nueva estructura organizacional, el área del Departamento de Seguridad Ocupacional independiente del área de supervisión de salud ocupacional, al respecto, te comento lo siguiente:

1. Conforme lo prevé el artículo 26 de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, el empleador delega las funciones y la autoridad necesaria, al personal encargado del desarrollo, aplicación y resultados del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, quien rinde cuentas de sus acciones a la autoridad competente. Dicha disposición, señala que, el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, es responsabilidad del Empleador, quien asume el liderazgo y compromiso de estas actividades en la organización.

2. El artículo 36, del mismo cuerpo normativo, señala que, todo empleador organiza un servicio de seguridad y salud en el trabajo, cuya finalidad es esencialmente preventiva.

3. Estando a lo señalado, la empresa puede disponer dentro de su estructura orgánica, un departamento de seguridad y salud ocupacional independiente del área de supervisión de la salud ocupacional.

4. No vemos contingencia que el área de seguridad y salud ocupacional, sea independiente del área de supervisión de la salud ocupacional, más aún, cuando estas van a depender de la Gerencia de Recursos Humanos.

183. ¿QUÉ IMPLICANCIA TIENE EL REGLAMENTO DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO?

La Ley 29783 Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, no regula que para el desarrollo de los documentos que contienen la Identificación de peligros y evaluación de riesgos, así como los documentos de gestión en materia de SST, tenga necesariamente que ser realizado por un profesional con determinadas competencias o perfiles.

Sin embargo, el artículo 20 de la RM 111-2013/MEM/DM, que aprueba el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo con Electricidad -2013, ha establecido que, el Estudio de Riesgos en trabajos con electricidad, deberá ser efectuado alternativamente:

1. Por un profesional colegiado, (puede ser ingeniero, abogado etc.)entiéndase con colegiatura hábil, experto en la materia propia de la entidad. Aquí deberá acreditarse que el profesional ostenta título profesional y no técnico, así como colegiatura hábil del Colegio Profesional donde se encuentra inscrito. Se exige también que sea un experto en la materia de la entidad, esto se acreditará con la experiencia laboral (años de servicio que haya brindado en riesgos con trabajos en electricidad ya sea para la propia compañía u otras del rubro) o con cursos de capacitación.
2. Por empresas con experiencia debidamente acreditadas,
3. Y por último por personal operativo con amplia experiencia y conocimientos. Aquí la norma es muy genérica, habla de personal operativo, que puede ser un personal profesional o técnico que acredite experiencia; ello se acreditará igualmente por el tiempo de servicios que brinda dicho personal en labores de riesgo con electricidad y conocimiento que también lo da la experiencia operativa o cursos.

En ese sentido, si el Departamento de Prevención de Riesgos de la Empresa cuenta con personal señalados en los numerales 1 y 3 del párrafo anterior, pueden efectuar la evaluación de riesgos y

peligros. Considero que el personal operativo con amplia experiencia a que hace referencia la norma es la que encaja más en las labores que ustedes realizan.

Se debe tener presente que, conforme lo dispone el artículo 24° de la Ley de SST, la participación de los trabajadores, es un elemento esencial del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo en la organización. En ese sentido, la empresa debe asegurar que los trabajadores y sus representantes participen, sean consultados, informados y capacitados en todos los aspectos de seguridad y salud en el trabajo relacionados con la labor que realizan, incluidas las disposiciones relativas a situaciones de emergencia.

Dicha participación se dará a través del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Respecto a las competencias que debe ostentar el profesional que va a impartir las charlas de capacitación en materia de seguridad y salud en el trabajo; al respecto, el literal b) del artículo 29 de la Ley 29873, establece que, los programas de capacitación en materia de SST, deben ser impartidos por profesionales competentes y con experiencia en la materia. Es decir, el profesional que imparta dichas charlas en materia de identificación y evaluación de riesgos u otros temas en materia de SST, deberá acreditar determinada competencia y esto se acredita con cursos de capacitación sobre la materia, así como experiencia en el dictado de dichas capacitaciones. La norma no exige aquí, que el capacitador tenga necesariamente que contar con una cantidad de horas de haber sido capacitado, pero si debe ostentar tener un perfil y competencia en materia de SST, que solo se puede acreditar, con capacitaciones, diplomados, especializaciones que ostente y tener experiencia práctica en charlas en materia de SST.

Por último hay que tener presente que, la capacitación, cualquiera que sea su modalidad, debe realizarse dentro de la jornada de trabajo y esta puede ser impartida por el empleador, directamente o través de terceros, y el costo de la formación debe ser asumido íntegramente por el empleador.

184. ¿EL DOCUMENTO QUE EMITE ESSALUD PUEDE UTILIZARSE PARA EFECTOS DE APLICAR LA CAUSAL DE CESE LABORAL?

En principio no existe una base legal precisa respecto a la consulta efectuada, lo que tenemos que hacer es una interpretación sistemática de la normativa laboral que regula la prestación de servicios efectivos de un trabajador para la compañía para la cual fue contratado.

A la fecha EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta Médica del Colegio Médico, ninguna de las entidades señaladas, posee una reglamentación sistemática a cerca de los procedimientos que deberán seguirse en los casos que los trabajadores se vean afectados por enfermedades o accidentes que lo colocan en estado de invalidez que no les permita laborar para el puesto que fueron contratados.

El propio documento que emite EsSalud sobre el estado de invalidez del trabajador señala que no es válido para fines laborales, esto básicamente con la finalidad que no se produzca la desvinculación del trabajo afectado.

Si el trabajador no se recupera y transcurren los 11 meses y 10 días de incapacidad temporal para el trabajo, EsSalud dejará de abonar (vía reembolso) el subsidio respectivo, por lo que el empleador carecerá de la obligación de continuar pagándolo al trabajador. Sin embargo, ello no autoriza a la empresa a cesar al trabajador.

A partir de dicho momento, el trabajador deberá continuar con el vínculo laboral suspendido (suspensión perfecta) sin goce de remuneraciones al no efectuar trabajo efectivo de conformidad con el artículo 6 de D.S. 003-97-TR.

En la práctica, de darse este supuesto (descanso médico prolongado) lo que se debe hacer, en aplicación del artículo 23 del D.S. 003-97-TR, modificado por la Ley 29973, enviar al trabajador una comunicación para que señale de acuerdo a su perfil profesional, si puede ser reubicado en otro puesto. Con su respuesta o no, la empresa procede a la suspensión perfecta de labores (artículo 11 del D.S. 003-97-TR) en tanto el trabajador ya no puede ser reubicado por el perfil laboral por el cual fue contratado, es decir, el contrato de trabajo se suspende sin pago de remuneración, pero queda subsistente el vínculo laboral. Esta solución es de carácter provisional que tiene por efecto que aún con el paso del tiempo no se acumulen beneficios laborales, manteniéndose dicho estado hasta que el trabajador decida extinguir el vínculo laboral, mediante renuncia o ambas partes acuerden la extinción por mutuo acuerdo.

185. ¿LA EMPRESA INCURRIRÍA EN FALTA AL LIQUIDAR AL COLABORADOR CON EL INFORME MÉDICO DE INCAPACIDAD DE ESSALUD?

De acuerdo con el artículo 20 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR, la invalidez absoluta permanente extingue de pleno derecho y automáticamente la relación laboral desde que es declarada por el Instituto Peruano de Seguridad Social o el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos o designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.

Asimismo, el literal a) del artículo 23° del D.S. 003-97-TR., modificado por la Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29973, señala que, las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas y que luego de realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño del trabajador en sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros, **es una causa justa de despido relacionadas con la capacidad del trabajador.**

De acuerdo al informe médico de incapacidad emitido por Essalud, se ha determinado que la naturaleza de la incapacidad del trabajador chofer, es **NO TEMPORAL**, es decir, **PERMANENTE**.

En ese sentido, la extinción de la relación laboral de dicho trabajador que se desempeña como chofer de un bus interprovincial, al haberse calificado su incapacidad como no temporal, resulta válida la extinción de su contrato de trabajo al amparo de lo previsto en el literal e) del artículo 16 del D.S. 003-97-TR., al no ser posible su reubicación en otra plaza por su perfil profesional de chofer, pudiendo desempeñar solo esta actividad para la cual se le contrato.

Cabe precisar, que será el informe de Essalud, el documento determinante para proceder a la extinción del contrato de trabajo y no un documento médico emitido por un profesional particular.

186. ¿PARA EL PERSONAL DE PILOTOS Y TRIPULANTES QUE PRESTAN SERVICIOS EN CARRETERA, LA EMPRESA TIENE LA OBLIGACIÓN DE CONTRATAR EL SCTR?

El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, es un seguro creado por la ley N° 26790, Ley de Modernización en la Seguridad Social en Salud, reglamentado por el Decreto Supremo N° 003-98-SA. Brinda cobertura de atención médica y/o prestaciones económicas requeridas por el trabajador a consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Este seguro, es de carácter obligatorio para las empresas dedicadas a actividades económicas de alto riesgo y que están especificadas en el Anexo No. 5 del DS 009-97-SA, modificado por el DS No.003-98-SA.

El transporte terrestre, no ha sido considerado como una actividad de alto riesgo, conforme se desprende de las actividades que se indican en el Anexo No. 5 del DS 009-97-SA, modificado por el DS No.003-98-SA., por tanto, no existe obligación por parte de la empresa de contratar este seguro.

187. LOS ACCIDENTES DE TRÁNSITO ¿SON CONFIGURADOS TAMBIÉN COMO ACCIDENTES DE TRABAJO?

El Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR, en su GLOSARIO DE TÉRMINOS ha establecido que por Accidente de trabajo se entiende:

“Todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, y aun fuera del lugar y horas de trabajo”.

Como podrá advertirse de la lectura de dicho concepto, queda claro que en todo accidente de trabajo para que sea considerado como tal, deben concurrir las siguientes condiciones:

- a) Que la lesión al trabajador, sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo.
- b) Que la lesión se produzca durante la ejecución de órdenes del empleador o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad.

Un accidente donde no concurren las condiciones señaladas, no será considerado accidente de trabajo.

188. ¿CUÁNDO NO ES ACCIDENTE DE TRABAJO?

De conformidad con lo previsto en el artículo 2.3 de las NORMAS TÉCNICAS DEL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO, aprobado mediante DECRETO SUPREMO N° 003-98-SA., **No constituye accidente de trabajo entre otras acciones:**

- a)
- b) El provocado intencionalmente por el propio trabajador o por su participación en riñas o peleas u **otra acción ilegal;**

Si el accidente se produjo, por una acción ilegal del chófer, (incumplimiento de normas de tránsito), **no estamos ante un accidente de trabajo.**

En ese sentido, todo accidente que no sea calificado como accidente de trabajo, así como toda enfermedad que no sea calificada como enfermedad profesional; serán tratados como accidentes o enfermedades comunes sujetas al régimen general del Seguro Social de Salud y al sistema pensionario al que se encuentra afiliado el trabajador.

En el presente caso, fue calificado este accidente según lo informado por ustedes, como un accidente de tránsito y no de trabajo.

La contingencia que se podría presentar, es que, el trabajador pueda demandar judicialmente una indemnización, si acredita que su empleador no cumplió con las medidas de seguridad y salud en el trabajo, charlas de capacitación que pudieron haber influido en el accidente de trabajo, conforme lo prevé las normas de SST aprobado mediante Ley N° 28783 y su Reglamento el D.S. 005- 2012-TR.

189. ¿CUÁLES SERÍAN LAS OBLIGACIONES DE UNA EMPLEADORA ANTE UN ACCIDENTE DE TRÁNSITO?

Habiendo sido calificado dicho suceso como un accidente de tránsito, y habiéndose determinado que la incapacidad es de naturaleza permanente, la empresa esta facultada para extinguir el contrato de trabajo y proceder al pago de sus beneficios sociales correspondientes, la entrega de su constancia de trabajo y la carta de liberación de la CTS.

CONCLUSIONES:

1) En el caso específico del despido por motivo de incapacidad, se debe considerar como causa de despido el artículo 23 inciso a) del Decreto Supremo N° 003-97-TR, y el artículo 16 inciso g) del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Debe hacerse notar que hay que dar un plazo de preaviso al trabajador de treinta días antes a efectos de que demuestre su capacidad para ocupar otro puesto, conforme lo señalado en el precitado artículo 23 inciso a) y el artículo del precitado decreto supremo.

En caso que no se le haya corrido traslado de los 30 días a que hace referencia la ley, lo que procede, es enviarle una carta de despido precisando que la extinción del contrato de trabajo se produce en aplicación del literal e) del artículo 16 del D.S. 003-97-TR, que dispone la extinción del contrato de trabajo por invalidez absoluta permanente, conforme se encuentra acreditado mediante el informe emitido por ESSALUD, no pudiendo ocupar otro puesto dentro de la estructura funcional de la empresa, en tanto su perfil profesional es de chofer de bus interprovincial.

2) Asimismo, hay que considerar que mediante sentencia recaída en el expediente N° 01816-2011-PA/TC el Tribunal Constitucional, con fecha 31 de agosto del 2012, estableció que la incapacidad permanente para el trabajo emitida por ESSALUD, supone que el trabajador no pueda demandar validamente su reposición a la empresa. Ello aplica incluso si el trabajador presentó un certificado médico

particular para demostrar su capacidad en tanto en opinión del TC no es un documento idóneo de acuerdo con lo señalado por el artículo 13 de la precitada norma.

3) No es accidente de trabajo el que sucede por hechos que no están vinculados a la prestación de servicios contratada, independientemente si son dentro o fuera las instalaciones, o dentro y fuera del horario de trabajo. Ciertamente hay que revisar como se registro el accidente, si el trabajador fue atendido en ESSalud, si fue como accidente de trabajo o común, en este hecho se esta fijando la SUNAFIL para generar ordenes de inspección laboral.

190. ¿EL TRABAJADOR DEBE COMUNICAR AL EMPLEADOR EVENTO O SITUACIÓN QUE PONGA EN RIESGO SU SEGURIDAD O SALUD?

El literal g) del artículo 79 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley 29783, señala que, es obligación del trabajador comunicar al empleador todo evento o situación que ponga o pueda poner en riesgo su seguridad y salud; en estos casos, el empleador deberá adoptar las medidas correctivas del caso sin que se genere sanción de ningún tipo.

Estando a los hechos ocurridos en días pasados, donde trabajadores consideraban que las condiciones de trabajo no eran las más óptimas, creo que fue adecuado que el jefe de área haya verificado que las condiciones en materia de seguridad y salud si son óptimas.

En caso de negativa del trabajador de laborar luego de haber sido informado que las condiciones son óptimas para el trabajo, la empresa deberá cursarle una carta donde se le llame la atención y se le requiera a dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales, en caso de persistir dicha conducta, el trabajador incurrirá en falta grave por reiterada resistencia a las ordenes relacionadas con sus labores, falta grave prevista en el literal a) del artículo 25 del D.S.003-97-TR.

Por otro lado, en caso de que el trabajador paralice intempestivamente sus labores sin justificación alguna, la empresa igualmente deberá cursarle una carta donde se le llame la atención por dicha conducta; en caso de persistir, este tipo de paralizaciones injustificadas se estará configurando igualmente una falta grave por paralización intempestiva reiterada injustificada, falta grave prevista en el literal a) del artículo 25 del D.S.003-97-TR.

En ambos casos, luego de acreditado el comportamiento reiterado (más de dos llamadas de atención) de no dar cumplimiento a las órdenes dictadas por el empleador y a las paralizaciones intempestivas injustificadas, se le cursará la carta de pre aviso de despido, otorgándole un plazo de 6 días para su descargo, luego de ello, se puede proceder el despido del trabajador sindicalizado o no sindicalizado.

191. ¿ES OBLIGATORIO PAGAR ASIGNACIÓN POR TRANSPORTE A TODO EL PERSONAL?

No es obligatorio el otorgar dicha condición de trabajo, pero si dicha condición, se va otorgar a determinados trabajadores que se desplazan a Chaclacayo, sin considerar turnos, deberá entregarse a todos los que se desplacen a dicha localidad, incluido los Jefes, por el principio de igualdad y no discriminación, caso contrario, se podrá alegar actos de discriminación en el empleo, al no recibir los mismos beneficios que perciben otros colaboradores, conforme lo prevé el numeral 25.17 del

Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2016-TR.

Ahora bien, si la empresa decide otorgar este beneficio, solo a determinados trabajadores que laboran por turnos rotativos, es perfectamente válido que se otorgue dicho beneficio solo a dichos trabajadores, quienes por las características de la prestación del servicio que efectúan, trabajan hasta en tres turnos.

192. ¿AL GERENTE DE ÁREA A QUIEN SE LE ASIGNA UN AUTO DE LA EMPRESA PERO NO GASOLINA, CORRESPONDE OTORGARLE ASIGNACIÓN POR TRANSPORTE?

Si la empresa otorga este beneficio solo a los trabajadores que tienen turnos rotativos, no le correspondería dicho beneficio al funcionario de alto nivel por no tener labores por turnos. Por otro lado, entendemos que el funcionario de alto nivel, percibe una remuneración acorde con su posición de dirección, que le permite asumir determinados costos que los demás trabajadores no pueden. Siendo así, habiendo la empresa otorgado un vehículo al funcionario de alto nivel para su desplazamiento como una condición de trabajo, no correspondería extenderle a dicho funcionario de alto nivel, el otorgamiento de los 10 soles diarios, que se otorgaría a determinados trabajadores.

193. ¿DEBE CELEBRARSE ALGÚN CONVENIO CON LOS COLABORADORES A LOS QUE ENTREGUEN ASIGNACIÓN DE TRANSPORTE?

No se requiere la firma de un convenio. Dicho importe, debe constar en la boleta de pago y en la planilla electrónica conforme lo dispone el artículo 1° de la Resolución Ministerial N° 020-2008-TR., que precisa que, las boletas de pago deben contener los importes no remunerativos.

Respecto al monto de S/.12.00 soles a otorgarse en forma diaria, nos parece razonable conforme lo dispone el literal e) del Art. 19 del D. S. 001-97-TR,

Hay que recordar que, el literal i) del Art. 19 del D. S. 001-97-TR, precisa que, no se considera remuneración computable, todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuarios y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador.

El otorgamiento de una bonificación por transporte, siempre que este supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado, es una condición de trabajo, y por tanto, no se considera dicho beneficio como parte de la remuneración, ni tampoco para el cálculo de la gratificación y de la CTS, porque no es remuneración.

Estará sujeto a los descuentos de ley, si es que se otorga esta cantidad y no cumple permanentemente esta función, ya que se consideraría como una remuneración encubierta, incluso pudiendo el trabajador en el futuro reclamar dicho monto como parte de su remuneración.

Al respecto el literal a) del artículo 1° del Decreto Supremo N° 179-2004-EF, que regula lo referente al impuesto a la Renta, establece que, las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y

susceptible de generar ingresos periódicos, están sujetas al pago de la renta correspondiente, que no es el caso, por tratarse dicho bono por transporte, de una condición de trabajo otorgada por el empleador de manera unilateral que no es de libre disposición del trabajador, sin característica remunerativa y por consiguiente, no sujeto al pago del impuesto a la renta.

194. ¿CÓMO DEBEN PRESENTARSE LOS CERTIFICADOS MÉDICOS Y LOS SUBSIDIOS?

1. Toda validación de certificados médicos por parte de Essalud, deben presentarse dentro de los 30 días hábiles de expedido el certificado médico, de lo contrario serán rechazados.
2. El profesional de la salud, que brinda prestaciones de salud particular, debe cumplir con sustentar en los registros médicos, los días de Incapacidad de acuerdo a lo señalado la Directiva 015-GC-ESSALUD-2014, documento que ha establecido parámetros para el otorgamiento de descansos médicos. Lamentablemente muchos médicos particulares, no siguen la guía señalada y no sustentan adecuadamente los días de incapacidad en el certificado médico.
3. Essalud, de acuerdo a la referida Directiva, puede modificar los días de incapacidad, cuando advierte que el médico particular tratante, no sustenta adecuadamente los días de incapacidad otorgada, conforme a los parámetros y estándares señalados en la referida guía.
4. Si los días de descanso médico otorgados por el médico particular, exceden los parámetros establecidos en la Directiva 015-GC-ESSALUD-2014, el médico tratante debería sustentar las razones del porque los días otorgados difieren con los indicados en los parámetros desarrollados por la Directiva 015, para tal efecto, el trabajador es quien debe gestionar con su médico tratante, la sustentación de los días otorgados, conforme a la Directiva 015.
5. Lamentablemente las demoras en la validación de los certificados médicos particulares, genera contingencia, por cuanto la empresa ya declaró los días establecidos en el certificado médico como días de subsidio, abonándole al trabajador el monto correspondiente al subsidio, por lo que al no reconocer Essalud todos los días señalados en el Certificado Médico Particular presentado por el trabajador, solo reembolsará a la empresa los días reconocidos por Essalud, lo cual ciertamente es un perjuicio para la empresa.
6. Respecto a, ¿si es posible no pagarles a los trabajadores el subsidio hasta el recupero por parte de Essalud o que se lleve a cabo descuentos posteriores por cuanto Essalud no ha reconocido la totalidad de días subsidiados?

La empresa para poder tomar la decisión de no pagar los subsidios o descontar los ya otorgados, en los casos donde Essalud ha reconocido menos días de incapacidad que el otorgado en el certificado médico particular, al respecto, el trabajador previamente debería estar informado por

escrito que ante tal contingencia, la empresa estará facultada para efectuar los descuentos correspondientes, caso contrario se va generar una contingencia que en buena cuenta no es responsabilidad del trabajador sino del médico tratante quien otorgo días de incapacidad no sustentados adecuadamente de acuerdo a la Directiva 015-GC-ESSALUD-2014.

7. Sugerimos que la empresa cuente con un protocolo, donde se desarrolle el procedimiento respecto del descanso médico otorgado por médicos particulares, así como los casos donde la empresa se encuentra facultada para poder descontar de la planilla en caso Essalud no haya reconocido en su totalidad los días de incapacidad otorgados en el certificado medico particular, debiendo el trabajador autorizar el descuento correspondiente. Ello estaría justificado en tanto, es el trabajador quien ha contratado los servicios médicos particulares que sirvieron de sustento para el pago de subsidios que luego no fueron reconocidos por Essalud.
8. Por otro lado, en cuanto al sustento de las reclamaciones, el trabajador debe gestionar con su médico tratante, que éste sustente mediante un informe médico las razones médicas del porque se otorgo determinados días de descanso, teniendo en consideración dicho profesional médico, la Directiva 015-GC-ESSALUD-2014. Dicho informe, debe ser presentando por la empresa a Essalud para que revalúe los días otorgados.

195. ¿EXISTIRÁ CONTIGENCIA AL INCOPORAR A LA PLANILLA DE LA EMPRESA A PERSONAL QUE INICIALMENTE ESTABA TERCERIZADO?

Con relación a la consulta sobre la contingencia de incorporar a la planilla de la empresa a personal que inicialmente estuvieron tercerizados; al respecto, sugerimos verifiquen que la empresa tercerizadora haya cumplido con pagar todos los beneficios sociales que les corresponde a dichos trabajadores que estuvieron desplazados, pues de conformidad con lo previsto en el artículo 9° de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización y lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, Reglamento de la Ley N° 29245, la empresa principal, es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales del trabajador desplazado. Dicha responsabilidad, se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento.

Igualmente podría presentarse la contingencia en los supuestos que, la figura de la tercerización de servicios se hubiera desnaturalizado, y esto se produce cuando los trabajadores de la empresa tercerizada, están bajo subordinación de la empresa principal o cuando se advierta ausencia de autonomía empresarial; no hayan contado con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales o cuando se haya utilizado dicha figura solo para la provisión de personal. De presentarse esta eventualidad, el trabajador podría demandar la desnaturalización de la tercerización y solicitar ser parte de la planilla de la empresa principal desde la fecha del destaque, siempre y cuando se haya presentado la figura de la desnaturalización de la tercerización señalada.

196. ¿PUEDE ESPECIFICARSE EN EL CONTRATO DE TRABAJO LOS TURNOS ROTATIVOS?

Con relación a especificar en el contrato de trabajo, que los turnos sean rotativos e indicar que turnos serán; al respecto, siendo facultad del empleador normar reglamentariamente las labores del trabajador, de acuerdo a su facultad directriz, conforme lo prevé el artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, se sugiere precisar dicho horario de trabajo en el contrato de trabajo, conforme se esta precisando en el proyecto de contrato de trabajo por inicio de una nueva actividad que nos adjuntan.

197. ¿PUEDE ESTABLECERSE UNA NUEVA JORNADA DE TRABAJO MAYOR A LAS 45 HORAS SEMANALES?

Con relación a establecer una nueva jornada de trabajo mayor a las 45 horas semanales existente en la empresa, por una jornada de 48 horas a la semana; al respecto, no vemos ningún impedimento para que se pueda contratar al nuevo personal bajo nuevas condiciones.

Si los nuevos trabajadores pretendieran iniciar una reclamación alegando la violación del Principio de Igualdad de Oportunidades sin Discriminación, regulado por los artículos 2 inciso 2) y 26 numeral 1) de la Constitución, se puede sostener que no es aplicable, en relación a los nuevos trabajadores, por dos hechos. El primero es porque no hay relación de trabajo propiamente dicha cuando se celebra el contrato de trabajo por escrito, en tanto no se ha iniciado la prestación del servicio y este principio sólo es aplicable cuando hay relación laboral, esto es dentro de la relación laboral; y, en segundo lugar, supondría poder sostener que no se da un trato diferenciado con otros trabajadores en tanto existe una causa objetiva y razonable, como lo puede ser que las condiciones de la empresa no son las mismas que hace un determinado período, en tal sentido los trabajadores nuevos pueden entrar a prestar servicios bajo otras condiciones de trabajo, en concordancia con lo señalado por la Casación Laboral N° 100-2004-LIMA de la Corte Suprema, que permite un trato diferenciado cuando existe una causa objetiva y razonable.

198. ¿PUEDE ESPECIFICARSE EN EL CONTRATO DE TRABAJO EL LUGAR DONDE PRESTARÁN EL SERVICIO?

Respecto a especificar en el contrato de trabajo, en que lugar se prestarán el servicio, por ejemplo en las oficinas en Chaclacayo; siendo facultad del empleador normar reglamentariamente las labores, de acuerdo a su facultad directriz, conforme lo prevé el artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, no vemos inconveniente en que se precise en el contrato de trabajo, que el lugar de trabajo será la sede de trabajo o cualquier otro lugar que la empresa decida, por necesidad del servicio.

El contrato de trabajo a suscribirse, correspondería un contrato modal por inicio de una nueva actividad, al mismo que se ha procedido agregar en color rojo y resaltado, las modificaciones solicitadas respecto al lugar de trabajo y al horario rotativo, donde deberán señalar ustedes el horario de acuerdo a sus necesidades.

199. ¿CUÁLES SON LOS EFECTOS DEL DESPIDO DE UN TRABAJADOR DE CONFIANZA?

Esta Corte Suprema, en la Casación N° 3106-2016 Lima, publicada el 30 de mayo de 2017 en el diario oficial El Peruano, ha establecido que los trabajadores de confianza, sí tienen derecho a solicitar indemnización por despido arbitrario, cuando el empleador dé por terminada el vínculo laboral alegando únicamente la pérdida de dicha confianza.

La Corte Suprema, también señaló que, el artículo 22 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, dispone que, para que proceda el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada es indispensable la existencia de una causa justa, y que este dispositivo no excluye a los trabajadores de confianza, ya que no hace distinción alguna con los trabajadores del régimen común. Dicha sentencia casatoria también precisa que, según la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3572-2005-PA/TC, ante un despido arbitrario, los trabajadores de confianza no pueden reclamar su reposición, sino únicamente solicitar una indemnización.

Lo que está señalado en el artículo 39 del Decreto Supremo Nro. 003-97-TR.

En Conclusión:

1. Si el trabajador fue contratado en un cargo de confianza, al no haberse configurado causal de despido, sino que el cese se produjo por la sola voluntad del empleador, corresponde otorgarle una indemnización por despido arbitrario.
2. En el caso de los trabajadores cesados por retiro de confianza, corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario que es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo, conforme lo establecido en el artículo 38° del D.S.N° 003-97-TR.
3. El trabajador de confianza, que ha sido cesado por retiro de confianza, no tendrá derecho a la reposición en el puesto contratado.

200. ¿UN TRABAJADOR SE ENCUENTRA OBLIGADO A LABORAR EN UN DÍA CONSIDERADO FERIADO OFICIAL?

El Decreto Legislativo 713 en su artículo 9, ha previsto dos soluciones:

a) Sustituir el día de descanso por otro. El Artículo 9° del Decreto Legislativo 713 permite el denominado “descanso sustitutorio” que no es sino el cambio de fecha de descanso. Por ejemplo: si el trabajador ha tenido que trabajar el día 1 de enero, puede tomar un día de descanso en reemplazo del feriado que tuvo que laborar.

Por ejemplo los trabajadores de los grandes supermercados.

b) Retribuir el día laborado. El mencionado Artículo 9° del Decreto Legislativo 713 establece que si no se produce el descanso sustitutorio, el empleador deberá pagar la remuneración del día trabajado con una sobretasa del 100 %. Por lo tanto, si un trabajador o trabajadora labora en día feriado y no goza de descanso sustitutorio en otra fecha tendrá que abonársele la remuneración del día feriado y la

remuneración por el trabajo realizado que será igual al valor de la remuneración diaria más una sobretasa del 100 % (lo cual quiere decir que por el trabajo realizado se le debe pagar el doble de la remuneración diaria). A esto se llama triple remuneración.

Por otro lado, el artículo 9 del D.S. N° 003-97-TR, establece que el trabajador presta sus servicios bajo la dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente dentro de los límites de la razonabilidad cualquier infracción o incumplimiento de sus obligaciones. Este artículo está regulando el poder de dirección del empleador dentro de límites razonables.

En conclusión:

1. Estando a la normativa señalada, y bajo el poder de dirección del empleador, si al trabajador se le comunico con anticipación el horario rotativo del 1 de enero del 2018, el mismo que iba ser compensado por otro día y no dio cumplimiento al mismo, procede imponer sanción disciplinaria con copia al legajo personal.
2. El hecho que el trabajador se encuentre afiliado al sindicato, ello no significa que no deba dar cumplimiento a las disposiciones del empleador, quien por su poder de dirección previsto en el artículo 9 del D.S.003-97-TR, puede disponer el trabajo en días feriados que sean comunicados con anticipación y que serán compensados o en su defecto retribuidos económicamente.

201. ¿ES NECESARIO INFORMAR A LAS ENTIDADES FINANCIERAS EL TOPE DE REMUNERACIONES PARA EL CÁLCULO DE LA LIBRE DISPONIBILIDAD DE LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS?

Con relación a la consulta efectuada, sobre informar a las entidades financieras el tope de remuneraciones para el cálculo de la libre disponibilidad de la Compensación por Tiempo de Servicios, si existe aún la obligación de informar las 6 remuneraciones hasta el 31/10/2015 o es que con la ley 30334 esto queda sin efecto y sólo corresponde informar a las entidades financieras las 4 remuneraciones que se señalan en la mencionada norma.

Al respecto te informo lo siguiente:

1. El artículo 5.1 de la Ley N° 30334, Ley que establece medidas para dinamizar la economía en el año 2015, publicada el 24 de junio del 2015, estableció la disponibilidad temporal de los depósitos de la compensación por tiempo de servicios (CTS), autorizando a los trabajadores comprendidos dentro de los alcances del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por el Decreto Supremo 001-97-TR, a disponer libremente del cien por ciento (100%) del excedente de cuatro (4) remuneraciones brutas, de los depósitos por CTS efectuados en las entidades financieras y que tengan acumulados a la fecha de disposición.

Para tal efecto, conforme lo establece la norma mencionada, se considerará el monto de la última remuneración del trabajador, y corresponderá a los empleadores comunicar a las instituciones financieras el monto intangible de cada trabajador.

2. Cabe precisar que, la Ley N° 30334, entro en vigencia el 25 de junio del 2015 y estableció que la misma debía ser reglamentada, disposición que aún no se ha emitido, pero ello no impide que el empleador pueda comunicar a la entidad financiera el excedente de cuatro (4) remuneraciones brutas, de los depósitos por CTS efectuados en las entidades financieras y que tengan acumulados a la fecha.

3. La Ley N° 30334, no lo precisa, pero debe entenderse que dicha disposición legal han dejado sin efecto cualquier otra que pueda oponerse respecto a la disposición libre del 100% del excedente de cuatro remuneraciones brutas de los depósitos de la CTS.

4. Conclusión: La Ley N°30334, vigente desde el 25 de junio del presente año, a dispuesto la disponibilidad temporal de los depósitos de la compensación por tiempo de servicios (CTS), autorizando a los trabajadores comprendidos dentro de los alcances del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por el Decreto Supremo 001-97-TR, a disponer libremente del cien por ciento (100%) del excedente de cuatro (4) remuneraciones brutas, de los depósitos por CTS, quedando sin efecto cualquier otra disposición que contravenga lo dispuesto en la mencionada Ley N° 30334.

Para concluir, a la fecha, el empleador, solo está obligado a comunicar a la entidad financiera, el excedente de cuatro (4) remuneraciones brutas, de los depósitos por CTS.

En la actualidad por ley 31480 se puede retirar el 100% de las CTS hasta el 31 de diciembre de 2023.

202. ¿QUÉ SUCEDE SI ALGÚN COLABORADOR O EX COLABORADOR INCUMPLE LA CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA?

Sobre el incumplimiento de obligaciones por parte del trabajador que nacen del contrato de trabajo, te comento lo siguiente:

Estamos tomando como referencia, el contrato del trabajador, respecto de la consulta de cambio de horario de trabajo.

Si un trabajador, incumple con sus obligaciones contractuales de NO COMPETENCIA, estaría incumpliendo su contrato de trabajo, configurándose una falta grave de acuerdo a lo señalado en el Decreto Supremo 003-97-TR; y a lo previsto en el propio contrato que comentaremos a continuación:

Según el contrato de trabajo, estableció que, el vinculo laboral se podrá extinguir conforme lo previsto a las causales señaladas en el artículo 16 del D.S. 003-97.TR, así como a las contempladas en el Reglamento Interno de Trabajo, las estipuladas en el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, y en los casos de violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones legales contractuales.

Estando a lo señalado, el incumpliendo de cualquiera de las obligaciones del trabajador en el contrato de trabajo, son causales de extinción del vínculo laboral.

Estando a lo señalado precedentemente, el incumplimiento de las obligaciones del trabajador señaladas en la cláusula décima sexta del contrato de trabajo, sobre NO COMPETENCIA, traerán como consecuencia:

1. La comisión de falta grave de las causales previstas en el artículo 25 del Decreto Supremo 003-97-TR, sobre incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe, la apropiación consumada de bienes o servicios, el uso o entrega a terceros de información reservada del empleador, sustracción de documentos entre otras causales.
2. El procedimiento de despido regulado en el Decreto Supremo 003-97-TR.
3. Conforme lo señalado en el último párrafo de la cláusula décimo sexta del contrato, el inicio de las acciones legales en la vía civil por parte de la empresa por el perjuicio ocasionado, pudiendo efectuarse también denuncias por competencia desleal ante INDECOPI, al amparo de lo señalado en el Decreto Legislativo 1044, que aprueba la Ley de Represión de la competencia desleal.
4. El inicio de una demanda por indemnización de daños y perjuicios en la vía laboral, pudiendo en este caso, la empresa retener el pago de la CTS, siempre y cuando se haya planteado la demanda dentro de los 30 días posteriores al despido del trabajador.
5. El inicio de acciones penales, señaladas en el artículo 165 del Código Penal, que regulan lo referente a la violación del secreto profesional cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días-multa, así como lo señalado en el artículo 222 del mismo cuerpo normativo, sobre uso no autorizado de información patentada de ser el caso.

Cabe precisar que, dichas acciones legales pueden plantearse inclusive cuando el trabajador deje de laborar en el centro de trabajo, conforme se indica en la cláusula décima sexta del contrato hasta por un periodo máximo de dos años posteriores desde que el trabajador dejo de laborar para la empresa.

203. ¿ES POSIBLE QUE UNA EMPRESA DE TRANSPORTE PUEDA CONTRATAR BAJO EL RÉGIMEN DE CONSTRUCCIÓN CIVIL?

Los trabajadores de construcción civil en el Perú, son los trabajadores que realizan una labor de construcción para una persona (natural o jurídica), quienes deben estar inscritos en el Registro de Trabajadores de Construcción Civil, administrado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Debido a que los trabajadores de construcción civil, llegan a tener múltiples empleadores durante su vida laboral, resulta poco viable que puedan integrar una organización sindical para negociar a nivel de empresa, encontrándose establecido que la negociación de los trabajadores de este sector, sea a nivel de actividad, así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 0261-2003-AA/TC.

Es así que, las remuneraciones y con ellas, los beneficios sociales de los trabajadores del régimen de construcción civil, se negocian por rama de actividad conforme a la negociación colectiva en construcción

civil que llevan a cabo CAPECO y la Federación Nacional de Construcción Civil del Perú, afiliada a la CGTP.

Un trabajador de construcción civil entre otros beneficios, conforme a los pliegos nacionales acordados entre CAPECO y la Federación Nacional de Construcción Civil, son entre otros beneficios:

1. Bonificación unificada de la construcción (BUC): El BUC se paga sobre la base de un porcentaje del jornal básico percibido, de acuerdo a la categoría a cual pertenezca el trabajador. Los porcentajes correspondientes son, 32 % Operario, 30 % Oficiales y 30 % Peón de acuerdo con la Resolución Directoral N° 155-94-DPSC- MTPE.
2. Bonificación por movilidad acumulada: Comprende el valor de 6 pasajes urbanos, y se le paga al trabajador de construcción civil por concepto de movilidad urbana e interurbana por día trabajado sin distinción de categoría. Si el trabajador labora el día domingo o feriado se le abonará adicionalmente 4 pasajes urbanos.
3. Bonificación por trabajo en altura: Equivale al 7 % de la remuneración básica del obrero por cada 4 pisos por toda labor efectuada en el exterior de un edificio a partir del cuarto piso. Asimismo, si no se pudiera determinar los 4 pisos, se considera el pago de este beneficio a partir de los 10 metros contados desde la cota del suelo.
4. Bonificación por altitud: Los trabajadores que realicen labores en lugares ubicados a partir de los 3 mil metros sobre el nivel del mar, se les deberá pagar un monto que asciende a S/.1.80 por día laborado.
5. Bonificación por trabajo nocturno: La jornada nocturna está comprendida desde las 11:00 pm. hasta las 6:00 am. El trabajador que labora en este horario percibirá una bonificación adicional equivalente al 25% de su jornal básico, según su categoría. Estas labores deben ser rotativas.
6. Bonificación por contacto con aguas o aguas servidas: Corresponde un adicional ascendente al 20 % sobre el jornal básico cuando se realicen trabajos en contacto directo con aguas, aguas servidas en los sistemas de alcantarillado y recolectores. Cualquier persona puede contratar a un trabajador de construcción civil, incluso un privado que quiera levantar una vivienda, está en la obligación de pagar, lo que se ha establecido en la negociación con CAPECO.
7. Bonificación por alta especialización (BAE): Es de carácter permanente y en base al jornal básico, únicamente a los operarios que estén debidamente certificados por el empleador o por institución educativa deben realizar trabajos especializados.
8. Bonificación por trabajos con altas temperaturas en infraestructuras vial (mezcla asfáltica): Se otorga a trabajadores que laboren en contacto con mezcla asfáltica a temperaturas de 180 grados. El monto de esta asciende a S/ 3.50 por cada día de trabajo para la compra de bebidas hidratantes.
9. Respecto a las horas extras, las 2 primeras horas con una sobretasa del 60% y las siguientes con una sobretasa del 100%. Si las horas extras se realizan después de la 11 de la noche, su valor se fijará por acuerdo entre las partes.
10. Asignación por escolaridad: Por cada hijo que curse estudios de nivel inicial, primarios o secundarios, estudios técnicos o superiores hasta la edad de 22 años acreditados con las partidas de nacimiento y el documento otorgado por la autoridad de educación correspondiente.
11. Asignación por defunción: Se abona a los familiares del trabajador fallecido durante un contrato de trabajo. La asignación asciende a 1 UIT. Para gozar de esta asignación el costo de la obra debe ser igual o mayor a 50 UIT.

12. Asignación especial: Para los trabajadores que laboren en días feriados y es equivalente al 10% del BUC y del 10% BAE (según la ocupación que desempeñe el trabajador). Se aplica únicamente en los siguientes feriados:

ENERO AÑO NUEVO

MARZO VARIABLE JUEVES Y VIERNES SANTO

1 MAYO DÍA DEL TRABAJO

28 JULIO FIESTAS PATRIAS

29 JULIO FIESTAS PATRIAS

06 AGOSTO BATALLA DE JUNÍN

25 OCTUBRE DÍA DE LOS TRABAJADORES DE CONSTRUCCIÓN CIVIL

25 DICIEMBRE NAVIDAD

13. Tienen derecho a la sindicalización, negociación colectiva y huelga. Por las características peculiares de este régimen, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional, han señalado que la negociación colectiva se lleve a cabo a nivel de rama de la actividad.

Ciertamente, los beneficios de un trabajador del régimen especial de construcción civil, son notoriamente más beneficiosos que un trabajador del régimen común, así como, los aumentos que se puedan dar en las remuneraciones de estos trabajadores, serán aquellos que se acuerden en la negociación colectiva entre la Federación de Construcción Civil y CAPECO.

Por otro lado, conforme lo precisado por el documento que contiene la clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas CIIU Revisión 4, las actividades de construcción de líneas de comunicaciones y de transmisión de electricidad y actividades similares, no califican como una actividad de construcción, y estas son actividades para el cual se contratarían a los trabajadores de la empresa de transporte.

Conclusiones:

1. Los beneficios laborales y aumentos remunerativos en el régimen especial de construcción civil, está sujeto a la negociación colectiva que se lleva a cabo todos los años a nivel de rama de la actividad, entre la Federación de Construcción Civil del Perú afiliada a la CGTP y Cámara Peruana de la Construcción – CAPECO.
2. El régimen especial de construcción civil, cuenta con más beneficios que los trabajadores del régimen común, conforme a los acuerdos que puedan celebrar la Federación de Construcción Civil del Perú afiliada a la CGTP y Cámara Peruana de la Construcción – CAPECO.

3. Estando a lo indicado, un trabajador del régimen de construcción civil, puede ganar hasta el doble de un trabajador del régimen común, conforme a los acuerdos que se han llevado a cabo en las negociaciones colectivas por rama de actividad en este sector.
4. Estando a lo señalado, no resultaría ventajoso la contratación de trabajadores bajo este régimen especial de construcción civil.
5. Sin perjuicio de lo indicado, cabe precisar que, las actividades de transporte, y estas son actividades para el cual se contratarían a los trabajadores, conforme lo señalado por el documento que contiene la clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas CIIU Revisión 4, motivo por el cual, para la realización de estas actividades, no correspondería la contratación bajo este régimen especial.

204. ¿PARA EL CÁLCULO DE UTILIDADES SE DEBE CONSIDERAR LOS DÍAS DE LICENCIA POR PATERNIDAD Y LA REMUNERACIÓN PAGADA POR ESOS DÍAS COMO LICENCIA DE PATERNIDAD?

1. El reparto individual de utilidades a cada trabajador, se determina a partir de las remuneraciones percibidas durante el año y los días efectivamente laborados.
2. En caso se haya laborado sábado y domingo y feriados, también son días que deben considerarse para el computo. A más días laborados en el año, mayor será el monto de la utilidad a recibir.
3. Es decir, los días considerados para el cálculo de la utilidad, son aquellos realmente laborados, en los que el trabajador acudió a su centro de labores y estuvo a disposición de su empleador.
4. No obstante, la legislación excepcionalmente le otorga la condición de días trabajados y por consiguiente deben considerarse para el cálculo de utilidades, entre otros, a los siguientes días:
a) Licencias sindicales, b) horas de lactancia, c) licencia por descanso médico ocasionado por un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el mismo que cubre los 20 primeros días, d) licencia por maternidad, e) licencia por paternidad, por cuando dicha licencia se otorga con goce de haber, conforme lo dispone el D.S. 014-2010-TR, Reglamento de la Ley 29409, disposición que regula las licencias por paternidad.
5. Por último hay que considerar que las utilidades legales se encuentran gravadas con el Impuesto a la Renta de Quinta Categoría. Es decir, no son base de cálculo de la contribución a EsSalud, aportes a los sistemas de pensiones ni de la CTS, vacaciones o gratificaciones.

205. ¿QUÉ OCURRE CON EL TRABAJADOR QUE TIENE UN DESCANSO MÉDICO PROLONGADO?

Los 20 primeros días los asume el empleador. A partir del 21 hasta los 11 meses y 10 días, los financia EsSalud.

Sobre el caso de los descansos médicos, en términos prácticos, el empleador paga el subsidio y luego tramita el reembolso ante EsSalud (Foto: Andina).

Sobre el caso de los descansos médicos, en términos prácticos, el empleador paga el subsidio y luego tramita el reembolso ante EsSalud (Foto: Andina).

Si un trabajador se encuentra de descanso médico por una determinada enfermedad, o accidente, durante los 20 días primeros días de descanso al año continúa percibiendo su remuneración de manera normal por parte de la empresa, pero tiene un máximo legal.

Así, a partir del día 21 hasta los 11 meses y 10 días (340 días) EsSalud financia el descanso a través del subsidio por incapacidad temporal para el trabajo, apunta el experto.

En términos prácticos, el empleador paga el subsidio y luego tramita el reembolso ante EsSalud.

Recordemos que para el reembolso del subsidio por EsSalud, el trabajador debe canjear el certificado médico particular por el Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo (CITT), que es una forma de validar la incapacidad temporal. Hay 30 días hábiles para dicho canje.

Plazo máximo de subsidio El plazo máximo para tramitar el reembolso de un subsidio por incapacidad es de 6 meses contados desde el último día de la incapacidad.

El subsidio no califica como remuneración por lo que no es computable para calcular el aporte a EsSalud ni está sujeto al descuento del aporte a la ONP o del impuesto a la renta de quinta categoría. En cambio sí es base de cálculo del aporte a la AFP.

Importante precisar que EsSalud efectúa la evaluación de la incapacidad temporal para el trabajo cuando se le haya extendido al asegurado más de un CITT por 150 días consecutivos de incapacidad.

En caso el trabajador se recupere (cese de la incapacidad) se deja de pagar el subsidio y retorna a sus labores. Para ello debe presentar su alta médica en la empresa, siendo recomendable que ello sea validado por el médico ocupacional.

Si el trabajador no se recupera y transcurren los 11 meses y 10 días de incapacidad temporal para el trabajo, EsSalud dejará de abonar (vía reembolso) el subsidio respectivo, por lo que el empleador carecerá de la obligación de continuar pagándolo al trabajador. Sin embargo ello no autoriza a la empresa a cesar al trabajador.

A partir de dicho momento, el trabajador deberá continuar con el vínculo laboral suspendido (suspensión perfecta) sin goce de remuneraciones al no efectuar trabajo efectivo.

Para que el cese opere, el trabajador debe ser declarado con invalidez absoluta permanente por EsSalud, el Ministerio de Salud o una Junta de Médicos del Colegio Médico a pedido del empleador. Lamentablemente en EsSalud no existe un procedimiento, para la calificación de la señalada incapacidad.

Inclusive, existen casos en los cuales EsSalud califica situaciones de incapacidad prolongada como incapacidad no temporal, concluyendo con ello el pago del subsidio, pero en el propio dictamen se indica que tal calificación no es válida para fines pensionarios, laborales ni legales.

En cuanto a la asistencia médica, durante el período de incapacidad luego de los 11 meses y 10 días (suspensión perfecta de labores), se activa la cobertura de latencia, la cual comprende Capa Simple, Capa Compleja y Maternidad, de acuerdo al número de aportes que tienen al momento de la suspensión.

Lo anterior supone que inclusive la EPS otorga cobertura durante la latencia.

El período de latencia para los casos de suspensión perfecta de labores será de aplicación a partir de la fecha de pérdida del derecho de cobertura.

Finalmente, si el trabajador deja de acreditar su incapacidad temporal y no reincorpora exhibiendo el alta médica, la empresa podrá cesarlo por abandono de trabajo, siempre y cuando se ausente por lo menos 4 días laborables consecutivos y no justifique cada ausencia dentro del tercer día laborable de ocurrida.

Vencido dicho plazo corresponderá imputarle el abandono mediante el preaviso respectivo, luego otorgar los 6 días calendarios de rigor y proceder con el despido

206. ¿SE APLICA LA LEY DEL DEPORTISTA QUE OBLIGA A LAS EMPRESAS A DAR LAS FACILIDADES AL COLABORADOR PARA QUE PUEDA PARTICIPAR EN LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE SU CONDICIÓN DE SELECCIONADO NACIONAL?

La Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte (Ley N° 28036), en su artículo 65° señala que, los trabajadores de los sectores público y privado y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que sean seleccionados para representar al Perú en eventos deportivos internacionales oficiales del Sistema Olímpico o Federativo Internacional tienen derecho a una licencia con goce de haber, así como a facilidades para entrenar, desplazarse, permanecer en concentración y competir. Este derecho se extiende a dirigentes, entrenadores y agentes deportivos.

El artículo 66° de la Ley citada, también dispone que los deportistas que participen en eventos oficiales nacionales o regionales reconocidos por la Federación Deportiva respectiva y/o Consejo del Deporte Escolar también gozarán de estas facilidades.

De dichos artículos, se desprende que, el otorgamiento de una licencia con goce de haber, solo se producirá cuando el trabajador seleccionado para representar al Perú, participe en un evento oficial, sea este internacional o nacional, y no cuando participe en una gira con motivos de preparación.

Estando a lo señalado, podemos concluir lo siguiente:

1. Respecto a la Gira Internacional, donde viajara el trabajador con motivo de su preparación entre los días 09 al 18 de septiembre 2016, se estará produciendo una suspensión perfecta de labores (no hay labor, no hay pago). El empleador deberá darle facilidades otorgándole un permiso o licencia sin goce de haber, conforme lo prevé el numeral k) de artículo 12 del Decreto Supremo 003-97-TR., y el artículo 65° de la Ley 28036 (última parte).
2. Otra alternativa, respecto al viaje de preparación en, es la aplicación de la figura de la compensación que efectuaría el trabajador conforme al convenio de compensación de horas suscrito por el trabajador con la empresa.
3. Respecto a la participación del trabajador en un evento: De acuerdo a lo establecido en el Art. 11° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la relación laboral se suspende de manera imperfecta cuando el empleador debe abonar la remuneración pese a que no hay contraprestación efectiva de labores por parte del trabajador.

Que, conforme lo prevé el artículo 65° y 66° de la Ley N° 28036, los trabajadores de los sectores público y privado y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que sean seleccionados para representar al Perú, participen en eventos deportivos internacionales o nacionales oficiales del Sistema Olímpico o Federativo Internacional, tienen derecho a una licencia con goce de haber.

Igualmente tendrán derecho a que se les otorgue facilidades para entrenar, otorgándoseles en este caso licencia sin goce de haber o compensación horaria.

4. Siendo así, respecto a la participación de dicho trabajador en el evento a producirse en el departamento de Lima, el empleador deberá darle facilidades para su participación, entregándole una licencia, no siendo aplicable, la figura de la compensación, porque así lo dispone expresamente el artículo 65° y 66° de la Ley N° 28036, es decir no existe obligación de pago alguno, no hay trabajo, no hay pago.

207. ¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO PARA QUE EL COLABORADOR FALLECIDO COBRE LOS BENEFICIOS SOCIALES?

Respecto al cobro de beneficios sociales de un colaborador fallecido, el procedimiento a seguir es el siguiente:

Cuando fallece un trabajador, los beneficios sociales deben ser entregados a sus herederos, quienes para acreditar tal condición, deberán presentar copia original o legalizada de la declaratoria de herederos, inscrita en el registro de sucesiones intestadas de los Registros Públicos, acompañando copia simple de los documentos de identidad de los beneficiados para que proceda el pago correspondiente sin dilación.

Respecto al cobro de la compensación por tiempo de servicios, el artículo 53° del Decreto Supremo N° 001-97-TR menciona:

1. Al fallecer el trabajador, el empleador deberá depositar dentro de las 48 horas el valor de la CTS a la entidad elegida por el trabajador. Quiere decir que, la responsabilidad caerá sobre la entidad financiera elegida.

2. Conforme lo prevé el artículo 54° del Decreto Supremo N° 001-97-TR., el depositario (la entidad financiera), a solicitud de parte, entregará, sin dilación ni responsabilidad alguna al cónyuge superviviente o al conviviente a que se refiere el artículo 326 del Código Civil, que acredite su calidad de tal, el 50% del monto total acumulado de la compensación por tiempo de servicios y sus intereses, del trabajador fallecido.

3. Respecto al otro 50% de la CTS, conforme lo dispone el artículo 55° del Decreto Supremo N° 001-97-TR., el saldo del depósito y sus intereses lo mantendrá el depositario en custodia hasta la presentación del testamento o la declaratoria de herederos. Si hubiera hijos menores de edad la alícuota correspondiente quedará retenida hasta que el menor cumpla la mayoría de edad en cuyo caso se abrirá una cuenta separada a nombre del menor donde se depositará su alícuota.

Conclusión:

1. Para que proceda el pago de los beneficios sociales de un colaborador fallecido, los herederos deberán acreditar su condición de tal, adjuntando el documento que contiene la declaratoria de herederos para que proceda al pago correspondiente.
2. Para que proceda el pago de la CTS, la empresa solo tiene la responsabilidad de depositar la CTS pendiente en la cuenta de la entidad financiera, la responsabilidad de repartir recaerá de la entidad financiera. La cónyuge o concubina podrán cobrar sin demora el 50% de la CTS acumulada el otro 50% lo tendrá el banco en custodia hasta la presentación del testamento o declaratoria de herederos.

208. ¿CÓMO SE EFECTÚA EL RETIRO DE LAS CTS?

1. El artículo 5.1 de la Ley N° 30334, Ley que establece medidas para dinamizar la economía en el año 2015, publicada el 24 de junio del 2015, estableció la disponibilidad temporal de los depósitos de la compensación por tiempo de servicios (CTS), autorizando a los trabajadores comprendidos dentro de los alcances del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por el Decreto Supremo 001-97-TR, a disponer libremente del cien por ciento (100%) del excedente de cuatro (4) remuneraciones brutas, de los depósitos por CTS efectuados en las entidades financieras y que tengan acumulados a la fecha de disposición.

Para tal efecto, conforme lo establece la norma mencionada, se considerará el monto de la última remuneración del trabajador, y corresponderá a los empleadores comunicar a las instituciones financieras el monto intangible de cada trabajador.

2. Cabe precisar que, la Ley N° 30334, entro en vigencia el 25 de junio del 2015 y estableció que la misma debía ser reglamentada, disposición que aún no se ha emitido, pero ello no impide que el empleador pueda comunicar a la entidad financiera el excedente de cuatro (4) remuneraciones brutas, de los depósitos por CTS efectuados en las entidades financieras y que tengan acumulados a la fecha.

3. La Ley N° 30334, no lo precisa, pero debe entenderse que dicha disposición legal han dejado sin efecto cualquier otra que pueda oponerse respecto a la disposición libre del 100% del excedente de cuatro remuneraciones brutas de los depósitos de la CTS.

4. Conclusión: La Ley N°30334, vigente desde el 25 de junio del presente año, a dispuesto la disponibilidad temporal de los depósitos de la compensación por tiempo de servicios (CTS), autorizando a los trabajadores comprendidos dentro de los alcances del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por el Decreto Supremo 001-97-TR, a disponer libremente del cien por ciento (100%) del excedente de cuatro (4) remuneraciones brutas, de los depósitos por CTS, quedando sin efecto cualquier otra disposición que contravenga lo dispuesto en la mencionada Ley N° 30334.

Para concluir, a la fecha, el empleador, solo está obligado a comunicar a la entidad financiera, el excedente de cuatro (4) remuneraciones brutas, de los depósitos por CTS. En el 2021. Se autorizó el retiro del 100% hasta el 31 de diciembre de 2022, en la actualidad se ha autorizado nuevamente a cobrar el 100% de la CTS, ya era hasta el 31 de diciembre de 2023, y se da como consecuencia de los gastos ocasionados por el Covid-19.

En la actualidad por mandato de la ley 31480, se puede retirar el 100% de la CTS, hasta el 31 de diciembre del 2023.

209. ¿LA BONIFICACIÓN POR DESEMPEÑO CONSTITUYE UN INGRESO REMUNERATIVO?

Se otorga a cambio del esfuerzo del trabajador (consecución de una meta).

Supone una ventaja patrimonial para el trabajador (ingreso adicional).

No existe Ley que la excluya de la condición de remuneración, como sí sucede por ejemplo con las gratificaciones extraordinarias, utilidades, movilidad, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley de CTS.

Es de su libre disposición.

Por ello debe registrarse en la PLAME y considerar su carácter remunerativo para efectos del cálculo de los tributos que afectan a las remuneraciones: contribución a EsSalud, aporte a la ONP o AFP e Impuesto a la Renta de Quinta Categoría. Su impacto en beneficios laborales legales (CTS, gratificaciones, vacaciones) dependerá de la frecuencia de su pago.

La Corte Suprema se ha pronunciado de diferente manera en relación con este beneficio:

Sin embargo, de manera reciente se publicó en una nota periodística en un importante medio escrito de circulación nacional que la Corte Suprema había dispuesto que los bonos por productividad no fuesen considerados remunerativos. La nota se basa en la Casación Laboral 17391-2016 LIMA.

De una lectura detenida de la sentencia, advertimos lo siguiente:

La sentencia fue dictada el 11 de julio de 2017 pero en discordia 4 votos a favor de la posición tomada y 3 en contra. Esto nos lleva a considerar que en cualquier momento podrían cambiar de opinión. Es más este 2018 no están dos vocales que firmaron la sentencia. Por eso, no se emitió con carácter vinculante.

La empresa demandada abonó de 1996 a 1999 gratificaciones extraordinarias por montos distintos que la Suprema considera liberalidades.

Pese a no hacer un análisis de la Asignación por Cumplimiento de Objetivos Empresariales la Suprema concluye que no es remuneración.

Entonces, para la Suprema, en esta sentencia, cuando se paga una gratificación extraordinaria anual por más de dos años consecutivos, se configuraría una costumbre laboral que obligaría a continuar pagando dicha gratificación anualmente de manera indefinida y con carácter remunerativo a partir del tercer año. La Suprema no menciona siquiera la costumbre como fuente de derechos adquiridos.

Pero, hay abundante jurisprudencia en tal sentido, por lo que debemos asumir ello, a menos que la gratificación extraordinaria efectivamente obedezca a diferentes motivaciones, lo que debe revelarse en el nombre que se le dé, siempre que no esté vinculada a mediciones de rendimiento individual.

Para la Suprema la gratificación extraordinaria mantuvo siempre su carácter no remunerativo por ser una liberalidad, pese a que estuvo en ocasiones sujeta al cumplimiento de metas.

Para que una gratificación extraordinaria no tenga carácter remunerativo y por ende solo sujeta al descuento del Impuesto a la renta de quinta categoría deberá:

No estar condicionada al logro de objetivos, ser un reconocimiento a diferentes logros grupales o institucionales y no individuales, ni tampoco medidos cuantitativamente sino solo cualitativamente.

La gratificación extraordinaria como liberalidad es una iniciativa del empleador sin obligación legal alguna, de reconocer a su personal un pago adicional en reconocimiento a algún logro no medido ni individualizado.

Recomendamos a las empresas que analicen la esencia (naturaleza) de los beneficios otorgados a su personal para determinar si constituyen o no un ingreso remunerativo no quedándose solamente en su denominación.

210. ¿BAJO QUE CONCEPTO DEBE PAGARSE EL BONO POR DESEMPEÑO, BONO DE PRODUCTIVIDAD, BONIFICACIÓN EXTRAORDINARIA, GRATIFICACIÓN EXTRAORDINARIA?

Respecto a los bonos de desempeño o productividad. No existe normativa que defina los bonos de desempeño o productividad o bonificaciones extraordinarias; sin embargo de la aplicación práctica se entiende a estos, como los pagos que la empresa realiza al trabajador en forma voluntaria y en reconocimiento al cumplimiento de metas u objetivos acordados entre ellos, establecidos de acuerdo a la función y a la contribución que puede hacer el trabajador para aumentar la productividad y ahorrar recursos.

Los bonos de productividad, se pagan en virtud de un “acuerdo de parámetros de productividad” entre la empresa y el trabajador, el cual puede ser verbal o escrito, en cuyo caso, si el trabajador demuestra que ha cumplido los requisitos establecidos en el acuerdo, el empleador deberá pagar el bono acordado, en caso de no pagar el bono de productividad acordado, la empresa podría enfrentar la posibilidad de un proceso judicial.

Es menester señalar que el pago del bono de productividad no crea precedente para años posteriores. Cabe precisar que las condiciones acordadas entre, el empleador y el trabajador para otorgar el bono rigen para el año calendario pactado, para lo cual debe considerarse que la evaluación de desempeño se realiza en un periodo determinado, generalmente de un año; en consecuencia la empresa solo pagará el bono de productividad si el trabajador cumple los objetivos, lo que hace que este concepto no sea una liberalidad.

De lo antes expuesto, se concluye que la empresa asigna un valor a cada objetivo y la suma de todos establece el porcentaje que se pagará en calidad de bono de productividad; la ventaja del bono de productividad es que su pago no está afecto al pago de cálculo de los descuentos por beneficios laborales, como CTS, vacaciones, EsSalud, AFP, y para el cálculo del pago de utilidades.

Ahora bien, el pago realizado al trabajador a título de bono de productividad, sin que existan elementos probatorios que acrediten el cumplimiento de las metas u objetivos acordados con el empleador, tendrá naturaleza de remuneración, en cuyo caso deberá ser considerado para el cálculo de los descuentos por beneficios laborales y aportes a la seguridad social antes mencionados.

Respecto al pago de gratificación extraordinaria, ésta es definida como una recompensa pecuniaria o premio en dinero que se otorga en forma espontánea, en ningún caso se origina en cumplimiento de un acuerdo entre la empresa y el trabajador plasmado en un contrato de trabajo, ni es ordenado por la ley.

En tal sentido, dicho pago tiene carácter de liberalidad, pues es otorgado en forma unilateral, vale decir que es concedido por iniciativa del empleador y además es un pago de carácter extraordinario, sin embargo la repetición constante del referido pago por más de dos años consecutivos, lo convierte en una gratificación ordinaria, siendo calificado como parte de la remuneración, criterio fijado por la jurisprudencia nacional.

El artículo 7 del Decreto Supremo N° 003- 97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, señala que las gratificaciones extraordinarias u otros

pagos que reciba el trabajador ocasionalmente, a título de liberalidad, no constituyen remuneración para ningún efecto legal. En tal sentido, el monto otorgado como gratificación extraordinaria, no está afecto al pago de cálculo de los descuentos por beneficios laborales, como CTS, vacaciones, EsSalud, AFP, y para el cálculo del pago de utilidades. Las modalidades, formas y finalidades de las gratificaciones extraordinarias son diversas, siendo una de las más comunes “la gratificación por recompensa específica de servicios extraordinarios”; sin embargo no es conveniente que se vincule la productividad con el otorgamiento de gratificaciones, pues dicho nexo puede hacer perder la calidad de liberalidad, ya que se trataría de un pago proveniente de un acuerdo de productividad entre la empresa y el trabajador que podría ser calificado como un bono de productividad.

Otro elemento a tomar en cuenta respecto del pago de gratificación extraordinaria, es el relacionado con su sustento, pues es recomendable que dicho pago deba ser especificado tanto en la planilla como en la boleta de pago, ya que si la empresa otorga una gratificación extraordinaria, y posteriormente un año después evalúa la posibilidad de entregar nuevamente una gratificación extraordinaria, esta última debe tener un concepto distinto al anterior a fin de evitar convertir dicho pago en un pago permanente, conforme lo ha establecido la Jurisprudencia vinculante del Poder Judicial.

Finalmente, cabe señalar que si bien para fines laborales las gratificaciones extraordinarias constituyen “remuneración no computable”, para fines tributarios dicho concepto califica como ingresos gravados con Impuesto a la Renta de quinta categoría.

Estando a lo señalado:

1. Consideramos que, dicho monto a entregar, sea calificado como una gratificación extraordinaria, que debe precisarse en la planilla de pago y la boleta de pago, en el rubro remuneraciones no computables.
2. Dicho concepto de gratificación extraordinaria, no constituye remuneración, conforme lo prevé el literal a) del artículo 19 del D.S. 001-97-TR.
3. La gratificación extraordinaria, no esta afecto al pago de beneficios laborales, como CTS, vacaciones, Essalud, AFP, y participación de utilidades, pero si esta gravados con impuesto a la renta de quinta categoría.
4. Para evitar que este concepto se convierta en costumbre, si la empresa otorga una gratificación extraordinaria, y posteriormente un año después evalúa la posibilidad de entregar nuevamente una gratificación extraordinaria, esta última, debe tener un concepto distinto al anterior a fin de evitar convertir dicho pago en un pago permanente.

211. ¿SE PUEDE HACER EXTENSIVOS LOS BENEFICIOS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS AL PERSONAL NO SINDICALIZADO? ¿EXISTE ALGUNA CONTIGENCIA ADMINISTRATIVA O JUDICIAL?

Al respecto, consideramos que, se pueden presentar hasta cuatro mecanismos para extender los efectos de las cláusulas pactadas por un sindicato o sindicatos minoritarios a los trabajadores no sindicalizados, sin afectar la libertad sindical, a partir de la sentencia antes mencionada, que por cierto no tiene carácter vinculante sino relativamente vinculante, de acuerdo con lo señalado por el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en tanto los Magistrados se pueden apartar de este criterio, fundamentando su posición, como ha ocurrido en otras oportunidades. Artículo 58 de la Constitución y artículo 42 del Decreto Supremo 010-2002-TR, ámbito de la negociación colectiva.

Primera posibilidad

La primera posibilidad es que, en el propio convenio colectivo celebrado por un o más sindicatos minoritarios, se acuerde que los efectos del mismo se puedan extender a los trabajadores no sindicalizados. En el supuesto que la empresa cuente con más de un sindicato minoritario, en caso que se pacte esta cláusula con uno de ellos, el otro sindicato minoritario, no podrá alegar que la empresa está vulnerando la autonomía sindical, ya que los trabajadores tienen la facultad de afiliarse o desafiliarse conforme lo dispone el artículo 28 de la Constitución Política del Estado y el artículo 3 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, norma que aprueba el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación Laboral N° 1953-2014-Lambayeque de fecha 23 de marzo del 2015, ha señalado que, la fuerza vinculante del Convenio Colectivo, implica que las partes podrán establecer el alcance, las limitaciones o exclusiones que autónomamente acuerden con arreglo a ley, y en tal sentido es que se establecen las cláusulas delimitadoras que son aquellas destinadas a regular el ámbito y vigencia del convenio colectivo.

Este criterio está basado en lo señalado por el artículo 28 del Decreto Supremo N° 011-92-TR, el cual establece que, la fuerza vinculante del convenio colectivo de trabajo, supone que, en este acuerdo las partes puedan establecer, el alcance las limitaciones y exclusiones que autónomamente acuerden, y en tal sentido es que el artículo 29 de dicha norma establece que las cláusulas delimitadoras son aquellas destinadas a regular el ámbito y vigencia del convenio colectivo. Es por ello que en esta sentencia bajo comentario, **se estableció que es válido excluir de los alcances del convenio colectivo trabajo a los trabajadores con contratos de trabajo sujetos a modalidad.**

Segunda posibilidad

El segundo mecanismo, **es que se puede alegar la costumbre** como fuente del derecho, para que los trabajadores no sindicalizados a los que normalmente se les ha venido extendiendo los efectos del convenio colectivo celebrado con el sindicato o sindicatos minoritarios, mantengan este beneficio y puedan exigir ello, sobre la base de que se cumplen con dos requisitos; el primero, que la extensión de los beneficios pactados por el sindicato o sindicatos a los trabajadores no sindicalizados, viene ocurriendo en empresa desde el año 2000, esto es más de dos años consecutivos; reiterada jurisprudencia ha establecido, que los beneficios otorgados por más de dos años consecutivos, se convierte en un derecho del trabajador quien puede reclamar dichos beneficios; en segundo lugar, que

esta extensión de beneficios convencionales, no está condicionada a ningún hecho, sólo ser trabajador de empresa.

Cabe indicar que de acuerdo con lo señalado por la sentencia de carácter normativo del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 0047-2004-AI/TC, la costumbre es aplicable como fuente del derecho, de acuerdo con el artículo 139 inciso 8 de la Constitución.

En caso se adopte este segundo supuesto, es conveniente que existan acuerdos individuales, donde la empresa y el Trabajador, reconozcan que existe una costumbre como fuente del derecho, de acuerdo con las características antes señaladas, y en consecuencia, que los trabajadores aceptan que se les extiendan los beneficios del CCT celebrado por un sindicato minoritario o minoritarios en base a la costumbre y que ello no supone una renuncia de derechos a la libertad sindical.

Tercera Posibilidad

Que, dentro de las facultades de dirección que existe en toda relación laboral, conforme lo dispone el artículo 9 del Decreto Supremo 003-97-TR, la empresa, siga extendiendo en forma unilateral a los trabajadores no afiliados, los beneficios obtenidos por los sindicatos minoritarios, sobre la base de lo señalado en el artículo 2 inciso 24 literal a) de la Constitución, que señala que, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, y el artículo 2 inciso 14 de dicho cuerpo normativo a contratar con fines lícitos. En este sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 135-96-AA/TC, ha sido del criterio que, **“Nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe” criterio de aplicación a las relaciones privadas.**

Ciertamente, no existe ninguna disposición que forme parte de nuestro ordenamiento jurídico, que prohíba extender los efectos de un convenio colectivo celebrado por un sindicato minoritario, la sentencia de la Corte Suprema sobre la base de la cual se nos hace la consulta es relativamente vinculante, esto significa como se señaló, que los magistrados se pueden apartar de la misma, como ha ocurrido en más de una ocasión.

Asimismo, el artículo 51 de la Constitución, establece que prevalece la Constitución sobre toda norma. A su vez, los artículos 58, 59 y 62 de dicho cuerpo normativo, regula todo lo referente a la iniciativa privada libre, la libertad de empresa y la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar validamente, según las normas vigentes al tiempo de la contratación, y además el artículo 138 de la Constitución, establece que en caso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deben preferir la norma constitucional.

Por ello, no se podría establecer una prohibición para que la empresa pueda extender en forma unilateral los efectos del convenio colectivo de trabajo que se celebre.

De otro lado, es bueno recordar que, mediante casación laboral 2864-2009-Lima, de fecha 28 de abril del 2010, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, resolvió en su oportunidad, que los beneficios pactados por un sindicato minoritario se hacia extensivo a los trabajadores no afiliados por el principio de igualdad. Con dicho criterio, las empresas hubieran estado obligadas a extender a los trabajadores no afiliados los beneficios acordados en los convenios colectivos

con sindicatos minoritarios, lo que no ocurrió. Algunas empresas, tomaron la decisión, en algunos casos, de otorgar los beneficios a personal no sindicalizado y en otros casos, de no hacerlo, no existiendo mayor contingencia por dicha toma de decisiones. El Ministerio de Trabajo, mediante Informe 039-2012 del 12 de octubre del año 2012, opino en contra del criterio de dicha sentencia casatoria, en el sentido que no podía extenderse los beneficios acordados con el personal no afiliado. Sin embargo fue una opinión no vinculante.

Cuarta Posibilidad

El cuarto mecanismo, supone que los trabajadores no sindicalizados, envíen una carta solicitando que los efectos del convenio colectivo de trabajo celebrado por el sindicato o sindicatos minoritarios, le sean extensibles, sobre la base de lo señalado en el artículo 47 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR y la empresa acepte este pedido. Esta norma se puede interpretar en el sentido que los trabajadores que no pertenecen a ningún sindicato, y ningún sindicato sea mayoritario en la empresa, puedan negociar directamente con la empresa, condiciones de trabajo y remunerativas.

De adoptarse cualquiera de estas alternativas, considero que las contingencias de carácter administrativo o judicial se reducen en forma considerable.

El Decreto Supremo Nro. 014-2022 regula en sus artículos 4-A y 34-A:

“Artículo 4-A.- Representación sindical en materia de negociación colectiva En materia de negociación colectiva, cuando el sindicato no afilia a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, representa únicamente a sus afiliados de conformidad con lo previsto en el artículo 9 de la Ley”

“Artículo 34-A.- Derecho de sindicación del personal de dirección y de confianza El personal de dirección y de confianza no es representado por la organización sindical ni se considera en el número total de trabajadores del ámbito para efectos de determinar si se cumple con el requisito de la mayoría absoluta a que se refiere el artículo anterior, salvo que el estatuto de la organización sindical admita expresamente su afiliación”

Recomiendo el Decreto Supremo Nro. 014-2022, que modifica algunos artículos del Reglamento de la Ley de Negociación Colectiva y que contempla este punto. El Decreto Supremo 014-2022 lo consideraremos al final de las consultas.

212. ¿SE PUEDE HACER EXTENSIVO LOS BENEFICIOS DEL CONVENIO COLECTIVO CELEBRADO CON UN SINDICATO (MINORITARIO) AL PERSONAL NO SINDICALIZADO A PESAR DE NO HABER ACUERDO CON EL OTRO SINDICADO MINORITARIO?

Consideramos que se podrían aplicar las 4 posibilidades señaladas en la anterior respuesta. Es posible que pueda existir una contingencia con SUNAFIL, no nos olvidemos que cada inspector laboral, de acuerdo a la Ley 28806, tiene autonomía para proponer y calificar una supuesta infracción. Sin embargo de ser el caso, dichas decisiones administrativas del sistema inspectivo, pueden ser contradichas en sede judicial.

De lo señalado, sugerimos que, no se efectúe ninguna extensión de beneficios al personal no afiliado, en tanto no se resuelva definitivamente ambos pliegos de reclamos con ambos sindicatos minoritarios, con la finalidad de poder tomar la decisión más adecuada.

Recomendamos leer el Decreto Supremo Nro. 014-2022-TR que modifica algunos artículos del reglamento de negociaciones colectivas.

213. SI SE CELEBRA UN CONVENIO COLECTIVO CON UN SINDICATO CON DETERMINADOS BENEFICIOS Y CON EL OTRO SINDICATO HAYAN OTROS BENEFICIOS ¿QUE BENEFICIOS SE LE PUEDE OTORGAR AL PERSONAL NO SINDICALIZADO?

Consideramos que, la empresa puede considerar las alternativas de la segunda, tercera y cuarta posibilidad señaladas en la respuesta de la anterior pregunta, esto es: i) considerar, por la costumbre, como se ha venido extendiendo los beneficios pactados por el sindicato o sindicatos minoritarios a los trabajadores no sindicalizados, en la empresa eléctrica desde el año 1995 a la fecha, ii) conforme a la facultad directriz de toda empresa, empresa eléctrica, siga extendiendo en forma unilateral a los trabajadores no afiliados, los beneficios obtenidos por los sindicatos minoritarios, sobre la base de lo señalado en el artículo 2 inciso 24 literal a) de la Constitución, que señala que, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe y los demás argumentos señalados, iii) que los trabajadores no sindicalizados envíen una carta a la empresa eléctrica, solicitando que los efectos de determinado convenio colectivo de trabajo celebrado con el sindicato o sindicatos minoritarios, le sean extensibles, lo que ha sucedido en otras empresas, siendo en algunos casos observados por SUNAFIL.

Recomendamos leer el Decreto Supremo Nro. 014-2022-TR.

214. SI NO SE LLEGA A ACUERDOS Y SE RECURRE AL ARBITRAJE CON UNO O AMBOS SINDICATOS ¿SE PUEDEN HACER EXTENSIVOS AL PERSONAL NO SINDICALIZADO LOS BENEFICIOS CONTENIDOS EN EL RESPECTIVO LAUDO ARBITRAL ¿QUÉ BENEFICIOS SE LE PUEDEN OTORGAR A LOS NO SINDICALIZADOS?

En principio, el laudo arbitral al igual que el convenio colectivo, conforme lo prevé el artículo 70 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR, tienen idénticos efectos, no obstante provenir de distinto origen. En este contexto, en caso que se resuelva el CCT mediante un arbitraje, es posible extender los efectos de este laudo, mediante la segunda, tercera o cuarta posibilidad, señalados en la respuesta a la primera pregunta.

El Decreto Supremo Nro. 014-2022-TR, en sus artículos 4-A y 43-A señalan:

“Artículo 4-A.- Representación sindical en materia de negociación colectiva En materia de negociación colectiva, cuando el sindicato no afilia a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, representa únicamente a sus afiliados de conformidad con lo previsto en el artículo 9 de la Ley”.

“Artículo 34-A.- Derecho de sindicación del personal de dirección y de confianza El personal de dirección y de confianza no es representado por la organización sindical ni se considera en el número total de

trabajadores del ámbito para efectos de determinar si se cumple con el requisito de la mayoría absoluta a que se refiere el artículo anterior, salvo que el estatuto de la organización sindical admita expresamente su afiliación”.

215. ¿CUÁNDO SE PUEDE REPROGRAMAR UNA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN?

1. El artículo 30 del D. Legislativo 910, señala que la reprogramación de una audiencia de conciliación se solicita dentro del segundo día hábil posterior a la fecha señalada para la diligencia de conciliación, debiendo justificar las razones de la inasistencia. Por el tiempo transcurrido, no veo posible que puedan solicitar una reprogramación.

2. El D.S. N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección, establece como infracción grave por parte del empleador “el incumplimiento de las obligaciones de implementar y mantener actualizados los registros que exigen las disposiciones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo” (Art. 27.6°). Además, como el registro debe contener la investigación del evento, también se ha tipificado la siguiente infracción grave por parte del empleador: “No llevar a cabo la investigación en caso de producirse daños a la salud de los trabajadores” (Art. 27.2°).

3. La norma antes citada también dispone como infracción grave por parte del empleador “no dar cuenta a la autoridad competente, conforme a lo establecido en las normas de seguridad y salud en el trabajo, de los accidentes mortales e incidentes peligroso de trabajo ocurridos.

4. Si el trabajador se atendió en un centro médicos asistencial (públicos, privados, militares, policiales o de seguridad social) estos comunicarán al sector los accidentes de trabajo hasta el último día hábil del mes siguiente de ocurrido, en tanto que las enfermedades ocupacionales deberán ser comunicadas dentro de los cinco días hábiles de conocido el diagnóstico.

Estando a lo señalado sugiero que indaguen si el centro médico asistencial donde fue tratado el trabajador ya comunico a EsSalud de accidente de trabajo.

216. DOS EMPRESAS CELEBRAN UN CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS, POR LOS SERVICIOS DE UN MÉDICO OCUPACIONAL, ¿UNA DE ELLAS PUEDE A FAVOR DE LA OTRA PRESTAR SERVICIOS DE SALUD OCUPACIONAL? A SABIENAS QUE ESTO INCLUYE VIGILANCIA EN SALUD DE LOS TRABAJADORES E HIGIENE OCUPACIONAL.

Al respecto afirmamos que, si es posible, sin embargo, se debe tomar las siguientes precauciones:

1. El médico de la empresa que presta el apoyo a la otra empresa, debe figurar en la planilla de la primera empresa (la que apoya).

2. No debe ser un locador de servicios.

3. Antes que el trabajador médico sea desplazado, se debe haber generado el Alta del referido trabajador.

4. La empresa que recibe el apoyo debe declararlo en el reporte 13 (r13) personal de terceros, por cuanto en caso de una visita de Sunafil, el inspector comisionado va exigir este reporte (Reporte PDT-Plame)

para verificar que efectivamente ha sido declarado como personal de terceros, conforme lo establece el protocolo N° 002-2018-SUNAFIL, protocolo de Fiscalización para la Formación Laboral.

5. Conforme lo señala el artículo 1 del D.S. 004-2006-TR, el trabajador destacado o desplazado deberá marcar su asistencia en GCI.

217. ¿PUEDE DESPEDIRSE A UN TRABAJADOR POR BURLARSE DE SU JEFE VÍA WHATSAPP?

La Corte Suprema ha establecido en una casación que el realizar burlas sobre la apariencia física de un empleador dentro de la empresa constituiría una falta grave que ameritaría que el trabajador sea despedido, y que dicha conducta también sería reprochable si se hace a otro compañero de trabajo.

Este el caso de un trabajador que haciendo comentarios sobre la apariencia de sus superior utilizado el chat de WhatsApp, terminó dirigiéndose a él como “pelao” y “pelón”, entre otras frases similares, dentro de un grupo de personas en las que no estaba incluida su empleador, pero una vez que la empresa tuvo acceso a estos mensajes terminó por despedir al trabajador alegando que se había vulnerado el debido respeto y buen trato que se espera dentro de una relación laboral.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema en el expediente 24775-2019, terminó por dar la razón al empleador, considerando que ello constituiría una falta grave. Sin embargo, comentarios de diversos opinólogos apuntan más a la privacidad que tuvo que vulnerar la empresa para conseguir los chats donde se ventilaban este tipo de comentarios, ingresando a un plano de improcedencia de la prueba obtenida.

218. ¿EN QUÉ FECHA SE PAGAN LAS VACACIONES?

La remuneración vacacional se pagará al inicio de las vacaciones , se entiende que dentro de este periodo no hay subordinación

El trabajador puede convenir por escrito y acumular hasta dos descansos consecutivos .

El descanso vacacional puede reducirse de 30 a 15 días calendarios ,con la respectiva compensación de 15 días de remuneración El acuerdo debe ser por escrito, vemos una contradicción con la constitución en su artículo 26 numeral dos que señala que los derechos laborales son irrenunciables en este caso se estaría renunciando a 15 días

219. TRIPLE PAGO POR VACACIONES NO GOZADAS

Los trabajadores en caso de no disfrute del descanso vacacional dentro del año siguiente de aquel en el que adquirieron el derecho percibirán :

1-Una remuneración por el trabajo realizado

2-Una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado

3- Una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso. Esta indemnización no está sujeta a pago o retención de ninguno aportación, contribución o tributo

El monto de la remuneraciones Será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad y que se efectúe el pago

220. TRABAJADORA GESTANTE

La trabajadora gestante tiene derecho a solicitar que el periodo de descanso vacacional por récord cumplido y aún pendiente de goce, se inicia a partir del día siguiente de vencido el descanso post natal. Para ello, la trabajadora gestante deberá comunicar su decisión a su empleador con una anticipación no menor de 15 días calendarios al inicio del goce vacacional

221. FRACCIONAMIENTO VACACIONAL

Por regla general el trabajador debe disfrutar del descanso vacacional en forma ininterrumpida sin embargo, es posible que el trabajador solicite al empleador el fraccionamiento de dicho descanso

El supremo gobierno ha expedido el decreto legislativo 1405 de fecha 11 de septiembre del 2018

Decreto legislativo que establece regulaciones para que el disfrute del descanso vacacional remunerado favorezca la conciliación de la vida laboral y familiar

Ha expedido dos reglamentos :

1-Sector público a través del decreto supremo número cero 13-20 19-PCM (5 de febrero del 2019)

2-Sector privado a través del decreto supremo número 002-20 19-TR(5 de febrero del 2019)

El decreto legislativo 1405 en su disposición complementaria modifica el decreto legislativo 713 en sus artículos 10, 17 y 19

Señala que el trabajador tiene derecho a 30 días calendarios de descanso vacacional por cada año completo de servicio

Este derecho esta condicionado al cumplimiento del récord

A-Para los trabajadores cuya jornada de trabajo de seis días a la semana debe haber una labor efectiva de 260 días en dicho periodo

B- Para los trabajadores cuya jornada sea de cinco días a la semana debe haber tenido una labor efectiva de 210 días en dicho periodo

C-Y en los casos en que la labor se desarrolle en 4 o 3, días a la semana o sufra paralizaciones temporales autorizado por la Autoridad Administrativa trabajo los trabajadores tendrán derecho al goce vacacional siempre que sus faltas injustificadas no exceda al 10 días en dicho periodo.

222. GOCE ININTERRUMPIDO

El trabajador debe disfrutar del descanso vacacional informa interrumpida sin embargo, a solicitud escrita del trabajador el disfrute del periodo vacacional puede ser fraccionado

1-15 días calendarios, los cuales pueden gozarse en periodo de 7 o 8 días interrumpidos

2-El resto del periodo puede gozarse en forma fraccionada en periodos inferiores a siete días calendarios y como mínimo un día

223. COMPENSACIÓN VACACIONAL

El descanso vacacional puede reducirse de 30 días a 15 días con el pago de una compensación por los 15 días

Decreto supremo 002-2019-TR , aprueba el Reglamento del Decreto legislativo 1405, que establece regulaciones para el disfrute vacacional para los trabajadores sujetos al régimen general de la actividad privada

El Decreto Legislativo 1405 modifica algunos artículos del Decreto legislativo 713,, las disposiciones de este decreto supremo se aplica a los trabajadores del régimen de la actividad privada

Lo regulado por este decreto complementa las disposiciones del reglamento del Decreto Legislativo 713,, aprobado por el Decreto Supremo No 012- 92 TR

Este nuevo Decreto Supremo regula adicionalmente sabré :

El goce de vacacional es de 30 días

Adelanto de vacaciones

Compensación vacacional

Descanso, Fraccionamiento y Reducción vacacional.

224. FALTA GRAVE POR DENUNCIA PENAL

LA SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA, de acuerdo a la Casación Laboral No 18426-2018 , Lambayeque , señala que Incurre en falta grave de despido previsto , en el inciso F del artículo 25 , del texto único ordenado del decreto legislativo No 728, Ley de productividad y competitividad laboral, el trabajador que formular denuncia penal temeraria contra su empleador, su representante o personal jerárquico del centro de trabajo

Son delitos contra el honor, entre los que están comprendidas la injuria y la calumnia

LA INJURIA

La injuria consiste en una persona ofende o ultraje a otra persona con palabras, gestos o vía de hecho por lo cual será reprimido con prestación de servicios comunitarios.....

Es el delito Contra el honor la comete el que ofende a otra persona afectando su reputación

Es un delito penado por el artículo 131 del CPP

En la injuria es muy común y muy frecuente que una persona afirme que otra persona es un ladrón ,un estafador, un explotador, estas palabras están dichas con el ánimo de ofender y de causar un perjuicio a la imagen o fama de una persona, Y que no solamente lo dice en forma verbal sino que muchas veces lo escriben y lo sacan como comunicados del grupo de trabajadores que están reclamando una negociación colectiva, es fácil decir el empleador es un estafador , es un explotador vive con el sudor de nuestro rostro a ellos no les importa quien los lee o quien los escucha

La injuria daña obligatoriamente el honor de otra persona atenta contra su derecho fundamental, el que injuria sabe que va a producir daño y perjuicio a la otra persona con su acción sin embargo no le importa hacerlo

LA CALUMNIA

La calumnia y la falsa imputación de un delito. Es decir se trata de una falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto.

La calumnia consiste en acusar falsamente a una persona de un delito sabiendo que en realidad tal delito no existe, es decir es de la imputación de un delito a otra persona conociendo que todo lo imputado es falso sin embargo al calumniador eso no le interesa

Tanto la injuria como la calumnia están tipificadas y penado por el código penal peruano y fría te enfriando

La Biblia califica a la calumnia como una declaración maliciosa ideada para hacer daño o difamar a la persona acerca de quién se dice. La escrituras muchas veces advierte en contra de ellas, (Lev 19:16,Eze 22:9 , Eph 4:31;Col 3:8; Jam 4:11) son acusaciones falsas y maliciosa

Agrega, es una declaración maliciosa ideada para hacer daño o difamar a las personas acerca de lo que dicen. Las escrituras muchas veces advierte en contra de ellas, es una acusación falsa y maliciosa — Cristo fue calumniado:Mat 10:25, Mat 11,Mat 12:24,Mat 26:59

Los Sindicatos

Los miembros de un sindicato , se han acostumbrado a insultar al empleador o a su representante , a través de los comunicados que publican

Muchas veces toman las escaleras de una iglesia o la puerta de ingreso del centro de trabajo y con un megáfono lanza improperios contra los empleadores , sin importar qué hay personas desconocidas que transitan por esos lugares y escuchan

EVOLUCIÓN DE LA ACCIÓN , según la Casación No 17426-2018- LAMBAYEQUE

1-Que la accionante solicita la reposición alegando haber sido objeto de un despido fraudulento

2- La actora conjuntamente con grupo de docentes interpusieron denuncia penal por desobediencia y resistencia a la autoridad, aduciendo que se había hecho caso omiso de la medida cautelar de ejecución anticipada

3-A la accionante se le imputa la falta grave prevista en el inciso f) referida a la Injuria y faltaamiento de palabra , por haber interpuesto una denuncia calumniosa

4-La sentencia de primera instancia declaró infundada la demanda

5- La sentencia de vista revocó la sentencia apelada, fundamentando que no ha existido la intención de querer desacreditar o ofender al empleador por medio de la denuncia penal efectuada por el actora

6-La Constitución política del Perú prevé en su inciso 7)Del artículo 2 lo siguiente

Artículo 2.-Toda persona tiene derecho(...)

7.Al honor y a la buena reputación, al intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias

8-....Se desprende que tanto el empleador como sus representantes o el personal jerárquico del centro de trabajo, en tanto son personas humanas, tienen derecho a que se respete su honor, por parte del trabajador.....

9-La doctora Ledesma Narváez nos dice lo siguiente

.....De los expuestos se tiene que cuando se formule una denuncia penal temeraria ante el ministerio público contra el empleador, su representante jerárquico del centro de trabajo con afirmación carente de veracidad, se incurre en injuria afectando el derecho al honor de los denunciados

El carácter temerario de la denuncia quedará demostrado con la resolución definitiva del ministerio público

10-En el caso de la denuncia penales sin fundamento ante el ministerio público, se califica a la persona denunciada como alguien al margen de la ley, que merece una sanción que incluso puede privarla de su libertad, Lo que evidentemente afecta su honor, pues mientras la autoridad correspondiente realiza las investigaciones de este caso, figura como imputado es una causa penal

11-qué existen antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de justicia de la República sobre el tema, mencionando algunas de ellas

12-Doctrina jurisprudencial, la segunda sala de derecho constitucional y social transitoria estableció como doctrina jurisprudencial de obligatorio cumplimiento el criterio siguiente

“Incurrir falta grave causante de despido por injuria laboral, el trabajador que formuló denuncia penal contra el empleador, su representante o personal jerárquico en el centro de labores, si dicha denuncia es desestimada por el ministerio público mediante resolución definitiva.

Constituirá requisito indispensable para la configuración de la falta grave que la denuncia este referida a una controversia de carácter laboral”

13- Que con fecha 20 de febrero de 2015 la demandante interpone una denuncia penal por el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad contra.....

14-Que la segunda fiscalía Provincial penal corporativa de Chiclayo resolvió no proceder a formalizar ni continuar con la investigación preparatoria por delitos contra la autoridad pública en su figura de desobediencia y resistencia a la autoridad contra.....

15-La fiscalía superior penal de apelación de Lambayeque confirmó la disposición fiscal número uno que dispone la no formalización ni continuación de la investigación preparatoria contra los directivos del centro educativo antes mencionado

16-La demandada cursó una carta de preaviso de imputación de cargos a la actora por la falta grave tipificado en el inciso F del artículo 25 del texto único ordenado, alegando que ha incurrido en denuncia calumniosa que constituyen falta grave en agravio del director y jefe de personal del colegio..... por la denuncia formulada ante el ministerio público por la presunta comisión del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad

17-La demandada despidió a la actora por incurrir en actos de injuria en agravio del director y el jefe de personal del colegio.....

18-En el ámbito laboral, tanto a la autoridad de trabajo como la autoridad judicial son los órganos del Estado encargados de solucionar las controversias laborales dentro del ámbito de la competencia de cada

uno, no resulta razonable ni arreglado derecho recurrir ante el ministerio público formulando denuncias penales para presionar la solución de las controversias antes señaladas

La sala suprema considera que la conducta de la demandante denunciar penalmente ante el ministerio público a los funcionarios de su centro de labores, no obstante el conocimiento que ya tenía la autoridad administrativa el trabajo de la controversia laboral existente, en realidad lo que buscaba era perjudicar a lo denunciado, causándole de modo consciente y voluntario un perjuicio en su honor y reputación.

En consecuencia queda desvirtuado la figura del despido fraudulento invocada por la parte actora, siendo que por el contrario ha quedado demostrado que dicha parte incurrió en falta grave causal de despido previsto en el inciso F del artículo 25 del decreto supremo 003 — 97 — TR

En consecuencia confirmaron la sentencia apelada de fecha 7 de diciembre de 2017, es decir confirmaron la sentencia del juzgado de primera instancia que declara infundado la demanda

Bien el fallo de la suprema , por que la injuria y calumnia ya están considerado ,como falta grave , de acuerdo a lo estipulado en la letra f) del artículo 25,

“ f) Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, de personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometa dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se derivan directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciado ante la autoridad judicial competente “

Conclusión:

1- Hay opiniones discrepantes entre los laboristas respecto a la casación unos están de acuerdo y otros no

2-En nuestra opinión creo que fue acertada la Casación , Porque no se puede permitir que las personas estén calumniando injuriando a sus empleadores o superiores y que muchas veces se hacen cuando están negociando un pliego de reclamos

3-Para demostrar la injuria o calumnia se podrá hacer, a través de testigos, grabaciones Videos, pantallazos de mensajes, correos electrónicos, conferencias de prensa o publicaciones en las redes sociales

4- Trabajadores que denuncian y cometen injuria contra su empleador pueden ser despedidos

5-Si una denuncia penal por Injuria, ante el Ministerio Publico, realizada por parte de un trabajador contra su empleador, su representante o superior jerárquico en el centro de trabajo fuera de él, y esta es desestimada el trabajador habrá incurrido en una falta grave por injuria, por lo que se podrá proceder con el despido del trabajador

6- El sindicato o dirigente sindical, no puede difamar o calumniar aún estando en su fuero sindical.

225. FERIADO, PRIMERO DE NOVIEMBRE ¿CÓMO SE PAGA A LOS TRABAJADORES, PRESENCIAL, VIRTUAL (REMOTO, TELETRABAJO), Y DESCANSO MÉDICO POR ENFERMEDAD?

Al respecto expresamos:

El 1 de noviembre es feriado nacional ,denominado “día de todos Los Santos “, el gobierno ha decretado además , el día 2 de noviembre como día no laborable para el sector público y para el sector privado en forma opcional.

En el supuesto , que si el trabajador , el primero de noviembre lo trabajen podrán percibir una triple remuneración, sea este presencial o remoto o teletrabajo y siempre que sea sin descanso sustitutorio.

Se podría presentar , algunas situaciones que consideramos tener.

1- Que se trabaje en feriado , con descansos sustitutorio, en este caso el trabajador percibirá doble remuneración , una por el feriado y otro por el el día laborado .

Igual sucede si el trabajo se esté realizando en forma remota o teletrabajo , en caso el trabajo se realice sin descanso sustitutorio el pago será triple, con sustitutorio doble.

2- Día feriado con descanso medico , el trabajador ese día percibirá su remuneración ,De acuerdo a ley los primeros 20 días de enfermedad los paga el empleador , a partir del 21 día ya lo paga EsSalud como subsidio

DIA NO LABORABLE

El supremo gobierno a través de decretos supremos ha decretado los días no laborables , esto con la finalidad de fomentar el turismo , este día es obligatorio para el sector público más no para el sector privado , para este es opcional

1-En el supuesto que no se labore ese día deberán acortar trabajador y empleador la forma de compensar el día no laborable , caso contrario decidirá el empleador dentro de sus facultades de dirección , que tiene dentro del contrato de trabajo

2-La compensación del día no laborable podrá efectuarse ya sea laborando horas extras, o con cargo a vacaciones .

3-Si el trabajador, trabaja el día no laborable el pago solamente es simple ya que no existe obligación por parte del empleador de conceder como día no laborable

4-Las empresas que desarrollen labores de servicio público , estarán en la facultad , de excluir que puestos de trabajo laboraran en los días no laborables , a fin de prestar los servicios a la ciudadanía.

226. DIFERENCIAS ENTRE DÍAS FERIADOS Y DÍAS NO LABORABLES

Existen diferencias entre día feriado y día no laborable

Los feriados están señalados en forma expresa en la ley y son fechas esperadas por los trabajadores tanto de la actividad pública como la actividad privada , estas son consideradas pautas en la rutina de trabajo y que sirven para descansar , jabatos o juntarse con la familia, eso es lo que nosotros llamamos una suspensión perfecta del contrato de trabajo, porque no hay servicio pero si pago de remuneración,

Durante la pandemia lo feriado empezaron a ser desapercibidos porque la población estaba en cuarentena y aisladas en sus domicilios u otros estaban trabajando laborando en forma remota o teletrabajo y la verdad que le dieron poco importancia al feriado, pero eso no significa que no sea remunerado.

Entre los feriados nacionales más importantes en el PERU, para este año calendario son 12

Para conocimiento de los empleadores y trabajadores los feriados son establecidos en forma oficial y señalados en el calendario entre los feriados podemos señalar

- 1-Año Nuevo, 1 de enero
- 2-Jueves santo Y Viernes santo
- 3- Día del Trabajo , 1 mayo
- 4- San Pedro y San Pablo , 29 de junio
- 5- Fiestas patrias 28 y 29 de Julio
- 6- Batalla de Junín 6 - 8
- 7-Santa Rosa de Lima 30 de Agosto
- 8-Combate de Anegamos, 8 de Octubre
- 9- Todos los Los Santos , 1 de Noviembre
- 10-,Inmaculada Concepción 8 de Diciembre
- 11- Navidad del señor 25 de Diciembre

Los feriados están considerados en el Decreto 713, por ley, y su Reglamento el DS No 012-92-TR

Y tienen ciertas obligaciones , que son los siguientes:

Los feriados oficiales son fecha de descanso para todos los trabajadores tanto de la actividad privada como el sector público a nivel nacional, el trabajador sin laborar recibirá su remuneración normal, en el supuesto que lo trabaje recibiera triple remuneración esto, es si es que no le dan otro día como sustitutorio del feriado

DÍAS NO LABORABLES

Estos son declarados extraoficialmente .

Los días no laborables son aquella fecha declaradas como su nombre lo dice, mediante decreto supremo y normalmente son para los servidores públicos excepcionalmente también lo usan los actividad privada.

Es necesario recalcar que los días no laborables , no son feriados oficiales , por eso que el trabajador que los toma tiene que compensar las horas de descanso por otros días que señale el empleador.

El trabajador que labora los días no laborables no gana dinero extra, como si sucede en los feriados el que no hace uso del feriado y trabaja , se le paga doble y hasta triple si es que no hace uso del descanso sustitutorio.

227. ¿EXISTE OBLIGACIÓN DE CONCEDER LICENCIA REMUNERADA PARA VACUNARSE DEL COVID-19?

Se nos consulta si existe obligación por parte del empleador , de conceder licencia remunerado, para que los trabajadores puedan concurrir a los centros de vacunación para inocularse la vacuna contra el Covid-19

Al respecto, debemos precisar que con fecha 7 de agosto el supremo gobierno promulgó la ley 31334, Mediante la cual establecía :

1-Que los empleadores tanto de la actividad pública como privada deberán de conceder licencia , hasta por cuatro horas , para que el trabajador pueda vacunarse , el día que este programado y deberá ser con goce de haber

2-Que en caso, concurra a vacunarse , el día de su licencia y el centro de vacunación no esté operando , tendrá derecho a pedir nuevamente permiso por cuatro horas

3- Que estas licencias el trabajador deberá de pedírsela al empleador con 48 horas de anticipación

4-Que esta ley entre en vigencia a partir del 8 de agosto

JORNADA DE TRABAJO

La jornada de trabajo está regulada en el artículo 25 de la Constitución política del Perú, Y en la ley de jornada de trabajo decreto legislativo número 854

Artículo 25

“ la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máximo“

Los artículos 1 , 10 y 1A de la ley de la jornada de trabajo señalan :

Artículo 1

“ La jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) Horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo

Se puede establecer por ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada menor a las máximas ordinarias .La jornada de trabajo de los menores de edad se regula por la ley de la materia. El incumplimiento de la jornada máxima de trabajo será considerada una infracción de tercer grado

Artículo 10

“ El tiempo trabajado que exceda a la jornada diaria o semanal se considera sobre tiempo y se abona con un recargo a convenir, que para las dos primeras horas no podrá ser inferior al veinte cinco (25 %) por hora calculado sobre la remuneración percibida por el trabajador en función de valor hora correspondiente y el treinta y cinco (35 %) para los horas restantes

El sobre tiempo puede ocurrir antes de la hora de ingreso o de la hora de salida establecidas cuando el sobre tiempo es menor a una hora se pagará la parte proporcional de recargo horario

Artículo 10A

‘ El empleador está obligado a registrar el trabajo prestado en sobre tiempo mediante la utilización de medios técnicos o manuales seguros y confiables. La deficiencia en el sistema de registro no impedirá el pago del trabajo realizado y sobre tiempo, si el trabajador acredita mediante otros medios su real y efectiva realización “

Es preciso señalar que dentro de las facultades del empleador está el derecho a conceder licencia al trabajador con o sin remuneración , y es lo que conocemos como Suspensión Perfecta o Imperfecta , artículo 11 del DS 003-97TR

Artículo 11

“Se suspende el contrato de trabajo cuánto cesa si temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectivas , sin que desaparezca el vínculo laboral.

Se suspende, también , de modo imperfecto, cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores “

En este caso al conceder el empleador licencia con goce de haber, para vacunarse el trabajador , el día que está programado será una licencia imperfecta por que no habrá servicio de labores pero sí remuneración

CONCLUSIONES:

- 1- Estamos de acuerdo que el empleador conceda licencia , con goce de haber al trabajador para que pueda vacunarse
- 2- Será una forma de colaboración con el Estado y la Sociedad
- 3- Evitará que el trabajador contraiga la enfermedad del COVID 19 ,
- 4- Evitará en sea portador del Virus y contagie a su familia y a otros trabajadores
- 5- Es una licencia imperfecta , por que no habrá prestación de servicio ,pero sí remuneración
- 6- Se recomienda que el empleador deberá de poner en conocimiento de los trabajadores la licencia y beneficios establecida en la ley 31334

228. INCENTIVOS PARA QUE LOS TRABAJADORES SE VACUNEN

En nuestra opinión no existe ninguna ley que prohíba dar incentivo a los trabajadores para que se vacunen , al contrario creo que está bien que se haga , ya la promulgación de la Ley 31334 es un incentivo , en lo que respecta a la licencia con goce de haber

En otros países ya se está dando incentivos para vacunarse , en mi modesta opinión creo que los que no se vacunan son inconsecuentes con sus familias , sus amigos , sus compañero de trabajo y la sociedad ya que pueden ser transportadores del Virus y perjudicar a otro persona , es una lástima que la vacunación no sea obligatoria

Entre los incentivos puede darse movilidad, alimentación y hasta dinero.

229. ¿QUÉ ES UN DÍA NO LABORABLE?

Día no laborable, es aquel que otorga el poder ejecutivo, a través de un decreto supremo, este se da por diferentes motivos, algunas veces se ha efectuado , en el país cuando se ha desarrollado una actividad fuera de lo común como fue en APEC y la Cumbre de los Presidentes, se hacen para evitar el

desplazamiento de personal . y como medidas de seguridad para los ilustres visitantes , en otras oportunidades se ha dado para reactivar la economía

Los días no laborables se han anexado a los inicios o fines de semana, a fin de hacerlo, un descanso prolongado para reactivarla economía a través de Turismo.

Los días no laborables son normalmente obligatorios para el sector público, optativamente para el sector Privado.El que muchas veces no lo ha otorgado a su personal, si hace uso el trabajador , deberá de compensar esas horas

Los días no laborables debe ser compensados tanto en el sector público como en el sector privado, La compensación en el sector público lo dispone el titular del pliego, y en el sector privado muchas veces el acuerdo entre las partes y finalmente lo decide el empleador

El día no laborable, no es un feriado, si el trabajador labora, se le paga como un día normal no tiene derecho a ninguna pago adicional como si lo tiene el día feriado

La diferencia entre el día feriado es que es obligatorio tanto para el sector público , como para el sector privado .En caso que el trabajador del sector privado lo trabaje el pago es doble y si no tiene un descanso sustitutorio el pago es triple

Los días no laborables el trabajador debe compensar las horas por la cual no laboró y esto debe ser coordinación con su empleador en caso no hubiera acuerdo el empleador fijará la fecha

Los feriados no laborables ya están fijados por ley tanto el empleador como el trabajador ya los conocen y están regulados por el Decreto Legislativo 713 y el Decreto Supremo 012-92-TR, que es el Reglamento

En el 2021, por Decreto Supremo 161 — 2021 PCM el gobierno decretó para el sector público los siguientes día no laborables

-Lunes 11 de octubre de 2021

-Martes 2 de noviembre de 2021

-Viernes 24 de Diciembre 2021

-Lunes 27 y diciembre 2021

-Viernes 31 de diciembre de 2021

-Lunes 3 de enero de 2022

Los que sumados a los de Navidad y Año Nuevo hicieron feriados largos

Reiteró estos son días no laborables para el sector público , opcionalmente para el sector privado privado

Las horas dejadas de laborar durante estos días no laborables en el sector público , serán compensados en los 10 días inmediatos posteriores o en la oportunidad que establezca cada entidad pública en función a su propias necesidades

Hay que resaltar que hay tomar la prevención tanto el sector público como privado de que los servicios indispensables para la sociedad , que generalmente, son los servicios públicos no pueden dejar de funcionar , entre otros Lo que podemos mencionar:

-Los servicios de salubridad, limpieza y saneamiento, electricidad, agua , desagüe , gas , y combustible, sepelios comunicaciones y telecomunicaciones, transportes, puertos ,aeropuertos seguridad , custodia vigilancia y traslado de valores y expendio de víveres y alimentos

Los del sector privado está facultada para determinar los puestos de trabajo que están excluidas de los días no laborables declarado por el artículo primero del presente decreto supremo, y los trabajadores respectivos que continúen laborando al fin de garantizar los servicios de la comunidad

En el sector privado hemos dicho que opcionales los centros de trabajo podrán acogerse previo acuerdo entre el empleador su trabajadores quienes deberán establecer la forma como se hará efectiva la recuperación de la zona dejó de trabajar a falta de acuerdo decide la empleador

Para el año 2022 , con fecha 4 de Abril se ha publicado el DS No 033-2022 PCP , que decreta los días no laborables para el Sector Publico, además del 3 de enero , y son :

-Lunes 2 de mayo

-Viernes 24 de junio

-Sábado 6 de Agosto

-Lunes 29 de agosto

-Viernes 7 de octubre

-Lunes 31 de octubre

-Lunes 26 de diciembre

-viernes 30 de diciembre

Estos días no laborables, “ tiene como objetivo promover el desarrollo de la actividad turística como un medio para contribuir al crecimiento económico y el desarrollo social del país, promoviendo las condiciones más favorables para el desarrollo de la iniciativa privada, y la generación de empleo .”

230. ¿CUÁLES SON LOS SÍNDROMES O SECUELAS DEL COVID 19?

Luego de sufrir de COVID 19, a los trabajadores les ha quedado algunos consecuencia a los que se les ha conocido como el síndrome del COVID-19 o llamadas también secuelas, los problemas han sido tanto de salud como económicos

Los síntomas , en salud consiste en trastornos del estado del ánimo, fatiga , problemas de respiración,temperatura , dolor de garganta, dificultades para consumir su alimentos , dificultad al caminar y deterioro que han afectado de manera negativa , el regreso al trabajo presencial

Se han presentado problemas neurológicos y muchas dificultades para realizar actividades que antes hacía, inclusive olvidos de actividades realizadas minutos o horas anteriores

Mucho de las personas que han sufrido el Covid y no han tenido enfermedades preexistentes , como diabetes , presión arterial , obesidad,dolencias cardíacas o han sido adultos mayores , es decir no han tenido morbilidad alguna , pero

la mayoría de los pacientes han tenido que realizar terapias de rehabilitación , por que han sentido adormecimiento de la cara , calentura que no llegan a ser fiebre inclusive que han tenido dificultades para caminar, desorientación y muchos no pudieron retornar a su vida laboral normal, pero peor lo han pasado los que han tenido morbilidad , ya que han sido personas de riesgo y muchos han fallecido como consecuencia de COVID 19

El gobierno tendrá que aumentar los sueldos, los ingresos de los trabajadores , porque estos están bajos , con tanta cuarentena han gastado sus ahorros , sus CTS y AFP y muchos han visto sus ingresos, reducidos porque el empleador , no ha aplicado una suspensión perfecta para no perjudicarlos , pero si han bajado sus ingresos , a otros si les han aplicado la suspensión perfecta

Las negociaciones colectivas se han suspendido por que el trabajo ha estado realizando remoto o teletrabajo en consecuencia no han tenido aumentos en sus remuneraciones

Otro problema que existe es que en el Perú , no existe muchos sindicatos , en la época del 90 se los destruyó , bajo el pretexto de que estaban infiltrados por terroristas , los persiguieron y los exterminaron , por eso es que es importante que se de atención a la organización sindical, la OIT ha cuestionado a Peru por su baja tasa de afiliación sindical.

La OIT a señalado que hay muchos contratos temporales,(es uno de los tipos de contrato de trabajo) Intermediación , terciarización lo que indudablemente hace más difícil la constitución de sindicatos y las empresas deberan de aprender a convivir con los sindicatos y estos tendrán también que cumplir con sus obligaciones

La sindicalización es un derecho reconocido en la Constitución y existe una ley sobre su organización que señala sus derechos y obligaciones (artículo 28 de la Constitución, ley 25593 y 27912 , hoy DS O10-2003 TR

Actualmente estamos frente a la cuarta ola del Covid y los contagios han subido , en la última semana a 77,000 , las personas deben vacunarse y tomar los precauciones y cuidados para evitar el contagio y consecuencias fatales , ya las noticias dicen que en Europa próximamente tomarán medidas de resguardo

231. FERIADOS Y DÍAS NO LABORALES DEL RESTO DEL AÑO 2022

Los feriados se dan a través de una ley y está surten efecto tanto para el sector público para el sector privado

Los feriados son remunerados, y si el trabajador no descansa el feriado tendrá derecho al pago triple , el primer es su remuneración ordinaria, el segundo es por trabajar el feriado y el tercero es una indemnización por el no descanso , si es que no te han otorgado un descanso sustitutorio

Si trabajas el feriado y el descanso te lo otorgaron otros día el pago será dobles .

En cambio el día no laborable es establecido a través de un Decreto Supremo y que algunas veces se da por medidas de seguridad, como cuando se realizó en Lima las reuniones de los altos dignatarios de otros países , ALC-UE , APEC , otras por la Reactivación de la Economía como se hizo últimamente, y a veces por medidas populistas para ganarse la voluntad de la población , ya que los trabajadores estarán felices de tener un día más de descanso .

Que sucede si el trabajador de la actividad privada no descansa en día no laborables ? , hay pago adicional ? No, porque no es feriado , y el empleador no está en la obligación de otorgar el descanso .

El día no laborable es obligatorio en el sector público , más no en el sector privado pero en ambos casos de otorgarse tiene que compensar las horas no trabajadas

En el sector público el titular del pliego señalará , en un término perentorio como se debe compensar esas días no laboradas y en el sector privado en el supuesto de que se diera el descanso , es el empleador en última instancia quien decide como se compensa las días, no laborables.

Los días no laborables que restan hasta el mes de diciembre son los siguientes:

Lunes 29 de agosto
Viernes 7 de octubre
Lunes 31 de octubre
Lunes 26 de diciembre
Viernes 30 de diciembre

E l Supremo Gobierno, puede en cualquier momento y por cualquier motivo señalar , algún otro día no laborables

FERIADO

Jueves 28 de julio por fiestas patrias
Viernes 29 de julio fiestas patrias
Agosto 30 de agosto Santa Rosa de Lima
Sábado 8 de octubre combate daba el día Angamos
Martes 1 de noviembre día de todos los santos
Jueves 8 de diciembre Inmaculada Concepción
Viernes 9 de diciembre batería Ayacucho
Domingo 25 de diciembre Navidad

232. GRATIFICACIÓN POR FIESTAS PATRIAS

Los trabajadores de la actividad privada , que estén formalizados, tienen derecho a percibir dos gratificaciones ordinarias al año:

1-De Enero a Junio , Por fiestas patrias
2- De Julio a Diciembre , por Navidad

En cada fecha percibirán una remuneración ordinaria mensual , como las que vienen percibiendo comúnmente,más un adicional por lo que se aporta a la seguridad social, en el supuesto que el servidor en cualquiera de estos periodos haya trabajado solo un mes , sólo tendrá derecho a 1/6 de esta gratificación

Ahora , en el mes de julio le corresponde la gratificación por este mes, ésta deberá de percibirse a más tardar el 15 de julio

ANTECEDENTES:

Las gratificaciones nacieron en un inicio en la costumbre, en la cual el empleador de iniciativa propia y como un acto unilateral , otorgaba una gratificación, ya sea en el mes de julio o en diciembre, esta no era la misma en todas las empresas.

Algunas empresas daban la gratificación otras no.

Algunas daban gratificación en julio y no en diciembre, otras daban en julio y en diciembre.

Algunas empresas daban un sueldo en julio y un sueldo en diciembre, otras un sueldo en julio y medio sueldo en diciembre , otras daban medio sueldo en julio y medio sueldo en diciembre es decir no había una uniformidad.

Las gratificaciones se llevaron a la negociación colectiva, en algunas empresas se otorgaron este beneficio, en otros no, tampoco el otorgamiento fue uniforme, Por ejemplo La famosa Federación de empleados bancarios pacto con los bancos que se dieran dos gratificaciones en julio y dos en diciembre, pero esto era por el balance , por cuanto los bancos hacían balances semestrales y luego ya se convirtieron en gratificaciones por julio y diciembre.

En la Constitución de 1979 , en su artículo 44 señala el derecho a las gratificaciones.

“ La jornada ordinaria de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales. Puede Reducir por convenio colectivo o por ley

Todo el trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria se remunera extraordinariamente . La ley establece normas para el trabajo nocturno y para el que se realiza en condiciones insalubres y peligrosas. Determina las condiciones de trabajo de menores y mujeres .

Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal remunerado, vacaciones anuales pagadas y compensación por tiempo de servicio.

También tienen derecho a las gratificaciones, bonificaciones y demás beneficios que señale la Ley o el convenio colectivo “

En el primer gobierno del presidente Alan Garcia en 1989, se otorgaron , por primera vez, las gratificaciones de julio y diciembre , , A través de la ley No 25 139 Artículo No 1o

“Los trabajadores Sujetos al régimen laboral tienen derecho a percibir dos gratificaciones en el año, una con motivos de fiestas patrias y la otra con ocasión de la Navidad“

233. CLÍNICAS PRIVADAS TEMEN QUE ESTADO REGULE SUS TARIFAS

En el diario gestión de fecha 27 de junio de 2022 , bajo el título Clínicas Privadas temen que estado regule sus tarifas

Señala el diario, “Las debilidades y deficiencias del sector salud si hicieron más evidente durante la pandemia.....”

Agrega “ Claro reflejo de ello es la evolución del gasto de bolsillo en salud que actualmente realizan los peruanos que alcanza los S/. 11,296 millones en el 2019” , según la Digemid

El señor Hernán Ramos Gerente de la Asociación de Clínicas Particulares del Perú señala a Gestión “ Y en estos dos años de pandemia el gasto de bolsillo ha subido más”

Refiere, que se trata de gastos de salud que no son cubierto por los seguros y que las personas tienen que asumir pese a tener esa protección explicó” Lo ideal es que ese gasto de bolsillo sea cero “añadió

GASTOS DE BOLSILLO

El estudio de Digemid define el gasto de bolsillo en salud como la suma de todo gasto realizado en consultas, medicamentos, hospitalizaciones, cirugías, análisis, rayos X y tomografías, servicio dental, Oftalmológico, compra de lentes, vacunas, control por embarazo y atención de parte entre otros

Al respecto sobre las Clínicas Privadas quisiera añadir el siguiente comentario

Lo que no señala El señor Hernan Ramos es que Las Clínicas Privada y las Compañías de seguros :

1- negocian un contrato , con cierta clínicas estableciendo , el pago fijo por ciertas operaciones, y que cuando el asegurado recurre a ellas para someterse algunas operación, los médico les cobran aparte sus honorarios , no obstante tener tu seguro y que debería estar cubierto esos honorarios , los médicos alegan que ya la clínica negocio con el seguro para pagar dicho monto fijo y que sus honorarios son mucho más altos, y que el asegurado los tiene que pagar , entonces el asegurado se ve obligado a pagar el pago extra por la operación, sin derecho a reembolso

2- qué cuando uno tiene que comprar los medicamentos en las farmacias de las clínicas los precios son elevados hasta el 300% en relación con los precios de las farmacias del exterior por ejemplo una medicina en la farmacia del exterior cuesta S/.18 en la clínica cuesta S/.70

Cuando el asegurado solo tiene la obligación de pagar como coaseguro el 35% , y la Compañía de seguro el 65%, pero con ese 35% que el asegurado paga está cancelando el precio total de la medicina como es señalado en el párrafo anterior, entonces que le cubre al asegurado el seguro de salud ?

Si estas prácticas las clínicas no lo hicieran , es muy posible que los gastos de bolsillo no hubiese subido tanto

234. NUEVA LEY DE TELETRABAJO

El congreso de la República, aprobó por insistencia la ley del teletrabajo y fue promulgada la ley 31572 , por el Congreso el 11 de septiembre de 2022, la que introduce algunas modificaciones a esta modalidad de trabajo , resaltando las siguientes situaciones entre otras :

1-El empleador proporcionar al trabajador, la herramienta para realizar el trabajo(PC o Laptop) el internet, y la electricidad

2- En caso que no las proporcione y el trabajador ponga todo ello , y el empleador le pague una compensación por el uso de estos instrumentos

3- También pueden llegar las partes, empleador- trabajador , a un acuerdo que el trabajador aporte todo y el empleador no compense nada

Es decir celebra un pacto en contrario que lo estipula le UR en su artículo 19

PRIMERA NOTA FINAL COMPLEMENTARIA

RELACIONADA AL CAS:

El congreso de la República aprobó el proyecto de ley por el cual estableció la prohibición de los CAS y señaló que los trabajadores contratados bajo este régimen debería ser incorporados al régimen del Decreto Legislativo 728 y DL legislativo 276 , remitiéndonos al poder ejecutivo para su promulgación, el mismo que lo que observó, el congreso de la República la aprobó por insistencia y la promulgó mediante la ley 31 131.

El Poder Ejecutivo presentó al Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de la Ley 31131 ,el que declaró la inconstitucionalidad de la ley del régimen CAS, con excepción del artículo cuarto. En este sentido los contratos administrativos de servicios se volverán de carácter indefinidos.

SEGUNDA NOTA FINAL COMPLEMENTARIA

El Decreto Supremo 014 — 2022 TR , publicado en el diario peruano con fecha 25 de julio, ha modificado algunos artículos del Reglamento de la Ley de Negociaciones Colectivas, decreto supremo 011-2022 — TR.

Indudablemente el decreto supremo 014 — 2022 — TR, ha modificado algunas consultas que ya habíamos absuelto y comentado en nuestro convenio, por lo que hemos tratado al máximo de agregar un comentario al final de cada consulta, no obstante si se hubiese obviado en una de ellas, estamos haciendo un comentario completo del referido decreto supremo, y que consignaremos al final de las consultas, lo que permitirá al alumno, en el supuesto de qué una consulta no se haya subsanado por error, pueda tener presente las modificaciones al antiguo reglamento de negociaciones colectivas y así evitar cualquier confusión.

TERCERA NOTA FINAL COMPLEMENTARIA

TERCERIZACIÓN

El Indecopi confirmó en segunda instancia, la medida cautelar que inaplica el decreto que prohíbe la tercerización, DS 001-2022-TR.

En efecto, el INDECOPI confirmó la resolución 0179-2022/CEB Indecopi, del 20 de mayo de 2022, en Segunda Instancia, la medida cautelar planteada por la empresa Cosapi Minería SAC (solo la cautelar no el principal).

Indecopi, por Resolución 0355-2022/SEL-Indecopi, dispuso la inaplicación en parte, del Decreto Supremo 001-2022-TR, el mismo que restringía, el uso de la tercerización en funciones nucleares.

1. Con fecha 4 de abril de 2022, Cosapi minería S.A.C. interpuso una denuncia en contra del Ministerio de Trabajo y promoción del empleo, ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, por la presunta imposición de las siguientes barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad.

- (i) La prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio de la empresa.
- (ii) La exigencia de considerar como desnaturalización de la tercerización cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio, materializada en el literal b) del artículo 5 del reglamento.

2. Solicitando además se dicte una medida cautelar a su favor a efecto que el Ministerio o aplique las barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad denunciadas.

RESOLUCIÓN DE LA SALA

Primero: Confirma la resolución 0179-2022/CEB- Indecopi del 20 de mayo de 2022.

Segundo: Ordenar a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral que se abstenga de aplicar cualquier actuación fiscalizadora y/o sancionadora dirigida a Cosapi Minería S.A.C. en aplicación de las medidas indicadas en el que resuelve primero de la presente resolución, durante la tramitación del procedimiento principal.

Además dicha resolución señala, que ya no se pondrá trabas a ninguna empresa que desempeñe los puestos considerados nucleares, dentro de la tercerización.

En consecuencia este decreto supremo ya no se aplicará en ninguna empresa a lo largo y ancho del territorio peruano.

Igualmente esta resolución del INDECOPI pone fin a los procedimientos de fiscalización, iniciado por SUNAFIL, realizada por la no aplicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

Hay que tener presente que lo que Indecopi ha resuelto es sobre la medida cautelar y no el principal, por lo tanto este sigue su trámite, el que tendrá que verse en audiencia de segunda instancia sobre la vigencia, si será confirmada o revocada la inaplicación dictada en primera instancia.

Por lo que, estaremos a la espera de la resolución de segunda instancia al respecto.

COMENTARIOS AL DS 014-2022- TR:

El Decreto Supremo 014 — 2022 — TR , fue publicado con fecha 25 de julio del 2022

El mismo , que contiene violaciones a la Ley de Negociaciones Colectivas, vía decreto supremo , modifica artículos de la ley de negociaciones colectivas, sólo a manera de ejemplo citamos el decreto ley 25593 en su artículo quinto señala los tipos de sindicato lo que son modificados por el decreto 014 - 2022-TR , en su artículo 4 , y así modifica sucesivamente varios artículos, de la ley.

Sabemos que vías decreto supremo no se puede modificar una ley.

Este decreto es ilegal e inconstitucional por cuanto esta contraviniendo la propia ley de negociaciones colectivas, ya que el Decreto Ley 25593 , tiene rango de ley y no puede ser ahora modificado por un decreto supremo, para eso está la jerarquía de leyes.

El gobierno es su función normativa, al expedir una norma debe ser lo más equitativo , es decir debe buscar , el común acuerdo de las partes y no el beneficio de una de ellas , y no inclinar la balanza más a un lado que el otro, que es lo que está haciendo con esta norma.

Éste decreto supremo incentiva, la sindicalización de los trabajadores independientes y de los practicantes, sin que tengan una relación de dependencia laboral , el contrato de trabajo tiene elementos claros que lo determina y lo tipifican y uno de ellos es la dependencia o subordinación , como se puede ordenar la sindicalización de aquellas personas que no están sujetos a la dependencia o sindicalización , como son los trabajo los trabajadores independientes y los practicantes, ninguno de ellos está bajo dependencia o subordinación, ni percibe remuneración.

Sin embargo los independientes podrán constituir sindicatos , incluso podrán realizar una huelga Ahora las huelgas seran aprobadas de manera automática , igualmente ya no necesitarán de una negociación colectiva para declarar la huelga , ya que ahora se estaría facilitando el derecho a la huelga . Y hacerlo en forma automática aceptando el silencio positivo de qué si no hay una respuesta en tres días se dará por aceptada la huelga , ahora se podrá ir a la huelga por cualquier motivo o razón.

Igualmente se ha modificado la capacidad para ir a la arbitraje antes lo podía solicitar los empleadores y trabajadores ahora solamente lo pueden hacer los trabajadores.

Igualmente para pedir la información técnica financiera de una empresa se hacía de común acuerdo ahora solamente bastará que lo pide el sindicato y autoridad de trabajo lo autorice , gestión 25 de Julio 2022.

El doctor Jorge Toyama , en su comentario realizado en el comercio de fecha 25 de julio de 2022 señala “ Esta norma rompe clamorosamente “ El equilibrio que debe haber en la relación de trabajo entre empresa y colaboradores, pues enpoder a los organizaciones Sindicales de manera desproporcionada y no razonable, valiéndose de algunas argucias ilegales.

El experto en laborales hace referencia a los tres ejes sobre los que descansa esta modificación: los incentivos para una mayor afiliación de trabajadores a los sindicatos, la facilidad para que sólo los sindicatos acudan a un arbitraje si no hay acuerdo con el empleador y la flexibilización de condiciones para legalizar la huelga y, al mismo tiempo, la limitación de para que las empresas puedan mitigar los efectos de esta paralizaciones imposibilitándole de valerse, por ejemplo, de personal de reemplazo.

Agrega “Con estas normas, la libertad de trabajo vale menos que el derecho de algunas dirigentes sindicales “ El comercio 25 de julio de 2022

De otro lado debemos precisar que estas modificaciones no ha sido discutidas en el Consejo nacional de trabajo, cuando éste es el ente encargado de la concertación de políticas de trabajo y promoción del empleo, para el desarrollo nacional y regional

El Consejo nacional de trabajo está integrado por representantes de los trabajadores, de los empleadores y del Estado.

Este decreto supremo ha generado diversas críticas no solo de los expertos en el derecho laboral , sino también de los gremios empresariales, como la Comfiep , la Sociedad Nacional de Industria y Adex.

El presidente a la confió Óscar Caipo , En nombre de los gremios que integran el Consejo Nacional de Trabajo pidió en carta dirigida al titular de trabajo que se abstenga de implementar esta aparente iniciativa de modificación inconsulta , pues desconfiguraría el sistema de relaciones colectivas de trabajo

El Presidente de Sociedad Nacional de Industria “Qué vas a hacer más rígida la legislación laboral.

Igualmente señaló Jesús Salazar que la publicación de la norma es una sorpresa dado que el Ministerio de Trabajo se había comprometido a discutir en el Consejo Nacional de Trabajo, lo que ha hecho el gobierno es patear el tablero y decirle no al uso del diálogo social y que ahora los gremios empresariales tomarán una posición enérgica en contra de la norma . Y que recurriera al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional y al Congreso, señala que lo ejecutivo ha tomado una atribución que le corresponde al congreso , Gestión de fecha 26 de julio del 2022.

El Presidente de Adex Harryw Stewart “ expreso sorpresa por tal propuesta, , Gestión de fecha 14 de julio de 2022.

Nuestro país tiene una alta porcentaje de informalidad, lo que constituye un serie problema y al darse este decreto de sindicalización, y que solo afecta al sector Formal que es un 20 % , y con este decreto lo estamos fomentando aún más, lo primero que debemos de enfocar el porcentaje de la informalidad , y tratar de formalizar a ese 80 % de trabajadores informales que no tiene ningún derecho laboral , como es el de la seguridad social (Salud) y jubilación , y que mucho se irán a la pensión 65 a carga del Estado , pregunto que cantidad soportará el estado , en el futuro

María Isabel Leon Ex- Presidenta de la Confiep ha señalado en su columna del domingo 31 de julio en correo, “ que el ministro de trabajo con la evidente venia presidencial y de manera unilateral aprobó un decreto supremo a través del cual modifica el reglamento de “ la ley de negociaciones colectivas . la aprobación de esta norma en ausencia del debido debate técnico, impone una agenda unilateral de masificación sindical en las empresas que incluyen a trabajadores independientes, faculta a la huelga sin necesidad de negociación colectiva, la imposibilidad de reemplazar a lis huelguistas y obligan a lis

empresarios de ahí entregar el íntegro de la información financiera a los sindicatos sin que se fije de manera clara regla de confidencialidad de dicha información sensible entre otros “.

Agrega “ La constitución de nuestro país ampara la libertad de empresa y también la libertad de trabajo. Nadie está obligado a trabajar yo tengo que ir y menos en condiciones que no sea lo que manda la ley, pero tampoco se puede imponer lo que una empresa esté o no en capacidad de otorgar acuesto acción. La libertad es mutua en todo caso y así se debe mantener”.

Ahora los trabajadores que se van a la huelga no puede ser reemplazados, como si contemplaba en la ley anterior, con lo cual dejaría la empresa totalmente paralizada y sin protección alguna , y contra la reactivación del país.

Las huelgas eran como una parte del proceso de la negociación colectiva o por el incumplimiento de una norma , ahora puede ser por cualquier motivo y bastara que los trabajadores comunicar el inicio de una huelga y si el ministerio de trabajo no le contesta en el plazo de tres días, se acogerá que el silencio administrativo positivo y darán por aceptado la huelga.

Otro punto que no entiendo es como una persona que no es dependiente que no es subordinado que no trabaje en la empresa se puede acoplar a una huelga si la huelga en la reivindicación de los derechos e intereses de los trabajadores, que intereses o que derecho estaría defendiendo el independiente „el practicante si simplemente esto es sólo una parte de su formación profesional además ya la ley 25 593 y su artículo sexto señalaba que Las organizaciones de trabajadores no dependiente de una relación de trabajo se regirán por lo dispuesto en el presente decreto ley, en lo que le sea aplicable , típico el caso de las trabajadores Ambulantes.

El expreso con fecha 29 de julio de 2022 titulariza , la terciarización y sindicalización son dos temas para el congreso y señala rápidamente, las primeras dos prioridades de operacionales que tiene que hacer el congreso son:

1-derogar el decreto supremo de la tercerizacion porque destruyen la cadena de productividad especializada en todos los sectores productivos, ya sea en servicio fábricas o agroexportación minería, porque no define que son actividades nucleares.

La Tercerizacion es la manera más eficaz de aumentar la eficiencia y competitividad de cada sector , porque cada empresa se dedica a lo que es mejor y así se vuelven más competitiva

La terciarización es , por definición, una de las mejores herramientas de gestión avanzada que ha facilitado y inmensos aumento de competitividad productividad y calidad en todos los sectores Expreso con fecha 28 de julio hace un comentario sobre el decreto supremo 014- 2022 TR , en el cual dice que el gobierno modifica la relaciones sindicales, negociaciones colectivas y huelga incorporando cambios que no se ajustan a los criterios de la organización internacional del trabajo.

Especialista advierten que el decreto , Primero , empodera a las organizaciones sindicales al concederles la posibilidad de acudir a arbitraje cuando no existe un acuerdo entre las partes Segundo ,incrementa las condiciones para que más huelgas puedan ser legales estableciendo mayor flexibilidad en los requisitos.

Tercero establece limitación de que frena la capacidad de las empresas de reducir los efectos de la paralización.

Los gremios, los expertos laboristas están solicitando la derogación de este decreto supremo, lo cual lo veo sumamente difícil por experiencia sabemos que una vez que se ha otorgado un beneficio laboral que favorece a los trabajadores y a las organizaciones sindicales es muy difícil que se pueda derogar porque los trabajadores reclamarían y nos organizaciones sindicales, harían conflictos laborales.

Los gremios empresariales a través de una carta dirigido al titular del Ministerio de Trabajo, Juan Lira, la Confiep, Adex, Comex Peru, cámara de Comercio de Lima, Capeco, Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, Sociedad Nacional de Industria, Sociedad Nacional de Pesquería y la Asociación de Bancos del Perú señalaron que mantendrán su decisión de suspender su participación ante el CNTPE.

De esta manera ratificaron su salida del Consejo Nacional de Trabajo mientras no se derogue el DS 014-2022-TR, el que modifica artículos del Reglamento de la Ley de Negociación Colectiva y el DS 01-2022-TR que regula la Tercerización, Comercio 5 de Agosto del 2022.

El nuevo ministro de trabajo doctor Alejandro Salas en una entrevista dada al diario la República de fecha 7 de agosto, sostuvo que su cartera “Se enfocará en mantener el diálogo con los sindicatos y gremios empresariales para llegar a un entendimiento...”.

En esas líneas, Salas enfatizó que no retrocederán ante el pedido, pero reconoció que sí se puede realizar ajustes a sendos decretos rechazados por el sector que representa a los empleadores en el CNT.

“ Si se puede perfeccionar para el bien de ambas partes”

Recalcando que no haremos absolutamente nada en contra de los derechos de los trabajadores concluyó .

El nuevo ministro indicó que no derogará los decretos supremos Nos 001 — 2022 -TR - 0 14 — 2022 — TR, lo cual generó preocupación entre los gremios empresariales quienes consideran que ello demuestra que el ejecutivo no está aprendiendo de tus errores y sigue con una actitud confrontacional frente al sector privado, Gestión 9 de agosto de 2022

Recordemos que los gremios empresariales había anunciado al anterior ministro que no iban a participar en el Consejo Nacional de Trabajo hasta que se deroguen los decretos que regularicen la Tercerización, así como el DS 014-2022-TR.

Los gremios se oponen, porque según, el conglomerado empresarial, el decreto que actualiza el rol de los sindicatos “ no son realmente adecuaciones porque contiene muchas disposiciones que infringen, desnaturalizan o no tienen soporte en la ley e incluso, la Constitución, mientras que el que limita la terciarización “costará miles de puestos de trabajo” la República 7 de agosto de 2022

ANÁLISIS DEL DECRETO SUPREMO 011-92-TR (Y SUS MODIFICATORIAS) Y EL DECRETO SUPREMO 014-2022-TR

Decreto Supremo 011-92-TR	Decreto Supremo 014-2022-TR
<p>Artículo 1.- Cuando el presente Decreto Supremo, haga mención a la Ley se entenderá que se refiere al Decreto Ley N° 25593.</p> <p>Artículo 2.- Se encuentran comprendidas en el campo de aplicación de la Ley, los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, cualquiera fuera la calidad del empleador o la duración o modalidad del contrato.</p> <p>Aplicación de trabajadores no dependientes no los señala, aunque el artículo 6 de la ley, ya los refería.</p>	<p>Hace referencia al Decreto Supremo 011-92-TR. Se encuentran comprendidos los trabajadores no dependientes de una relación de trabajo,</p>
<p>Artículo 4.- Los sindicatos representan a los trabajadores de su ámbito que se encuentren afiliados a su organización entendiéndose por ámbito los niveles de empresa, o los de una categoría, sección o establecimiento determinado de aquella; y los de actividad, gremio u oficios de que trata el Artículo 5 de la Ley. Por extensión, los sindicatos que afilien a la mayoría absoluta de los trabajadores de su ámbito, representan también a los trabajadores no afiliados de dicho ámbito, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 46 de la Ley.</p> <p>En su artículo señala que los sindicatos no podían afiliarse a las federaciones y estas a las confederaciones.</p> <p>Artículo 5.- Los dos (02) delegados considerados en el Artículo 15 de la Ley deberán ser elegidos por más de la mitad de los trabajadores de la empresa, sin considerar para este efecto al personal de dirección o de confianza. Dichos delegados ejercerán la representación de todos los trabajadores de la empresa ante el empleador y ante la Autoridad de Trabajo, en forma conjunta</p> <p>Elegidos por más de la mitad de los trabajadores de la empresa.</p> <p>Artículo 8.- En los conflictos inter o intra sindicales la Autoridad de Trabajo se atenderá a lo que</p>	<p>Establece el nuevo tipo de sindicato: “Artículo 4.- Derecho de sindicación El Estado reconoce y garantiza a los/as trabajadores/ as, sin distinción ni autorización previa, los derechos a constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes, a afiliarse a ellas libremente, y a desarrollar actividad sindical para la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales. Asimismo, el Estado reconoce el derecho de los/as trabajadores/as, a afiliarse directamente a federaciones o confederaciones cuando los estatutos de las mismas así lo permitan. Los/as trabajadores/as pueden constituir las organizaciones sindicales en cualquier ámbito que estimen conveniente.”</p> <p>El Decreto Supremo señala que el trabajador directamente puede afiliarse a las federaciones o confederaciones.</p> <p>“Artículo 5.- delegados Los dos (02) delegados considerados en el Artículo 15 de la Ley deberán ser elegidos por más de la mitad de los/ as trabajadores/as de la empresa asistentes a la reunión convocada, sin considerar para este efecto al personal de dirección o de confianza. Dichos delegados ejercerán la representación de todos los trabajadores de la empresa ante el empleador y ante la Autoridad de Trabajo, en forma conjunta”</p>

<p>resuelve el Poder Judicial.</p>	<p>“Artículo 8.- Conflictos inter o intra sindicales En los conflictos inter o intra sindicales, la Autoridad Administrativa de Trabajo se atiene a las resoluciones emitidas por el Poder Judicial respecto a dichos conflictos. Las inscripciones en los registros sindicales sólo pueden suspenderse si la resolución del Poder Judicial lo dispone expresamente”.</p>
<p>Artículo 9.- Tratándose de sindicatos de alcance local, regional o nacional, los trabajadores afiliados podrán constituir una sección sindical en el centro de trabajo en el que labore, la que ejercerá su representación al interior del mismo. La relación de la sección sindical con su organización sindical está regula por el estatuto de esta última, no pudiendo asumir los fines y funciones a que se refiere el artículo 8 de la Ley, salvo por delegación expresa. La representación de la sección sindical estará a cargo de dos (02) delegados elegidos, en asamblea general.</p>	<p>“Artículo 9.- sindicales de empresa, de rama de actividad o gremio; sección sindical estará a cargo de dos (02) delegados elegidos.</p>
<p>Artículo 10.- No podrá constituirse más de una "Sección Sindical" por cada centro de trabajo y por cada organización de la naturaleza precisada en el artículo anterior.</p>	<p>“Artículo 10.- Número de secciones sindicales No podrá constituirse más de una sección sindical por cada organización sindical en cada empresa o centro de trabajo”</p>
<p>Artículo 12.- El fuero sindical a que hace referencia el Artículo 31 de la Ley, comprende: a) A la totalidad de los miembros del sindicato en formación, desde la presentación de la solicitud y hasta tres (03) meses después; b) En sindicatos de primer grado hasta tres (03) dirigentes sindicales si el número de trabajadores a quienes representa no alcanza a cincuenta (50), adicionándose, uno (01) por cada cincuenta (50) trabajadores que sobrepasen dicho límite, sin exceder en ningún caso de doce (12);(*) (*) Incorporadas Fe de Erratas, Publicadas el 24-10-92 y 28-10-92 respectivamente. c) En federación de dos (02) dirigentes sindicales por cada sindicato que agrupe y hasta un máximo de quince (15); d) En confederación hasta dos (02) dirigentes sindicales por cada federación que agrupe y hasta un máximo de veinte (20); e) A los dirigentes sindicales que representen a los trabajadores en la negociación colectiva hasta tres (03) meses después de culminada la misma.</p>	<p>“Artículo 12.- delegados federaciones y confederaciones.</p>

<p>Artículo 16.- Los dirigentes sindicales con derecho a solicitar permiso del empleador para asistir a actos de concurrencia obligatoria, a que se refiere el segundo párrafo del Artículo 32 de la Ley, serán los siguientes: a) Secretario General; b) Secretario Adjunto, o quien haga sus veces; c) Secretario de Defensa; y, d) Secretario de Organización. El permiso sindical a que se hace referencia se limitará al Secretario General y Secretario de Defensa cuando el Sindicato agrupe entre veinte (20) a cincuenta (50) afiliados.</p>	<p>“Artículo 16.- Actos de concurrencia obligatoria Son actos de concurrencia obligatoria a los que refiere el artículo 32 de la Ley, a modo enunciativo y no limitativo, en el siguiente orden de prelación: los convocados oficialmente por la autoridad judicial, policial o administrativa; en ejercicio de sus funciones.</p>
<p>“Artículo 16-A.- De conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley, el empleador está obligado a deducir las cuotas sindicales, legales, ordinarias y extraordinarias de los trabajadores afiliados. Para estos efectos se deberá cumplir con lo siguiente:</p> <p>a) La organización sindical deberá presentar al empleador por única vez el apartado de los estatutos o el acta de asamblea en el que se establezca la cuota ordinaria o extraordinaria, así como sus eventuales modificaciones; la relación y/o comunicación de trabajadores afiliados; y, la autorización de descuento por planilla de la cuota sindical, firmada por cada uno de los trabajadores comprendidos en la comunicación.</p> <p>b) Toda organización sindical perceptora de la cuota sindical debe proceder a la apertura de una cuenta en el sistema financiero. El registro sindical otorga a la organización sindical personería para efectos de ser titular de una cuenta en el sistema financiero.</p> <p>c) El empleador está obligado a realizar el depósito de las cuotas retenidas en una cuenta del sistema financiero, de titularidad de la organización sindical, en un plazo no mayor de tres (03) días hábiles de efectuada la retención. Está prohibido el abono de las cuotas retenidas en cualquier otra modalidad bajo sanción administrativa, de conformidad con lo establecido en la Ley General de Inspección del Trabajo y su Reglamento.</p> <p>d) Las federaciones y confederaciones deberán comunicar a los empleadores de sus afiliados lo siguiente:</p>	<p>“Artículo 16-A.- a) La organización sindical deberá presentar al empleador por única vez el apartado de los estatutos o el acta de asamblea en el que se establezca la cuota ordinaria o extraordinaria, así como sus eventuales modificaciones; la relación y/o comunicación de trabajadores afiliados; y, la autorización de descuento por planilla de la cuota sindical, firmada por cada uno de los trabajadores comprendidos en la comunicación. b) Toda organización sindical perceptora de la cuota sindical debe proceder a la apertura de una cuenta en el sistema financiero. El registro sindical otorga a la organización sindical personería para efectos de ser titular de una cuenta en el sistema financiero. c) El empleador está obligado a realizar el depósito de las cuotas retenidas en una cuenta del sistema financiero, de titularidad de la organización sindical, en un plazo no mayor de tres (03) días hábiles de efectuada la retención. Está prohibido el abono de las cuotas retenidas en cualquier otra modalidad bajo sanción administrativa, de conformidad con lo establecido en la Ley General de Inspección del Trabajo y su Reglamento. (ii) el documento que acredite la afiliación directa o indirecta de la organización sindical a la federación o confederación, sea al momento de la constitución de esta o con posteridad. Para tal efecto, se entiende por afiliación indirecta la relación establecida entre un sindicato y una confederación a través de la afiliación de aquel sindicato a una federación afiliada, a su vez, a dicha confederación; en el párrafo anterior exime de responsabilidad al empleador por los depósitos efectuados. Tampoco existe responsabilidad del empleador por la retención y abono de la cuota sindical a una federación o confederación que ya no corresponde, si la organización sindical no</p>

<p>(i) el apartado de los estatutos o acta de asamblea de la organización de grado superior, en el que se establezca la cuota sindical;</p> <p>(ii) la toma de conocimiento o aceptación del estatuto o acta de asamblea indicada en el numeral anterior, por parte del secretario general de la organización afiliada;</p> <p>(iii) el monto o la proporción correspondiente de la cuota sindical;</p> <p>(iv) la cuenta de la entidad del sistema financiero donde se efectúe dicho abono.</p> <p>La retención y abono de la cuota sindical conforme a la comunicación señalada en el párrafo anterior exime de responsabilidad al empleador por los depósitos efectuados. Tampoco existe responsabilidad del empleador por la retención y abono de la cuota sindical a una federación o confederación que ya no corresponde, si la organización sindical no informa oportunamente su desafiliación o el cambio de organización de grado superior.</p> <p>En supuestos de cambio de organización de grado superior debe cumplirse con la comunicación señalada en este literal d) para que el empleador proceda con la retención y abono de la cuota sindical.</p> <p>En todos los casos, el abono a la cuenta de la entidad del sistema financiero se realiza conforme al literal c) del presente artículo.</p> <p>e) El empleador debe registrar el monto de descuento por cuota sindical en la planilla electrónica, indicando el número de Registro Sindical o el número de Registro Único de Contribuyente (RUC) de la organización sindical u organizaciones sindicales, según corresponda.</p> <p>f) Si la organización sindical no es titular de una cuenta del sistema financiero, el empleador que retiene la cuota sindical se constituye en depositario hasta que la organización sindical le comunique la cuenta de su titularidad. Mientras dure esta situación no se genera ningún tipo de interés u otro beneficio en favor de ninguna de las partes.</p> <p>g) Para revocar la autorización de descuento por</p>	<p>informa oportunamente su desafiliación o el cambio de organización de grado superior. En supuestos de cambio de organización de grado superior debe cumplirse con la comunicación señalada en este literal d) para que el empleador proceda con la retención y abono de la cuota sindical. En todos los casos, el abono a la cuenta de la entidad del sistema financiero se realiza conforme al literal c) del presente artículo. e) El empleador debe registrar el monto de descuento por cuota sindical en la planilla electrónica, indicando el número de Registro Sindical o el número de Registro Único de Contribuyente (RUC) de la organización sindical u organizaciones sindicales, según corresponda. f) Si la organización sindical no es titular de una cuenta del sistema financiero, el empleador que retiene la cuota sindical se constituye en depositario hasta que la organización sindical le comunique la cuenta de su titularidad. Mientras dure esta situación no se genera ningún tipo de interés u otro beneficio en favor de ninguna de las partes. g) Para revocar la autorización de descuento por planilla de la cuota sindical, el trabajador deberá presentar a su empleador un documento que acredite su desafiliación de la organización sindical correspondiente, sin perjuicio de la obligación de la organización sindical de informar oportunamente al empleador sobre la desafiliación. En caso la organización sindical se encuentre afiliada a organizaciones de grado superior, se seguirán las mismas reglas en lo que resulte aplicable”.</p>
---	--

<p>planilla de la cuota sindical, el trabajador deberá presentar a su empleador un documento que acredite su desafiliación de la organización sindical correspondiente, sin perjuicio de la obligación de la organización sindical de informar oportunamente al empleador sobre la desafiliación.</p> <p>En caso la organización sindical se encuentre afiliada a organizaciones de grado superior, se seguirán las mismas reglas en lo que resulte aplicable.</p>	
<p>Artículo 21.- Para el registro de las organizaciones sindicales, la Junta Directiva provisional deberá presentar a la Autoridad de Trabajo, en triplicado, copia de los siguientes documentos refrendados por Notario Público o a falta de éste por el Juez de Paz de la localidad:</p> <p>a) Acta de Asamblea General de Constitución del Sindicato y su denominación;</p> <p>b) Estatutos;</p> <p>c) Nómina de afiliados, en el caso de organizaciones sindicales de primer grado, con expresa indicación de sus nombres y apellidos, profesión, oficio o especialidad; números de Libretas Electoral y Militar y fecha de ingreso.</p> <p>Si se trata de sindicato de gremio, de profesiones u oficios varios, el nombre de su respectivo empleador;</p> <p>d) Nómina de las organizaciones afiliadas cuando se trate de federaciones o confederaciones, con indicación del número de registro de cada una de ellas;</p> <p>e) Nómina de la Junta Directiva elegida.</p>	<p>“Artículo 21.- Constitución de organizaciones sindicales y procedimiento de inscripción en el registro sindical Los trabajadores deben cumplir con las siguientes condiciones para constituir una organización sindical: - La realización de la Asamblea General de Constitución de la organización sindical en donde se aprueba el Estatuto y se elige a la Junta Directiva. - El número mínimo de afiliados establecido por ley según la organización sindical a constituir. Este también es un requisito para la subsistencia de la organización sindical. Una vez constituida la organización sindical, para efectos del registro, la Junta Directiva debe presentar a la Autoridad Administrativa de Trabajo, solicitud en forma de Declaración Jurada, según formulario, adjuntando los siguientes documentos: a) Copia simple del acta de asamblea general de constitución de la organización sindical y su denominación, en la que se indique que se aprobó el estatuto y se eligió a la Junta Directiva, debidamente firmada por los participantes; b) Copia simple del estatuto de la organización sindical; c) Nómina de afiliados, en el caso de organizaciones sindicales de ámbito empresarial, con expresa indicación de sus nombres y apellidos y número de Documento Nacional de Identidad, Libreta del adolescente trabajador o documento oficial del trabajador extranjero según corresponda. Si la organización sindical es de ámbito supra empresarial, se indicará además el nombre de sus respectivos empleadores; d) En el caso de federaciones o confederaciones, indicar el nombre y el número de registro sindical de las organizaciones sindicales afiliadas; e) Nómina de la Junta Directiva elegida”.</p>

<p>“Artículo 22.- El registro de las organizaciones sindicales previsto en el artículo 17 de la Ley, se otorga, previa verificación del cumplimiento de los requisitos a que se contrae el artículo precedente, por la Autoridad Administrativa de Trabajo en un plazo no mayor de siete (7) días naturales, vencidos los cuales, se aplican las normas de silencio administrativo, previstas en la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo.</p> <p>La constancia de inscripción se otorga dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al término del plazo señalado en el párrafo anterior.</p> <p>En caso se omita el cumplimiento de algunos de los requisitos establecidos en este Reglamento, se otorgará un plazo de dos (2) días hábiles para la subsanación respectiva, al cabo de los cuales se procederá a la expedición de la constancia de registro en caso de subsanación, o a la denegatoria de la solicitud mediante decisión fundamentada.”</p>	<p>“Artículo 22.- Calificación del procedimiento de inscripción en el registro sindical El registro de las organizaciones sindicales previsto en el artículo 17 de la Ley, se efectuará en forma automática, a la sola presentación de la solicitud, con los requisitos establecidos en el artículo 21 y conforme a lo dispuesto por los artículos 33 y 34 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. En caso se omita el cumplimiento de algunos de los requisitos establecidos en este Reglamento, se otorgará un plazo de dos (2) días hábiles para la subsanación respectiva, al cabo de los cuales se procederá a la expedición de la constancia de registro en caso de subsanación, o al rechazo de la solicitud mediante decisión fundamentada que advierta la omisión. El plazo máximo para expedir la constancia de inscripción es de cinco (5) días hábiles”.</p>
<p>Artículo 23.- Las organizaciones sindicales de ámbito nacional se registrarán ante la Dependencia respectiva de la Sede Central del Ministerio de Trabajo y Promoción Social. Si el ámbito es local o regional, ante la Autoridad de Trabajo del lugar donde se encuentre ubicado el centro de trabajo o el mayor número de trabajadores, según el caso.</p>	<p>“Artículo 23.- Competencia territorial de la Autoridad Administrativa de Trabajo y trámite virtual Las organizaciones sindicales de ámbito nacional se registrarán ante la Dependencia respectiva de la Sede Central del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Si el ámbito es local o regional, ante la Autoridad de Trabajo del lugar donde se encuentre ubicado el centro de trabajo o el mayor número de trabajadores, según el caso. El trámite podrá realizarse de manera virtual, pudiéndose obtener por esta misma vía la constancia de inscripción de la organización sindical y la constancia de inscripción de los actos a que se refiere el artículo 26-A del Reglamento”.</p>
<p>Artículo 24.- El sindicato cuyo registro hubiera sido cancelado por haber perdido alguno de los requisitos para su constitución o subsistencia, podrá solicitar nuevo registro una vez transcurridos por lo menos seis (06) meses de expedido aquel pronunciamiento. A tal efecto, deberá acreditar haber subsanado los requisitos que motivaron tal cancelación.</p> <p>La Autoridad de Trabajo, previa verificación,</p>	<p>“Artículo 24.- Inscripción de organizaciones sindicales cuyo registro hubiera sido cancelado La organización sindical cuyo registro hubiera sido cancelado por haber perdido alguno de los requisitos para su constitución o subsistencia, podrá solicitar nuevo registro cuando lo estime conveniente, debiendo proceder de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del presente Reglamento”.</p>

<p>procederá a la reinscripción.</p> <p>Cualquier persona natural o jurídica que tenga interés legítimo, podrá solicitar a la Autoridad de Trabajo la cancelación del registro sindical por pérdida de requisitos para su construcción y subsistencia.</p>	
<p>Artículo 25.- Las resoluciones de la Autoridad de Trabajo, que denieguen el registro sindical, dispongan su cancelación u otra medida similar, son susceptibles de apelación dentro del tercer día de notificadas. De lo resuelto en segunda y última instancia no procede la interposición de recurso impugnatorio alguno en la vía administrativa.</p>	<p>“Artículo 25.- Recursos administrativos contra la denegatoria o rechazo del registro sindical Las resoluciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo, que denieguen o rechacen el registro sindical son susceptibles de apelación dentro del tercer día de notificadas. Contra lo resuelto en segunda instancia procede recurso de revisión, conforme a lo establecido en el artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N°004-2019-JUS”.</p>
<p>Artículo 28.- La fuerza vinculante que se menciona en el Artículo 42 de la Ley implica que en la convención colectiva las partes podrán establecer el alcance, las limitaciones o exclusiones que autónomamente acuerden con arreglo a ley.</p> <p>La Ley podrá establecer reglas o limitaciones por las consideraciones previstas por el Artículo 1355 del Código Civil, en concordancia con el artículo IX de su Título Preliminar.</p>	<p>“Artículo 28.- Alcances de la convención colectiva En la convención colectiva las partes podrán establecer el alcance, las limitaciones o exclusiones que acuerden siempre que las mismas no establezcan diferencias injustificadas entre los/as trabajadores/as del ámbito o sean contrarias al ordenamiento jurídico El empleador no puede extender, de forma unilateral, los alcances de la convención colectiva a los trabajadores/ as no comprendidos en su ámbito de aplicación”.</p>
<p>Artículo 29.- En las convenciones colectivas son cláusulas normativas aquellas que se incorporan automáticamente a los contratos individuales de trabajo y los que aseguran o protegen su cumplimiento. Durante su vigencia se interpretan como normas jurídicas.</p> <p>Son cláusulas obligacionales las que establecen derechos y deberes de naturaleza colectiva laboral entre las partes del convenio.</p> <p>Son cláusulas delimitadoras aquellas destinadas a regular el ámbito y vigencia del convenio</p>	<p>“Artículo 29.- Naturaleza de las cláusulas de la convención colectiva La convención colectiva tiene cláusulas normativas y obligacionales. Las cláusulas normativas regulan las relaciones individuales y generan derechos y obligaciones para los trabajadores y el empleador. Las cláusulas obligacionales regulan los demás aspectos de las relaciones colectivas y generan derechos y obligaciones para las organizaciones sindicales y el empleador. Dentro de las cláusulas obligacionales se encuentran también la regulación de los niveles de la propia negociación colectiva. Las cláusulas normativas se interpretan como normas jurídicas y las cláusulas</p>

<p>colectivo.</p> <p>Las cláusulas obligacionales y delimitadoras se interpretan según las reglas de los contratos.</p>	<p>obligacionales como contratos”.</p>
<p>Artículo 30.- La caducidad a que se refiere el inciso d) del Artículo 43 de la Ley, se aplica a las convenciones colectivas celebradas antes de la entrada en vigencia de la Ley si como resultado de la revisión que se efectúe en virtud de la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la ley, tal caducidad es acordada por las partes o establecida en el laudo arbitral, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del Artículo 57 de la misma.</p>	<p>“Artículo 30.- Vigencia de las cláusulas de la convención colectiva Las cláusulas de la convención colectiva de trabajo continúan rigiendo mientras no entre en vigencia una convención colectiva posterior. La entrada en vigencia de una nueva convención colectiva no afecta la vigencia de las cláusulas permanentes, salvo que estas hayan sido modificadas o derogadas expresamente. En caso de disolución de la organización sindical, las cláusulas normativas de la convención colectiva continúan en vigencia de conformidad con lo señalado en el presente artículo”.</p>
<p>Artículo 38.- La información que ha de proporcionarse a la comisión negociadora conforme al artículo 55 de la Ley, podrá solicitarse dentro de los noventa (90) días naturales anteriores a la fecha de la caducidad de la convención vigente.</p>	<p>“Artículo 38.- Entrega de información sobre la situación económica, financiera y laboral A petición de la organización sindical o, en su defecto, de los representantes de los/as trabajadores/as, la parte empleadora deberá proporcionar la información necesaria relacionada con el ámbito negocial a que se refiere el artículo 55 de la Ley.</p> <p>Los/as trabajadores/as podrán solicitar dicha información con noventa (90) días naturales de anticipación a la fecha de término de la convención colectiva vigente, y el empleador deberá entregarla dentro de los treinta (30) días naturales de solicitada. La información mínima a ser entregada por las empresas comprendidas en la negociación colectiva, debe referirse por lo menos a los tres últimos ejercicios económicos concluidos y al periodo preliminar de los meses concluidos del presente ejercicio, de ser el caso, y debe incluir: a) Estado de Situación Financiera (Balance General), Estado de Resultados (Estado de Ganancias y Pérdidas), Estado de flujo de efectivo y Estado de cambios en el patrimonio neto. b) Las boletas de pago de remuneraciones de los trabajadores del ámbito negocial correspondiente a los últimos seis meses anteriores a la fecha de la solicitud de información. c) Informe Auditado de los Estados Financieros o Memoria Anual más reciente, si lo hubiera. d) Cuadro de categorías y funciones vigente. e)</p>

	<p>Escala salarial y política salarial vigentes, si lo hubiera. f) Relación de beneficios económicos y condiciones de trabajos otorgados por mandato legal, convenio colectivo o costumbre de la empresa, vigentes. Ante el incumplimiento de entrega de información por parte de los empleadores, los/as trabajadores/as o la organización sindical la solicitarán a través de la Autoridad Administrativa de Trabajo. Por convenio colectivo se podrán establecer reglas sobre la oportunidad y el contenido de la información. Los representantes de los/as trabajadores/as, la organización sindical y asesores sólo pueden utilizar dicha información para efectos de la negociación colectiva, encontrándose obligados a guardar reserva absoluta sobre su contenido”.</p>
<p>Artículo 46.- El arbitraje previsto en el Artículo 61 de la Ley procede siempre que ocurra alguna de las causales previstas en el presente Reglamento, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el Artículo 62 de la Ley.</p> <p>La Oficina de Economía del Trabajo y Productividad, o la que haga sus veces, del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo por propia iniciativa podrá solicitar en el curso del procedimiento de negociación directa o de conciliación, la información necesaria que le permita dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 56 de la Ley.”</p>	<p>“Artículo 46.- Arbitraje El arbitraje solicitado por los trabajadores, previsto en el artículo 61 de la Ley, procede siempre que ocurra alguna de las causales previstas en el presente Reglamento, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el artículo 62 de la Ley. La Autoridad Administrativa de Trabajo, de ámbito nacional o regional, según corresponda, o la que haga sus veces, del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo por propia iniciativa podrá solicitar en el curso del procedimiento de negociación directa o de conciliación, la información necesaria que le permita dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 56 de la Ley”</p>
<p>Artículo 47.- En el caso contemplado por el artículo 63 de la Ley, los trabajadores o sus representantes podrán proponer por escrito al empleador el sometimiento del diferendo a arbitraje, requiriéndose la aceptación escrita de éste.</p> <p>Si el empleador no diera respuesta por escrito a la propuesta de los trabajadores en el término del tercer día hábil de recibida aquélla, se tendrá por aceptada dicha propuesta, en cuyo caso se aplicarán las normas relativas al procedimiento arbitral. El arbitraje procederá si se depone la huelga.</p> <p>Artículo 55.- El árbitro o Tribunal Arbitral tiene</p>	<p>“Artículo 47.- Arbitraje voluntario en caso de huelga En el caso contemplado por el artículo 63 de la Ley, los trabajadores o sus representantes podrán proponer por escrito al empleador el sometimiento del diferendo a arbitraje, requiriéndose la aceptación escrita de éste. Si el empleador no diera respuesta por escrito a la propuesta de los trabajadores en el término del tercer día hábil de recibida aquélla, se tendrá por aceptada dicha propuesta, en cuyo caso se aplicarán las normas relativas al procedimiento arbitral”.</p>

<p>absoluta libertad para ordenar o requerir la actuación o entrega de toda clase de pruebas, incluidas investigaciones, pericias, informes, documentos públicos y privados de propiedad o en posesión de las partes o de terceros y en general obtener todos los elementos de juicio necesarios de instituciones y organismos cuya opinión resulte conveniente para poder resolver el conflicto, todo dentro de un plazo máximo de treinta (30) días naturales, contados desde la fecha de iniciación formal del procedimiento arbitral. El árbitro o el Tribunal Arbitral en su caso, notificará a las partes la conclusión de esta etapa del proceso.</p> <p>Durante este período el árbitro o Tribunal Arbitral podrá convocar a las partes por separado o conjuntamente, a fin de aclarar o precisar las propuestas de una y otra.</p> <p>Al hacerse cargo de su gestión, el árbitro o Tribunal Arbitral recibirá de la Autoridad de Trabajo el expediente de negociación colectiva existente en su Repartición, incluyendo la valorización del pliego de peticiones y el informe de la situación económica-financiera de la empresa a que alude el Artículo 56 de la Ley, si lo hubiera.</p> <p>En la tramitación, en los términos y modo de proceder y demás diligencias, el árbitro o Tribunal Arbitral procederá de oficio, cuidando que se observen los principios de oralidad, sencillez, intermediación y lealtad a que se refiere el Artículo 64 de la Ley.</p>	<p>“Artículo 55.- Resolución de la controversia (...) Al hacerse cargo de su gestión, el árbitro o Tribunal Arbitral recibirá de la Autoridad Administrativa de Trabajo el expediente de negociación colectiva existente en su Repartición, incluyendo, si lo hubiera, la valorización del pliego de peticiones y dictamen económico laboral de la empresa, los que deberán ser considerados por el árbitro o el Tribunal al momento de resolver. En la tramitación, en los términos y modo de proceder y demás diligencias, el árbitro o Tribunal Arbitral procederá de oficio, cuidando que se observen los principios de oralidad, sencillez, intermediación y lealtad a que se refiere el artículo 64 de la Ley. La suspensión del plazo de treinta (30) días naturales solo procede en casos excepcionales de impedimento comprobado del Tribunal de proseguir con el procedimiento y requiere la aceptación de las partes en la negociación colectiva. El Tribunal Arbitral evalúa la resolución de la controversia atendiendo a la Constitución Política del Perú, a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado peruano, a los Convenios Internacionales del Trabajo, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al deber de fomento de la negociación colectiva, en particular, en ámbitos superiores al de empresa, con el objeto de fortalecer la negociación colectiva con un mayor nivel de alcance”.</p>
<p>Artículo 59.- El recurso de impugnación del laudo arbitral que prevé el Artículo 66 de la Ley deberá interponerse dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de notificado el laudo o la aclaración si fuese el caso, acompañando copia para la otra parte.</p> <p>Las partes podrán presentar su alegato ante la Sala Laboral de la Corte Superior, dentro de los</p>	<p>“Artículo 59.- Impugnación judicial del laudo arbitral La impugnación judicial del laudo arbitral que prevé el artículo 66 de la Ley deberá realizarse de conformidad con lo establecido en las normas procesales vigentes, y no suspende la ejecución del laudo arbitral, salvo resolución del Poder Judicial”.</p>

<p>tres (03) días hábiles de ingresado el expediente a la mesa de partes correspondiente.</p> <p>Transcurrido dicho plazo, se haya o no producido el alegato, la instancia judicial resolverá por el solo mérito de los autos, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.</p> <p>Procede el recurso de apelación dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución. La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema resolverá por el solo mérito de los autos, dentro de los quince (15) días hábiles de elevados.</p> <p>Artículo 61-A.- Arbitraje Potestativo</p> <p>Habiéndose convocado al menos seis (6) reuniones de trato directo o de conciliación, y transcurridos tres (3) meses desde el inicio de la negociación, cualquiera de las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo, ocurridos los siguientes supuestos:</p> <p>a) Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; o,</p> <p>b) Cuando durante la negociación se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.”</p>	<p>“Artículo 61-A.- Arbitraje potestativo Los trabajadores tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo, ocurridos los siguientes supuestos: a) Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido, habiéndose convocado al menos seis (6) reuniones de trato directo o de conciliación, o transcurridos tres (3) meses desde el inicio de la negociación; o, b) Cuando durante la negociación se adviertan actos de mala fe del empleador que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo”.</p>
<p>Artículo 65.- La comunicación de la declaración de huelga a que alude el inciso c) del Artículo 73 de la Ley, se sujetará a las siguientes normas:</p> <p>a) Debe ser remitida por lo menos con cinco (05) días hábiles de antelación, o con diez (10) días hábiles tratándose de servicios públicos esenciales, adjuntando copia del acta de votación;</p> <p>b) Adjuntar copia del acta de la asamblea refrendada por Notario Público, o a falta de éste por Juez de Paz de la localidad;</p> <p>c) Adjuntar la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando, tratándose de servicios esenciales y del caso previsto en el artículo 78 de la Ley;</p> <p>d) Especificar el ámbito de la huelga, el motivo, su duración y el día y hora fijados para su iniciación;</p>	<p>“Artículo 65.- Comunicación de la declaración de huelga La comunicación de la declaración de huelga a que alude el inciso c) del artículo 73 de la Ley, se sujeta a los siguientes requisitos: a) Comunicación dirigida a la Autoridad Administrativa de Trabajo, con una anticipación de cinco (5) días hábiles o de diez (10) días hábiles tratándose de servicios públicos esenciales, señalando el ámbito de la huelga, el motivo, su duración, el día y hora fijados para su iniciación. En la comunicación debe constar la declaración jurada del Secretario General de la organización sindical de que la decisión se ha adoptado cumpliéndose con los requisitos señalados en el inciso b del artículo 73 de la Ley. Asimismo, tratándose de servicios públicos esenciales o de labores indispensables, debe indicarse la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando. b) Copia simple del acta de votación. c) Copia</p>

<p>y,</p> <p>"e) Declaración Jurada del Secretario General y del dirigente de la organización sindical, que en Asamblea sea designado específicamente para tal efecto, de que la decisión se ha adoptado cumpliéndose con los requisitos señalados en el inciso b del artículo 73 de la Ley."</p>	<p>simple del acta de la asamblea. El presente procedimiento administrativo es de evaluación previa con silencio positivo. La Autoridad Administrativa de Trabajo cuenta con tres (3) días hábiles para emitir pronunciamiento, computados desde la presentación de la comunicación".</p>
<p>"Artículo 67.- En el caso de servicios públicos esenciales o de las labores indispensables previstas en el Artículo 78 de la Ley, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 82 de la misma, las empresas o entidades comunican en el mes de enero de cada año a sus trabajadores u organización sindical y a la Autoridad Administrativa de Trabajo, el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios mínimos, los horarios y turnos, la periodicidad y la oportunidad en que deban iniciarse los servicios mínimos por cada puesto.</p> <p>Las empresas o entidades deben acompañar un informe técnico que justifique la cantidad de trabajadores por puestos, los horarios, turnos, periodicidad y la oportunidad en que debe realizarse los servicios mínimos. En caso de servicios públicos esenciales, dicha justificación debe guardar relación con la preservación de la seguridad, la salud, la vida o el sostenimiento de las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población. Cuando se trate de labores indispensables, la justificación debe guardar relación con la seguridad de las personas y de los bienes o el impedimento de reanudación inmediata de actividades luego de concluida la huelga.</p> <p>Si el empleador no presenta el listado de servicios mínimos acompañado del informe técnico respectivo dentro del plazo establecido en el primer párrafo, la Autoridad Administrativa de Trabajo, para estos efectos, toma en cuenta el siguiente orden de prelación:</p> <p>i. Acuerdo de partes o resolución de divergencia inmediata anterior, o</p>	<p>"Artículo 67.- Comunicación de servicios mínimos En el caso de servicios públicos esenciales o de las labores indispensables previstas en el Artículo 78 de la Ley, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 82 de la misma, las empresas o entidades comunican en el mes de enero de cada año a sus trabajadores u organización sindical y a la Autoridad Administrativa de Trabajo, el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios mínimos, los horarios y turnos, la periodicidad y la oportunidad en que deban iniciarse los servicios mínimos por cada puesto. Las empresas o entidades deben incluir en su comunicación un informe técnico que justifique la cantidad de trabajadores por puestos, los horarios, turnos, periodicidad y la oportunidad en que debe realizarse los servicios mínimos. En caso de servicios públicos esenciales, dicha comunicación debe justificarse en la preservación de la seguridad, la salud, la vida o el sostenimiento de las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población. Cuando se trate de labores indispensables, la comunicación deberá contemplar los siguientes requisitos: i. Limitar las labores indispensables a lo estrictamente necesario. ii. Brindar un detalle claro sobre la estructura y funcionamiento de la empresa. iii. Motivar adecuadamente la propuesta de servicios mínimos en virtud de la seguridad de los trabajadores y ciudadanos que se encuentran en las instalaciones de la empresa; o, en función a que la paralización del servicio originada por la huelga impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa".</p>

<p>ii. Última comunicación de servicios mínimos del empleador, de acuerdo al informe técnico correspondiente.</p> <p>En el caso de los servicios públicos esenciales se admite la presentación extemporánea de la comunicación del empleador siempre que no sea posterior a una comunicación de huelga. En caso ocurra primero una comunicación de huelga, se aplicará lo señalado en el párrafo anterior."</p>	
<p>INCORPORACIÓN DE ARTÍCULOS.</p> <p>Ya se regulaba cuando no hay sindicato un grupo de trabajadores podría presentar una negociación colectiva,</p> <p>Lo de la verificación de las requisitos para la inspección en los registros.</p> <p>Refiere sobre la devolución.</p> <p>Regula el legítimo interés para demandar la devolución por interés propio.</p> <p>Regla el personal de dirección y de confianza.</p> <p>El artículo 55 señala las etapas de la negociación colectiva,</p>	<p>“Artículo 4-A.- Representación sindical en materia de negociación colectiva En materia de negociación colectiva, cuando el sindicato no afilia a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, representa únicamente a sus afiliados de conformidad con lo previsto en el artículo 9 de la Ley”.</p> <p>“Artículo 22-A.- Fiscalización posterior del registro de organizaciones sindicales La Autoridad Administrativa de Trabajo ante la que se está realizando el procedimiento de inscripción en el Registro de Organizaciones Sindicales queda obligada a verificar de oficio mediante el sistema del muestreo, la autenticidad de las declaraciones, de los documentos, de las informaciones y otras proporcionadas por la Junta Directiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. De comprobarse fraude o falsedad en la declaración, información o en la documentación presentada por la Junta Directiva, la Autoridad Administrativa de Trabajo procederá a declarar la nulidad de la inscripción de la organización sindical y a imponer a quien haya empleado esa declaración, información o documento una multa en favor de la entidad de cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias”.</p> <p>“Artículo 23-A.- Disolución judicial de organizaciones sindicales por pérdida del número de afiliados La disolución judicial de una organización sindical por pérdida del número mínimo de afiliados, sólo puede ser declarada una vez que se haya verificado que las razones que motivaron la disminución de miembros del sindicato por debajo del mínimo legal, no</p>

responde a la comisión de actos antisindicales. Para el cómputo del número mínimo de afiliados se seguirá considerando a los/as trabajadores/as sindicalizados despedidos que hubieran denunciado la antisindicalidad del despido o la no renovación de contrato sujeto a modalidad ante la inspección del trabajo o demandado la reposición en sede judicial, en tanto el proceso no hubiera concluido”.

“Artículo 23-B.- Legítimo interés para demandar la disolución judicial de organizaciones sindicales
Cualquier persona natural o jurídica que acredite legítimo interés económico o moral podrá solicitar al Juez Especializado de Trabajo competente la disolución del sindicato por pérdida de los requisitos constitutivos, demanda que se tramitará mediante el proceso establecido en la ley procesal del trabajo vigente al momento de la solicitud”.

“Artículo 34-A.- Derecho de sindicación del personal de dirección y de confianza El personal de dirección y de confianza no es representado por la organización sindical ni se considera en el número total de trabajadores del ámbito para efectos de determinar si se cumple con el requisito de la mayoría absoluta a que se refiere el artículo anterior, salvo que el estatuto de la organización sindical admita expresamente su afiliación”.

“Artículo 40-A.- Obligación de negociar de buena fe Las partes están obligadas a negociar de buena fe como interlocutores válidos para la celebración de una convención colectiva. Este deber implica para las partes por lo menos lo siguiente: a) La recepción del pliego de reclamos y el inicio de la negociación colectiva dentro de los diez (10) días calendario de presentado el pliego. b) La entrega oportuna de la información económica, financiera, social y demás pertinente que se establezca en el convenio colectivo, ley, reglamento o que le requiera la Autoridad Administrativa de Trabajo. c) La concurrencia a las reuniones en los lugares y con la frecuencia y periodicidad acordadas. d) La realización de todos los esfuerzos necesarios para la consecución de los acuerdos que pongan fin a la negociación colectiva; y, la abstención de toda acción que pueda resultar lesiva a la contraparte, sin menoscabo del derecho de huelga”.

“Artículo 67 -A.- Consecuencias de la no presentación de la comunicación de servicios

	<p>mínimos Si el empleador no presenta la comunicación señalada en el artículo anterior, en caso de huelga la Autoridad Administrativa de Trabajo califica el cumplimiento del requisito establecido en el literal c) del artículo 65° de este Reglamento, según el siguiente orden de prelación:</p> <p>67-A.1. Para los servicios públicos esenciales: i. En primer lugar, el acuerdo de partes; ii. En segundo lugar, la resolución de divergencia del año inmediatamente anterior; iii. En tercer lugar, la comunicación de servicios mínimos del empleador del año inmediatamente anterior; iv. En defecto de todo lo anterior, los estándares internacionales de derechos humanos sobre la garantía debida de la vida, seguridad y salud de toda o parte de la población.</p> <p>67-A.2. Para las labores indispensables: i. En primer lugar, el acuerdo de partes; ii. En segundo lugar, la resolución de divergencia del año inmediatamente anterior; iii. En defecto de todo lo anterior, la nómina presentada por el Sindicato de conformidad con las pautas de la buena fe y razonabilidad”.</p>
Licencia sindical	Licencia sindical
Registro Sindical	Registro Sindical
Información previa de la empresa para una negociación colectiva	Información que tiene derecho los trabajadores.

COLOFÓN

Este trabajo de investigación denominado Preguntas Frecuentes en el Derecho Laboral , está totalmente terminado y actualizado con las leyes al mes de septiembre del 2022.

En los comentarios efectuados en los temas de la Tercerización y las modificaciones al Reglamento de la Negociación Colectiva, se han consignado las nuevas modificaciones , las que podríamos decir que a la fecha están vigentes, pero debemos expresar que estas disposiciones están cuestionadas tanto a nivel judicial como en Indecopi.

Los expertos en Derecho Laboral señala que el DS No 01 -2022 TR, que regula la terciarización debería derogarse , por cuanto está perjudicando a más de 200,000 trabajadores que podrían perder su trabajo , además que este DS , en criterio de ellos es inconstitucional, por que supera la ley, este decreto que limita la Tercerización no puede superar la ley, y este este si lo está superando

En lo que se refiere al Reglamento de la Negociación Colectiva también debemos decir que supera la ley y que ha ido más allá de lo que esta ha establecido , lo que ha merecido la observación de muchos de los expertos en el Derecho Laboral , al que me aunó.

Los gremios empresariales del país, han negado su participación después de su promulgación, en las conversaciones con las autoridades del Ministerio de Trabajo diciendo que esta ley no se discutió en el Consejo Nacional de Trabajo, en donde la discusiones son tripartitas, representantes del Estado , de los trabajadores y de los empleadores en este caso no se ha tenido o no se ha recogido lo opinión de los empleadores.

Hoy al mes de septiembre están vigentes estas disposiciones , pero como están cuestionadas , podría ser como lo han prometido algunos congresistas que el congreso la derogara o las modifique y en consecuencia nuestro trabajo de investigación y en lo que se refiere a estos puntos, tercerización y reglamento de negociación colectiva podría verse variado, por lo que les agradecería tener presente en el futuro inmediato.

En el supuesto que estas leyes sufran alguna variación y nuestro libro todavía estaría en impresión y me daría tiempo de colocar una nota aclaratoria lo haría caso contrario les sugiero tener presente estas modificación porque hay como 20 o 30 consultas que sufrirían alteración en su absolución.

El resto del trabajo está totalmente actualizado con toda la legislación.

Para este trabajo se ha utilizado gran parte de la doctrina, opinión de los expertos, resoluciones de la Corte Suprema, del tribunal constitucional, por lo que recomiendo a los alumnos su lectura , por cuanto está referido a consultas específicas, con la idea de que el alumno encuentre fácil respuesta a una consulta, pero con la invocación de que lean libros por cuanto los abogados nos formamos con grandes lectura y que no se conformen con leer y encontrar la respuesta en la absolución porque estarían limitando su formación profesional.

Este trabajo en efecto tiene la finalidad de que el alumno frente a un problema y quiero encontrar una solución inmediata podría leer y ahí encontraría la solución a su problema esto es a manera práctica pero

reitero debería una vez superado su duda, profundizar sus conocimientos en la doctrina la jurisprudencia vertida en otros libros esto es para profundizar su conocimiento.

En este libro se ha hecho una relación de todas las leyes que hemos mencionado se ha hecho una enumeración a fin de que la tengan presente

Luis Nava Guibert

07 de noviembre de 2022

BIBLIOGRAFÍA

ROJAS RODRIGUEZ, Francisco. (2002). La reforma Laboral en el Peru. La importancia del Principio de la Primacia de la Realidad en el Procedimiento Inspectivo Laboral. Lima: Grafica Horizonte SA. p.158.

ROJAS RODRIGUEZ, Francisco. En: Entrevista realizada en Radio Libertad el dia sabado 28 de febrero de 2004.

NEVES MUJICA, Javier. (2000). Introduccion al Derecho Laboral. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Catolica del Peru. p.36.

BOZA PRO, Guillermo. (2002). Comentarios a los aspectos laborales de la Ley General del Sistema Concursal. Revista Analisis Laboral. Grupo AELE. p.13

PLÁ, Americo. (1978). Los principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Editorial Depalma. Paginas 153.

Codigo de Trabajo de Costa Rica, art. 83 inciso j); Codigo de Trabajo de Nicaragua, art. 121, numeros 3, 5 y 6; Codigo de Trabajo de Honduras, art. 114, inciso g); 79, inciso j).

Luis Jose Nava Guibert (2019). Manual de Derecho Laboral I. Universidad de San Martín de Porres.

Luis Jose Nava Guibert (2020). Manual de Derecho Laboral Colectivo. Universidad de San Martín de Porres.

Luis Jose Nava Guibert (2010). El trabajador Migrante Andino. Derechos y beneficios laborales en Perú, Bolivia, Colombia y Ecuador. Lima, Perú: Universidad de San Martín de Porres.

Luis Jose Nava Guibert (2012). El Despido arbitrario. Efectos de las Resoluciones del Tribunal Constitucional. Lima, Perú: S-E.

Luis Jose Nava Guibert (2006). Los principios del Derecho del Trabajo en el Perú. Lima, Perú.

Luis Joe Nava Guibert (2021). El Covid-19 y sus consecuencias en el Derecho del Trabajo. Lima, Perú: Universidad de San Martín de Porres.

Legislación

Constitución Política del Perú de 1933, 1979 y de 1993.

Ley N° 30334

Ley N° 28036

Ley N° 30057

Ley N° 29783

Ley N° 30222

Decreto Legislativo N° 728

Decreto Legislativo N° 727

Resolución Ministerial N° 051-96-TR

Decreto Legislativo n° 1187

Decreto Supremo N° 003-2016-TR

Decreto Supremo N° 009-2016-TR

Resolución Ministerial N° 232-2016-TR

Decreto Supremo N° 011-2019-TR

Decreto Supremo N° 016-2019-TR

Decreto Supremo N° 002-97-TR

Decreto Supremo N° 003-97-TR

Decreto Legislativo N° 689

Decreto Supremo N° 014-92-TR

Ley N° 28518

Ley N° 27626

Decreto Supremo N° 007-2002-TR

Decreto Legislativo N° 713

Decreto Supremo N° 012-92-TR

Resolución Ministerial N° 091-92-TR

Ley N° 28051

Ley N° 25129

Ley N° 27735

Decreto Supremo N° 001-97-TR

Decreto Supremo N° 003-2014-MTC

Decreto Supremo Nro. 003-97-TR

Decreto Supremo Nro. 151-2021-PCM

Decreto Supremo 001-96-TR

Decreto Supremo 002-2022-TR

Decreto Supremo 014-2022-TR

Decreto Supremo 015-2022-TR

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

PRIMERA SALA RESOLUCIÓN DE SALA PLENA

N° 001-2021-SUNAFIL/TFL-PRIMERA SALA

Asunto: Naturaleza de las infracciones a la labor inspectiva, la demora en la respuesta a un requerimiento de información efectuado por el inspector de trabajo y las jornadas acumulativas acordadas por excepción durante la pandemia de la COVID-19.

Lima, 30 de julio de 2021

Los Vocales integrantes de la Primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL, reunidos en Sala Plena, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 2 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2017-TR emiten el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. El Tribunal de Fiscalización Laboral, como órgano colegiado con independencia técnica que resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que proceda la interposición del recurso de revisión como última instancia, siendo sus resoluciones las que ponen fin a la vía administrativa, viene conociendo a cuatro meses de su instalación, un número considerable de casos respecto de los siguientes temas: (i) La naturaleza jurídica de las faltas administrativas contra la labor inspectiva como manifestación de incumplimiento del deber de colaboración; (ii) La subsunción del retraso en la respuesta a un requerimiento de información en el tipo sancionador correspondiente, de acuerdo a los hechos que sean determinados en la fiscalización laboral; y (iii) La excepcional validez de la extensión de jornadas acumulativas, por acuerdo colectivo y con base en las medidas preventivas ante los riesgos de contagio por Covid-19.

2. Ante ello, el Tribunal de Fiscalización Laboral advierte la necesidad de establecer criterios que garanticen la uniformidad en la aplicación del ordenamiento jurídico sociolaboral al caso concreto y la uniformidad de los pronunciamientos del Sistema de Inspección del Trabajo, en el trámite del procedimiento administrativo sancionador a cargo de la SUNAFIL, con el fin de garantizar la eficacia de los principios de i) igualdad ante la ley; ii) seguridad jurídica; iii) buena fe; iv) interdicción de la arbitrariedad; v) buena administración; vi) legalidad y vii) debido procedimiento.

3. Consecuentemente, en ejercicio de las funciones de la Sala Plena del Tribunal de Fiscalización Laboral de emitir precedentes de observancia obligatoria, con los efectos y alcances precisados en el artículo 15 de la Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral y en el artículo 22 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, y tras un periodo de reflexión, análisis y deliberación, y en virtud de la votación efectuada por unanimidad, se adopta el presente Acuerdo Plenario con la finalidad de incorporar, con la debida amplitud, un conjunto de

critérios cuya observancia y aplicación resulte obligatoria a todas las entidades conformantes del Sistema de Inspección del Trabajo.

II. FUNDAMENTACIÓN

A. Sobre la naturaleza jurídica de las infracciones a la labor inspectiva

4. De conformidad con el artículo 9 de la Ley N° 28806, la Ley General de Inspección del Trabajo (LGIT), los empleadores, los trabajadores y los representantes de ambos, así como los demás sujetos responsables del cumplimiento de las normas del orden sociolaboral, están obligados a colaborar con los Supervisores-Inspectores, los Inspectores del Trabajo y los Inspectores Auxiliares cuando sean requeridos para ello. En particular y en cumplimiento de dicha obligación de colaboración deberán:

- a) Atenderlos debidamente, prestándoles las facilidades para el cumplimiento de su labor,
- b) Acreditar su identidad y la de las personas que se encuentren en los centros o lugares de trabajo,
- c) Colaborar con ocasión de sus visitas u otras actuaciones inspectivas,
- d) Declarar sobre cuestiones que tengan relación con las comprobaciones inspectivas; y,
- e) Facilitarles la información y documentación necesarias para el desarrollo de sus funciones.

Asimismo, toda persona, natural o jurídica, está obligada a proporcionar a la Inspección del Trabajo los datos, antecedentes o información con relevancia en las actuaciones inspectivas, siempre que se deduzcan de sus relaciones con los sujetos sometidos a la acción inspectiva y sea requerida para ello de manera formal.

5. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 36 de la citada la LGIT, son infracciones a la labor inspectiva contrarias al deber de colaboración, las acciones u omisiones de los sujetos obligados, sus representantes, personas dependientes o de su ámbito organizativo, sean o no trabajadores, que perjudiquen la labor de los Supervisores-Inspectores, Inspectores del Trabajo o Inspectores Auxiliares. Tales infracciones pueden consistir en:

- 1) La negativa injustifi cada o el impedimento a que se realice una inspección en un centro de trabajo o en determinadas áreas del mismo, efectuado por el empleador, su representante o dependientes, trabajadores o no de la empresa, por órdenes o directivas de aquél. El impedimento puede ser directo o indirecto, perjudicando o dilatando la labor del inspector actuante de manera tal que no permita el cumplimiento de la fiscalización, o negándose a prestarle el apoyo necesario. Constituye acto de obstrucción, obstaculizar las investigaciones del inspector y obstaculizar o impedir la participación del trabajador o su representante o de los trabajadores o la organización sindical.
- 2) El abandono de la diligencia inspectiva, que se produce cuando alguna de las partes, luego de iniciada ésta, deja el lugar de la diligencia.

3) La inasistencia a la diligencia, cuando las partes hayan sido debidamente citadas, por el Inspector del Trabajo o la Autoridad Administrativa de Trabajo y éstas no concurren.

Al respecto, las infracciones a la labor inspectiva pueden ser graves o muy graves, de conformidad a lo establecido en los artículos 45 y 46 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (RLGIT), aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR.

6. Cabe tenerse en cuenta que la LGIT, en su artículo 1, establece que el procedimiento administrativo sancionador en la inspección del trabajo es el procedimiento administrativo especial que se inicia siempre de oficio con la notificación del documento de imputación de cargos. Comprende los actos y diligencias conducentes a la determinación de la existencia o no de la responsabilidad administrativa en la comisión de infracciones en materia socio laboral y a la labor inspectiva, así como por infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, advertidas mediante las actas de infracción derivadas de actuaciones de investigación o comprobatorias de la inspección del trabajo.

7. En similar sentido, el artículo 53° del RLGIT precisa que la fase instructora en el procedimiento sancionador se inicia en mérito del acta de infracción por vulneración del ordenamiento jurídico sociolaboral, así como por infracciones a la labor inspectiva.

8. En esa medida, además de las infracciones detectadas por incumplimientos a la normativa sociolaboral y de la seguridad y salud en el trabajo, las infracciones a la labor inspectiva se configuran, entre otros supuestos, cuando existe una obstrucción de parte de los inspeccionados al deber de colaboración en las actuaciones inspectivas.

9. Por consiguiente, en tanto que el ordenamiento jurídico no disponga cosa distinta, los actos o hechos que impiden o dificultan la labor inspectiva y que se consignan en el acta de infracción, constituyen infracciones que no tienen una naturaleza secundaria, adjunta ni dependiente, respecto de posibles infracciones ocurridas y detectadas en la visita inspectiva referentes a aspectos sustantivos objeto de control por la inspección del trabajo.

B. Sobre la demora en la respuesta a un requerimiento de información efectuado por el inspector de trabajo y su subsunción en las normas sancionadoras contempladas en el art. 45.2 o en el 46.3 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, según las circunstancias.

10. De acuerdo con el artículo 5 de la LGIT, en el desarrollo de las funciones de inspección, los inspectores de trabajo, que estén debidamente acreditados, están investidos de autoridad y facultados para requerir información, solo o ante testigos, al sujeto inspeccionado o al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales. En dicho contexto, los sujetos inspeccionados en el marco de su deber de colaboración, previsto en el artículo 9 de la LGIT, deberán facilitar la información y documentación necesarias para el desarrollo de sus funciones.

11. Así, el ejercicio de las actuaciones inspectivas de investigación, de acuerdo a lo previsto en el artículo 11 de la LGIT, se desarrollan mediante el requerimiento de información, por medio de sistemas de comunicación electrónica, visita de inspección a los centros y lugares de trabajo. Esta disposición es

concordante con el artículo 12.1 literal d) del RLGIT, que prescribe que, en cumplimiento de las órdenes de inspección recibidas, los inspectores o equipos designados iniciarán las actuaciones de investigación, entre otras, mediante un requerimiento de información por medio de sistemas de comunicación electrónica.

12. En tal sentido, los requerimientos de información recaen sobre instrumentales exigibles a los administrados, ya sea por su deber legal de resguardo documental en la relación de trabajo, o bien porque el empleador cuenta con los medios para presentar dicha información, conforme con el deber de colaboración.

13. Al respecto, el incumplimiento de la entrega de información requerida implica una infracción muy grave a la labor inspectiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 46.3 del RGLIT. Sin embargo, en los casos analizados por el Tribunal de Fiscalización Laboral se han apreciado las siguientes situaciones: (i) la negativa de entrega de información requerida y (ii) la entrega tardía de la información requerida, por lo que surge la necesidad de establecer un criterio que permita distinguir qué sanción es aplicable según sea un caso u otro.

14. La demora en la entrega de información al inspector de trabajo es sancionable por cuanto genera retraso y/o perturbación en el ejercicio de las funciones inspectivas de los fiscalizadores actuantes, comportamiento que está tipificado en el artículo 45.2 del RLGIT. Este supuesto debe distinguirse de la negativa del sujeto inspeccionado de entregar información al inspector de trabajo, conducta tipificada en el artículo 46.3 del RLGIT.

15. De esta manera, en la formulación de actas de infracción y en su calificación posterior, deberá observarse que, cuando la fiscalización pueda proseguir desplegando sus funciones, a pesar del comportamiento del inspeccionado que haya perturbado o retrasado la investigación, deberá imputarse la infracción prevista en el artículo 45.2 del RLGIT. En cambio, cuando la demora del sujeto inspeccionado frustre la fiscalización, la tipificación invocable será la del artículo 46.3 del RLGIT.

16. Para la aplicación de este criterio, siempre será determinante el examen de la motivación que consta en el Acta de Infracción, que debe ser no sólo puntual y concisa, sino también suficiente, para poder concluir que la conducta del administrado constituye una falta al deber de colaboración de acuerdo al artículo 45.2 del RLGIT, o al artículo 46.3 del RLGIT, según se haya acreditado en el procedimiento.

C. Sobre las jornadas acumulativas y el bloque de legalidad aplicable respecto de acuerdos de excepción durante la pandemia de la Covid-19.

17. De acuerdo con el artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR, se dispone la facultad del empleador de modificar las jornadas, horarios y turnos, entre otros, de las jornadas atípicas o acumulativas, siempre que el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no supere el máximo de cuarenta y ocho (48) horas por semana. Además, dicha norma precisa que el empleador, previamente a la adopción de la modificación, deberá comunicar con ocho (8) días de anticipación al

sindicato, o a falta de este a los representantes de los trabajadores, o en su defecto, a los trabajadores afectados, la medida a adoptarse y los motivos que la sustentan.

18. Por su lado, el Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha 17 de abril de 2006, recaída en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC, en el que interpreta los alcances del artículo 25 de la Constitución sobre la jornada máxima diaria y semanal, estableció como precedente vinculante que las empresas mineras, según ciertos parámetros, puedan desarrollar jornadas atípicas o acumulativas en el sector minero que superen esos máximos con unas reglas determinadas. Así en el fundamento 15 señala:

“(…) el parámetro constitucional que debe emplearse para la configuración del derecho a la jornada laboral de ocho horas diarias, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución:

a) Las jornadas de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales son prescritas como máximas en cuanto a su duración.

b) Es posible que bajo determinados supuestos se pueda trabajar más de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana. Este supuesto dependerá del tipo de trabajo que se realice.

c) El establecimiento de la jornada laboral debe tener una limitación razonable.

d) Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.

e) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho [sic] horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor; (por ejemplo, el artículo 4° del Convenio N.º1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)”.

19. Posteriormente, con fecha 11 de mayo de 2006, ante la solicitud de aclaración interpuesta por la parte demandada, el máximo intérprete de la Constitución precisó en una resolución: “que si bien la primera parte del fundamento 28 de la sentencia de autos constituye un límite para instaurar jornadas acumulativas, atípicas o concentradas para los trabajadores mineros, compatible con la Constitución y considerando el tipo de actividades que se realiza, en uso del precedente normativo vinculante establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debe precisarse que tal límite también está sujeto, a su vez, a límites. En ese sentido, la limitación para restringir las jornadas atípicas o acumulativas deberá cumplir, copulativamente, las siguientes condiciones, que constituyen el test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros:

a) La evaluación caso por caso, teniendo en cuenta las características del centro minero; por ejemplo, si se trata de una mina subterránea, a tajo abierto, o si se trata de un centro de producción minera.

b) Si la empleadora cumple, o no, con las condiciones de seguridad laboral necesarias para el tipo de actividad minera.

c) Si la empleadora otorga, o no, adecuadas garantías para la protección del derecho a la salud y adecuada alimentación para resistir jornadas mayores a la ordinaria.

d) Si la empleadora otorga, o no, descansos adecuados durante la jornada diaria superior a la jornada ordinaria, compatibles con el esfuerzo físico desplegado.

e) Si la empleadora otorga, o no, el tratamiento especial que demanda el trabajo nocturno, esto es, menor jornada a la diurna. Alternativamente, también podrá exigirse la siguiente condición:

f) Si se ha pactado en el convenio colectivo el máximo de ocho horas diarias de trabajo” (fundamento jurídico 15).

Y, a continuación, en el fundamento 16 añade: “(...) Evidentemente, estos supuestos contribuirán a que no se afecte el artículo 4.º de la Constitución, que establece que la comunidad y el Estado protegen a la familia. De este modo, satisfechas las condiciones que tienen como razón de ser la inexcusable protección del trabajador, se permitirá que los trabajadores que tienen a sus familias alejadas de los centros mineros retornen en mejores condiciones a sus hogares, con lo cual también se disminuirán los problemas del trabajo en soledad (...)”.

20. En ese sentido, en los casos evaluados por este Tribunal, se comprobó que, durante las medidas adoptadas en el curso de la presente pandemia, se adoptaron acuerdos colectivos entre empleadores y organizaciones de trabajadores, por los que se amplió excepcionalmente la jornada acumulativa más allá de los límites sentados por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

21. En esa medida, a juicio de este Tribunal, la posible excepción confi gurada durante la pandemia, en el trato colectivo de la jornada, calza dentro de las excepciones previstas por los propios Convenios de la OIT núm. 1 y núm. 30. Aunque este segundo convenio no haya sido ratifi cado por el Perú, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones², ha establecido como excepciones temporales a los máximos de jornada, las situaciones de fuerza mayor, los aumentos extraordinarios de trabajo, y el peligro nacional, entre otros.

22. Entre los ordenamientos jurídicos cercanos al de nuestro país, el aludido estudio de la OIT ha sido recogido en el ordenamiento jurídico de los siguientes países:

- En Brasil, se permite un total de 12 horas al día en caso de fuerza mayor o trabajos urgentes, y de 10 horas al día y 45 días al año para compensar el tiempo perdido en caso de interrupción del trabajo debida a accidentes o situaciones de fuerza mayor (artículos 61.2 y 61.3 de la Codificación de las Leyes del Trabajo).

- En Costa Rica, se autoriza un total de 12 horas al día (art. 140 del Código del Trabajo).

- Guatemala (12 horas al día: art. 122 del Código del Trabajo).

- En el Estado Plurinacional de Bolivia, la legislación permite que se realicen 2 horas extraordinarias al día (artículo 50 de la Ley General del Trabajo).

- En el Uruguay (Art. 11 del decreto de 29 de octubre de 1957) y la República Bolivariana de Venezuela (Art. 180 de la Ley Orgánica del Trabajo) la legislación dispone que pueden aumentarse las horas de trabajo en caso de accidentes o trabajos urgentes, pero sólo en la medida necesaria para permitir el funcionamiento normal de la entidad de trabajo.

23. En consecuencia, como ya ha sido señalado por este Tribunal, en nuestro ordenamiento jurídico el papel del test de protección de la jornada máxima de trabajo minero elaborado por la jurisprudencia constitucional se encuentra vigente. Sin embargo, su aplicación en la situación de pandemia, que afecta al Perú y al mundo, debe realizarse teniendo en cuenta que se dictaron medidas gubernamentales extraordinarias para detener la propagación del virus, que tuvieron -y tienen- un gran impacto en las relaciones laborales debido, entre otros motivos, a las inmovilizaciones ciudadanas y restricciones en el transporte público y privado. Por tanto, fue necesario adoptar medidas excepcionales para que las empresas pudieran realizar sus actividades, evitando los riesgos del contagio y, a la vez, respetando el derecho al descanso de los trabajadores. En este orden de ideas, el Tribunal entiende que esas medidas sólo son aceptables en el caso que hayan sido los actores sociales -empleadores y trabajadores- quienes hayan pactado la extensión excepcional de la jornada de trabajo en forma temporal. Para la validez del acuerdo es necesario que los trabajadores hayan sido representados por uno o más sindicatos, que en su conjunto representen a la mayoría de los que se vean afectados por esas medidas. Será ésta la garantía de que se acordarán los tiempos de trabajo y de descanso de acuerdo a las circunstancias concretas de cada centro de trabajo y de cada trabajador involucrado, puesto que podrán vigilar directamente el cumplimiento de los acuerdos. Por tanto, no cabe que la autoridad administrativa de trabajo se sustituya en la autonomía colectiva, salvo que se denunciase que estos acuerdos ya cumplieron su cometido o el plazo acordado o que estuvieran generando daños a la salud mental o física, al descanso o alimentación de los trabajadores, que deban ser investigados y, de proceder, sancionados.

24. Por lo que, a juicio de este Tribunal entre las medidas adoptadas frente al riesgo de contagio por la COVID-19, la modificación convencional de la jornada de trabajo acumulativa, por encima del máximo contemplado en la Sentencia del Tribunal Constitucional y su resolución aclaratoria, será legítima si observa los lineamientos de ese precedente, con las precisiones detalladas en el presente acuerdo de Sala Plena del Tribunal de la SUNAFIL., que se detallan a continuación.

25. Durante el contexto de las medidas de restricción a que de lugar la prevención del contagio por COVID-19, el Sistema de Inspección del Trabajo deberá analizar casuísticamente la concurrencia de los siguientes elementos, a fin de establecer si la modificación convencional de la jornada de trabajo acumulativa es legítima:

a. El acuerdo deberá ser pactado con un sindicato que esté acreditado como organización representativa de la mayoría de los trabajadores afectados por la modificación;

b. El acuerdo correspondiente deberá ser adoptado por un lapso determinado, siendo esta provisionalidad objeto del control preferente por los propios sujetos colectivos;

c. Se deberá considerar la naturaleza y características del centro de trabajo, con relación a sus elementos (lejanía respecto a lugares de residencia habitual de los trabajadores, riesgos existentes en dicho centro, entre otros);

La medida se deberá adoptar con sustento de seguridad y salud en el trabajo y articularse con ellas, con la validación de los órganos correspondientes en materia de prevención de riesgos y se deberá desplegar mecanismos compensatorios al desgaste físico y emocional. En este punto, deberá tomarse en cuenta las orientaciones del test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros de la resolución aclaratoria del Tribunal Constitucional, en el fundamento 15, recogida en el punto 19 del presente acuerdo de Sala Plena.

DECISIÓN

1. La Sala Plena del Tribunal de Fiscalización Laboral, por unanimidad, considera que los criterios contenidos en los numerales 9, 15, 16, 23, 24 y 25 del presente Acuerdo Plenario ameritan ser declaradas como precedente de observancia obligatoria para todas las entidades conformantes del Sistema de Inspección del Trabajo.

2. En atención a lo expuesto, la Sala Plena del Tribunal de Fiscalización Laboral, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 2 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral respecto a la emisión de precedentes administrativos de observancia obligatoria;

ACORDÓ:

PRIMERO.- ESTABLECER como precedentes administrativos de observancia obligatoria los criterios expuestos en los fundamentos 9, 15, 16, 23, 24 y 25 de la presente resolución.

SEGUNDO.- PRECISAR que los precedentes administrativos de observancia obligatoria antes mencionados deben ser cumplidos por todas las entidades del Sistema de Inspección del Trabajo a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 23 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral.

TERCERO.- PUBLICAR el presente acuerdo de la Sala Plena en el Diario Oficial “El Peruano” y en el Portal Institucional de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL (www.gob.pe/sunafil), de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 23 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral.

Regístrese, comuníquese y publíquese,

LUIS ERWIN MENDOZA LEGOAS
Presidente Tribunal de Fiscalización Laboral

DESIRÉE BIANCA ORSINI WISOTZKI
Vocal Tribunal de Fiscalización Laboral

LUZ IMELDA PACHECO ZERGA
Vocal Tribunal de Fiscalización Laboral

J-1979802-1



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 004-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

EXPEDIENTE SANCIONADOR : 022-2020-SUNAFIL/IRE-CAL
PROCEDENCIA : INTENDENCIA REGIONAL DEL CALLAO
IMPUGNANTE : REFINERÍA LA PAMPILLA S.A.A
ACTO IMPUGNADO : RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA N° 057-2021-SUNAFIL/IRE CAL
MATERIA : - RELACIONES LABORALES
- LABOR INSPECTIVA

Sumilla: Se declara **INFUNDADO** el recurso de revisión interpuesto por REFINERÍA LA PAMPILLA S.A.A. en contra de la Resolución de Intendencia N° 057-2021-SUNAFIL/IRE CAL, de fecha 19 de marzo de 2021, en todos sus extremos.

Lima, 21 de mayo de 2021

VISTO: El recurso de revisión interpuesto por REFINERÍA LA PAMPILLA S.A.A. (en adelante **la impugnante**) contra la Resolución de Intendencia N° 057-2021-SUNAFIL/IRE CAL, de fecha 19 de marzo de 2021 (en adelante **la resolución impugnada**) expedida en el marco del procedimiento sancionador, y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante Orden de Inspección N° 1258-2019-SUNAFIL/IRE-CAL, se dio inicio a las actuaciones inspectivas de investigación respecto de la impugnante, con el objeto de verificar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral¹, las cuales culminaron con la emisión del Acta de Infracción N° 487-2019-SUNAFIL (en adelante, el **Acta de Infracción**), mediante la cual se propuso sanción económica a la impugnante por la comisión de dos (02) infracciones muy graves a la normativa sociolaboral, y una (1) infracción muy grave a la labor inspectiva.
- 1.2 Mediante Imputación de cargos N° 132-2020-SUNAFIL/IRE-CAL-SIAI del 04 de febrero de 2020, notificada el 13 de febrero de 2020 conjuntamente con el Acta de Infracción, se dio inicio a la etapa instructiva, otorgándose un plazo de cinco (05) días hábiles para la presentación de los descargos, de conformidad con lo señalado en el literal a) del inciso 2 del artículo 52 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo – Decreto Supremo N° 019-2006-TR (en adelante, el **RLGIT**).

¹ Se verificó el cumplimiento sobre las siguientes materias: Registro de control de asistencia, así como Jornada, Horario de trabajo y descansos remunerados, Reglamento Interno, Planillas o registros que la sustituyan, y Relaciones Colectivas.

1.3 De conformidad con el numeral 53.2 del artículo 53° del RLGIT, la autoridad instructora emitió el Informe Final de Instrucción N° 189-2020-SUNAFIL/IRE-CAL/SIAI, a través del cual llega a la conclusión que se ha determinado la existencia de las conductas infractoras imputadas a la impugnante, recomendando continuar con el procedimiento administrativo sancionador en su fase sancionadora y procediendo a remitir el Informe Final y los actuados a la Sub Intendencia, la cual mediante Resolución de Sub Intendencia N° 108-2021-SUNAFIL-IRE-CAL de fecha 29 de enero de 2021, multó a la impugnante por la suma de S/. 153,090.00 por haber incurrido en:

- Dos infracciones MUY GRAVES en materia de relaciones laborales, incumplimiento de disposiciones legales relativas al pago por el trabajo realizado en días de descanso semanal obligatorio y por no cumplir con acreditar el pago por horas extras, tipificadas en el numeral 25.6 del artículo 25° del RLGIT
- Una infracción MUY GRAVE a la labor inspectiva, por no cumplir con la medida inspectiva de requerimiento, de fecha 03 de octubre de 2019, tipificada en el numeral 46.7 del artículo 46 del RLGIT.

1.4 Mediante escrito de fecha 19 de febrero de 2021, la impugnante interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Sub Intendencia N° 108-2021-SUNAFIL-IRE-CAL, señalando que

- i. Los trabajadores no laboran en su descanso semanal obligatorio (DSO), pues antes del inicio del turno de las 23:00 horas, ya han cumplido con el goce de 24 horas consecutivas de DSO exigidos por la normativa.
- ii. La sola permanencia de los trabajadores en las instalaciones de la empresa minutos antes y después del turno, no implica necesariamente la realización de trabajo efectivo.

Añadiendo que la Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 108-2021-SUNAFIL-IRE-CAL vulnera el derecho a la debida motivación, el derecho de defensa y a la prueba, por no haberse pronunciado sobre el presunto incumplimiento del deber de motivación del Acta de Infracción y el Informe Final. Tampoco valoró adecuadamente todos los documentos presentados por la accionante.

1.5 Mediante Resolución de Intendencia N° 057-2021-SUNAFIL/IRE-CAL, de fecha 19 de marzo de 2021², la Intendencia Regional del Callao declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por la impugnante, confirmando la Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 108-2021-SUNAFIL-IRE-CAL, por considerar que

- i. A través del artículo 9 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo, aprobada por D.S. N° 008-2002-TR, se faculta al empleador a fijar jornadas alternativas, acumulativas o atípicas de trabajo, siempre que resulte necesario en razón de la naturaleza especial de las labores de la empresa,

² Notificada a la inspeccionada el 22 de marzo de 2021.



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 004-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

en cuyo caso el promedio de horas trabajadas en el ciclo o período no puede exceder de los límites máximos previstos por la Ley.

- ii. Las actividades de la impugnante se encuentran dentro de lo regulado por el Convenio 1 de la Organización del Trabajo (en adelante, OIT) y el artículo 25 de la Constitución Política del Perú, en donde se establece que la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máximo, y frente a jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.
- iii. Del Acta de infracción, en su numeral 12.1 se ha determinado que:

"...se ha verificado que laboran de 06:00 a 18:00 horas con una hora de refrigerio, conforme así se evidenció de la información obtenida en la visita de inspección de fecha 25.10.2019 y conforme así se persuade de la información que obra en los registros de control de asistencia exhibidos por el sujeto inspeccionado. En cuanto se refiere a la jornada de trabajo, de igual modo... el inspeccionado en forma general implementó el régimen atípico de 28x14 (28 días de trabajo y 14 de descanso) con 11 horas diarias, el promedio semanal arroja la cantidad de 102.66 horas, valor que supera las 48 horas semanales, en tal sentido el régimen de jornada acumulativa implementado por la inspeccionada excede el promedio de las 48 horas y además supera las 144 horas límite previstas para el ciclo de tres semanas al arrojar en el presente caso 308 horas en un ciclo de tres semanas... (...).

12.2 (...) Por otro lado se ha verificado que el sujeto inspeccionado no cuenta con los convenios específicos suscritos con sus trabajadores con fechas precisas en las que gozarán del descanso físico a efecto de otorgar el descanso compensatorio por las horas extras trabajadas, evidenciándose de esta forma la vulneración ... a lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 10 del TUO del D. Leg N° 854, de manera que ... está en la obligación de abonar el recargo que corresponde por las horas extra laboradas adicionales a la jornada atípica que implementó el centro de trabajo... "(fs. 01 al 08 anverso y reverso del expediente sancionador). En consecuencia, los hechos materia de infracción se circunscriben al régimen laboral verificado de 28x14 que exceden las 48 horas semanales y 144 en el ciclo de tres semanas, y la falta de acreditación del abono por las horas extra laboradas.³

³ Página 4 de la Resolución de Intendencia N° 069-2021-SUNAFIL/IRE CUS, obrante en el reverso del folio 164 del expediente sancionador.

iv. Así, la resolución impugnada señala que:

"...del desarrollo del procedimiento sancionador, se advierte que el escrito de descargo a la imputación de cargos presentada por el sujeto inspeccionada (ahora apelante de fs. 35 al 38 del expediente sancionador, hace referencia a una nueva jornada de labores, esta vez de 21x21, aspecto que para el presente caso no enerva el hecho verificado por el equipo inspectivo el 2019 en la etapa de investigación, por el cual se verificó que la jornada de 28x14 conforme se hizo mención en el párrafo precedente, verificándose que en dicha oportunidad presenta copia de convenios y contratos para acreditar dicho hecho, situación que NO FUE PRESENTADA cuando se realizaron las acciones de investigación en fecha 25.10.2019 oportunidad que participó el Sr. William Marin Amayo en su condición de Coordinador de operaciones del sujeto inspeccionado sin realizar observación alguna en dicha diligencia de visita inspectiva en el centro de trabajo ni durante el procedimiento sino 01 año después, la misma que fuera calificada por el Instructor, que al emitir su Informe final de instrucción (fs 108 al 111 anverso y reverso del expediente sancionador) nuevamente reitera que la infracción es por la jornada verificada por el equipo inspectivo, señalando en su numeral 2.24 "...28 días de trabajo por 11 horas al día es igual a 308 horas de trabajo divididas entre 3 semanas es igual a 102.66 horas... superando las 144 horas... señaladas por el TC... apreciando también un exceso de 54.66 horas semanales superando el máximo de 48 horas... que en fecha 21.01.2020 no cumplió con la medida de requerimiento luego de otorgado el plazo de 06 días para su cumplimiento..." y también conforme a la motivación señalada en [la resolución] apelada (numeral 3.1 al 3.2.4)"⁴

v. Por ello, se confirma la sanción impuesta en todos sus extremos, al no encontrarse suficiente argumentación fáctica ni jurídica en los descargos de la accionante, toda vez que el procedimiento versa sobre la infracción verificada por la jornada del régimen de 28x14, no correspondiendo ningún pronunciamiento sobre el régimen 21x21.

1.6 Mediante escrito de fecha 13 de abril de 2021, la impugnante presentó ante la Intendencia Regional del Callao el recurso de revisión en contra de la Resolución de Intendencia N° 057-2021-SUNAFIL/IRE-CAL.

1.7 La Intendencia Regional del Calla admitió a trámite el recurso de revisión y elevó los actuados al Tribunal de Fiscalización Laboral, mediante Memorandum-000288-2021-SUNAFIL/IRE-CAL, recibido el 19 de abril de 2021 por el Tribunal de Fiscalización Laboral.

II. DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

2.1 Mediante el artículo 1 de la Ley N° 29981⁵, se crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, **Sunafil**), disponiéndose en el artículo 7

⁴ Página 4 de la Resolución de Intendencia N° 069-2021-SUNAFIL/IRE CUS, obrante en el reverso del folio 164 del expediente sancionador.

⁵ "Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales
Artículo 1. Creación y finalidad



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 004-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

de la misma Ley, que para el cumplimiento de sus fines, la Sunafil contará dentro de su estructura orgánica con un Tribunal de Fiscalización Laboral.

2.2 Asimismo, de conformidad con el artículo 15 de la Ley N° 29981⁶, en concordancia con el artículo 41 de la Ley General de Inspección del Trabajo⁷ (en adelante, **LGIT**), el artículo 15 del Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2013-TR⁸, y el artículo 2 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2017-TR⁹ (en adelante, **el Reglamento del Tribunal**), el Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión, constituyéndose en última instancia administrativa.

III. DEL RECURSO DE REVISIÓN

3.1 El artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley de N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por Decreto Supremo N° 004-

Créase la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), en adelante Sunafil, como organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias."

⁶Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

Artículo 15. Tribunal de Fiscalización Laboral

El Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia.

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión. Expide resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

(...)"

⁷Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo

Artículo 41.- Atribución de competencias sancionadoras

(...)

El Tribunal de Fiscalización Laboral resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que se interponga recurso de revisión. Las causales para su admisión se establecen en el reglamento.

El pronunciamiento en segunda instancia o el expedido por el Tribunal de Fiscalización Laboral, según corresponda, agotan con su pronunciamiento la vía administrativa."

⁸Decreto Supremo N° 007-2013-TR, Reglamento de Organización y Funciones de Sunafil

Artículo 15.- Instancia Administrativa

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión."

⁹Decreto Supremo N° 004-2017-TR. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral

Artículo 2.- Sobre el Tribunal

El Tribunal es un órgano colegiado que resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que proceda la interposición del recurso de revisión, según lo establecido en la Ley y el presente Reglamento. Sus resoluciones ponen fin a la vía administrativa.

El Tribunal tiene independencia técnica en la emisión de sus resoluciones y pronunciamientos, no estando sometido a mandato imperativo alguno.

Los pronunciamientos que así se determinen en Sala Plena del Tribunal constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria para todas las entidades conformantes del Sistema."



Handwritten initials or signature in blue ink, appearing to be 'GA'.

2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG) establece que frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede la contradicción en la vía administrativa mediante recursos impugnativos, identificándose dentro de éstos al recurso de revisión, entre otros. A diferencia de los otros recursos establecidos en dicha Ley, para su interposición, el legislador debe de otorgarle esta facultad al administrado mediante un ley o decreto legislativo específico, siéndole aplicable los términos generales para los recursos impugnativos, esto es, que el término de su interposición y el plazo para su resolución -en días hábiles- es de quince (15) y treinta (30) días respectivamente.

- 3.2 Así, el artículo 49 de la LGIT, modificada por el Decreto Legislativo N° 1499, define al recurso de revisión como un recurso administrativo del procedimiento administrativo sancionador con carácter excepcional, interpuesto ante la autoridad que resolvió en segunda instancia a efectos de que lo eleve al Tribunal de Fiscalización Laboral, estableciéndose en el artículo 55 del RGLIT, modificado por Decreto Supremo N° 016-2017-TR, que los requisitos de admisibilidad y procedencia se desarrollarían en el Reglamento del Tribunal.
- 3.3 En esa línea argumentativa, el Reglamento del Tribunal define al recurso de revisión como el recurso administrativo destinado a contradecir las resoluciones emitidas en segunda instancia por la Intendencia de Lima Metropolitana y las Intendencias Regionales de Sunafil, así como por las Direcciones de Inspección del Trabajo u órganos que cumplan esta función en las Direcciones y/o Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo, señalando de manera expresa que el recurso de revisión sólo procede por las causales taxativamente establecidas como materias impugnables en el artículo 14 de dicha norma, esto es: i) la inaplicación así como la aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral; y, ii) El apartamiento inmotivado de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de Fiscalización Laboral.
- 3.4 Así, el recurso de revisión se interpone contra las resoluciones de segunda instancia emitidas por autoridades del Sistema de Inspección del Trabajo que no son de competencia nacional, que sancionan las infracciones calificadas como muy graves en el RGLIT y sus modificatorias; estableciéndose en el artículo 17 del Reglamento del Tribunal que éste se encuentra facultado para rectificar, integrar, excluir e interpretar la resolución emitida por la segunda instancia administrativa, debiendo motivar la realización de cualquiera de las acciones antes descritas.

IV.DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN POR PARTE DE REFINERÍA LA PAMPILLA S.A.A

- 4.1 De la revisión de los actuados, se ha identificado que REFINERÍA LA PAMPILLA S.A.A presentó el recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 057-2021-SUNAFIL/IRE-CAL, emitida por la Intendencia Regional del Callao, en la cual se confirmó la sanción impuesta de S/. 153,090.00 por la comisión de las infracciones tipificadas como MUY GRAVES, previstas en los artículos 25.6 y 46.7 del RLGIT, dentro del plazo legal de quince (15) días hábiles, computados a partir del 19 de marzo de 2021, fecha en que fue notificada la citada resolución¹⁰.
- 4.2 Así, al haberse identificado que el recurso interpuesto por el solicitante cumple con los requisitos legales previstos en el Reglamento del Tribunal y en las

¹⁰ Iniciándose el plazo el 20 de marzo de 2021.



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 004-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

normas antes citadas, corresponde analizar los argumentos planteados por REFINERÍA LA PAMPILLA S.A.A

V. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REVISIÓN

- 5.1 Mediante escrito de fecha 13 de abril de 2021, la impugnante fundamenta su recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 057-2021-SUNAFIL/IRE-CAL, señalando que, dado que sus trabajadores laboran en turnos rotativos, si bien no siempre gozan de su descanso semanal por un día calendario completo, siempre se cumple con otorgar un descanso de 32 horas continuas, mayor a las 24 horas consecutivas que las normas prescriben.

"En efecto, la Intendencia concluye erróneamente que los trabajadores no habrían gozado completamente su DSO pues retornan a laborar a la empresa en el turno que inicia a las 23:00 horas y culmina a las 7:00 horas del día siguiente; y en la medida que la Intendencia considera que todo ese día calendario correspondía a su DSO, la hora laborada entre las 23:00 y las 00:00 debía ser pagada con una sobretasa del 100% por trabajo en DSO (pues no se otorgó un descanso sustitutorio)."

- 5.2 Adicionalmente, dadas las dimensiones de la planta (1'799,434.1m²), se requiere de un tiempo de traslado desde las diferentes unidades de producción hasta el ingreso, por lo que la marcación se produce varios minutos después de concluidas las labores. Sin embargo, ello no significa que durante dicho lapso los trabajadores sigan prestando labores.

- 5.3 Agrega que la resolución impugnada incurre en los siguientes errores, lo que ocasionaría su nulidad:

- Inaplicación del artículo 18 del Decreto Supremo 008-2002-TR¹¹ y del artículo 7 del Decreto Supremo 004-2006-TR¹².
- Vulneración del artículo 44 literal a) de la LGIT, artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, y de los artículos 3 y 6 del TEO de la LPAG (derecho a una resolución debidamente motivada)

- 5.4. Indica que, dado el carácter accesorio del requerimiento, éste debe seguir la suerte de lo principal y que, al haber quedado demostrado que no habría habido incumplimiento, la sanción por incumplir la medida de requerimiento ordenada por los Inspectores debe ser revocada.

¹¹ Reglamento del TEO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo.

¹² Dictan disposiciones sobre el registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada

5.5 Finalmente, solicita el uso de la palabra en virtud del numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar y el numeral 3 del artículo 177 del TUO de la LPAG, en ejercicio del derecho a la contradicción y a la defensa.

VI. ANÁLISIS DEL RECURSO DE REVISIÓN

Sobre el Descanso Semanal Obligatorio (DSO)

6.1 De conformidad con el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, las autoridades administrativas "...deben actuar con respeto a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas".

6.2 En similar sentido, el artículo V del referido Título, establece como fuentes del procedimiento administrativo, a las siguientes:

- 2.1. Las disposiciones constitucionales.
- 2.2. Los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional.
- 2.3. Las leyes y disposiciones de jerarquía equivalente.
- 2.4. Los Decretos Supremos y demás normas reglamentarias de otros poderes del Estado.
- 2.5. Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos.
- 2.6. Las demás normas subordinadas a los reglamentos anteriores.
- 2.7. La jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas.
- 2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.
- 2.9. Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas.
- 2.10. Los principios generales del derecho administrativo.
- 3. Las fuentes señaladas en los numerales 2.7, 2.8, 2.9 y 2.10 sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren."

6.3 En esta línea argumentativa, el Convenio 014 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), denominado "Convenio sobre el descanso semanal (industria)" de 1921¹³, ratificado por el Perú el 08 de noviembre de 1945, establece que "...todo personal empleado en cualquier empresa industrial, pública o privada, o en sus dependencias, deberá disfrutar, en el curso de cada período de siete días, de un descanso que **comprenda como mínimo veinticuatro horas consecutivas**", debiendo coincidir ese descanso -siempre

¹³ Aplicable, según el artículo 01 del citado convenio, "a las industrias en las cuales se manufacturen, modifiquen, limpien, reparen, adomen, terminen o preparen productos para la venta, o en las cuales las materias sufran una transformación...", tal y como ocurre en las instalaciones de la impugnante, cuya actividad económica es la "Fabricación de productos de la refinación del petróleo" (1920).



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 004-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

que sea posible- con los días consagrados por la tradición o las costumbres del país o la región.

- 6.4 Por su parte, el artículo 25 de la Constitución Política del Perú establece que los trabajadores tienen derecho al descanso semanal y anual remunerado¹⁴, siendo que su disfrute y compensación se regulan por ley o convenio.
- 6.5 En similar sentido, el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 713¹⁵ establece que el trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada tiene derecho como mínimo a **24 horas consecutivas de descanso en cada semana**, el que se otorgará preferentemente en día domingo, señalándose en el artículo 2 del citado dispositivo la facultad del empleador de designar como día de descanso uno distinto al domingo, determinando el día en que los trabajadores disfrutarán del descanso sustitutorio en forma individual o colectiva. En similar sentido, el reglamento del Decreto Legislativo, aprobado por Decreto Supremo N° 012-92-TR, hace expresa mención en los distintos artículos que lo componen, al concepto de **día de descanso**.
- 6.6 En ese sentido, de una lectura concordada de las normas antes citadas, esta Sala considera que el descanso semanal obligatorio se otorgará en día domingo de manera preferente (entendido como el día de descanso por tradición en nuestra sociedad), pudiéndose pactar para su goce cualquier otro día de la semana, siempre que este día asignado sea un día natural en el sentido más lato del término; es decir, un día con una duración no menor a veinticuatro (24) horas consecutivas.
- 6.7 Esta precisión -que puede parecer redundante- es coherente con la premisa que justifica su existencia: el concepto de día de trabajo (y jornada diaria). Por ello, a consideración de esta Sala, si para el cálculo de horas máximas de trabajo se utiliza un marco de veinticuatro (24) horas dentro de las cuales se establecen jornadas diarias, el cual coincide con el concepto de día natural, es proporcionalmente razonable que el mismo término sea utilizado en la definición de día de descanso, equivalente a veinticuatro (24) horas consecutivas contabilizadas desde las 00:00:00 hasta las 23:59:59 del día respectivo.
- 6.8 En ese sentido, el descanso semanal obligatorio, a consideración de esta Sala, debe de coincidir con un día natural. Las horas de descanso de un día laboral (en contraposición al día de descanso) constituyen -precisamente- el descanso diario, no pudiendo ser computadas como parte de las veinticuatro (24) horas consecutivas al que un trabajador tiene derecho.



CA
CA

¹⁴ En concordancia con el inciso 22 del artículo 2 de la Constitución, que dispone que toda persona tiene derecho al disfrute del tiempo libre y al descanso.

¹⁵ Denominado "Consolidan la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada".

6.9 Por ello, esta Sala no comparte los fundamentos de hecho y de derecho citados por la impugnante, reseñados en los puntos 5.1 a 5.5 de la presente resolución, sino que por el contrario, de la revisión de los actuados durante la etapa inspectiva del presente procedimiento, se encuentran elementos probatorios que confirman la posición de esta Sala y por el contrario, demuestran el desconocimiento por parte de la impugnante de ciertas actuaciones previas que ésta tuvo para con su sindicato.

6.10 Así, según se desprende del Acta de Infracción N° 487-2019-SUNAFIL/IRE-CAL, la orden de inspección N° 1258-2019-SUNAFIL/IRE-CAL -que dio inicio a las actuaciones inspectivas- tiene su origen en la hoja de ruta N° 0000064881-2019, a raíz de la denuncia ingresada el 10 de junio de 2019 por parte del Sindicato Único de Trabajadores de Refinería La Pampilla (en adelante el Sindicato), en la cual solicitan inspección con carácter de urgencia, a fin de que se verifique el cumplimiento de las obligaciones sociolaborales sobre jornada y horarios de trabajo (horas extras), así como descansos remunerados (descanso semanal obligatorio).

6.11 Acompañan al escrito una consulta efectuada al Estudio Caballero Bustamante en el año 2003, a raíz de la carta remitida el 15 de septiembre de 2003 por el entonces Gerente de Relaciones Industriales de la impugnante, el señor Miguel Ángel Agurto Arce Patrón, solicitando la absolución de la consulta respecto de si la fórmula de 32 horas legales de descanso que planteaba la impugnante era acorde con lo dispuesto por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 713¹⁶.

6.12 Mediante Carta C-467-2003 del 28 de octubre de 2003¹⁷, el referido estudio respondió la consulta planteada, señalando, en el punto 16, que *"Si bien es cierto, que desde que el trabajador termina su turno y reinicia sus actividades han transcurrido 32 horas, que incluirían las 24 horas de descanso a las que tiene derecho todo trabajador luego de cumplida con su jornada semanal de trabajo, consideramos que esto no se adecúa a lo estipulado en las normas pertinentes"*, señalando en el numeral siguiente que

"17. En efecto, y tal como lo detallamos en el numeral 13., la secuencia debería ser la siguiente:

-El trabajador debe cumplir con la jornada correspondiente al día, y las demás horas de ese día son de libre disponibilidad (día 1).

-Al día siguiente gozará de las 24 horas de descanso, correspondientes a dicho día (día 2).

-Retornar al trabajo al tercer día, en el turno que le corresponde (día 3). Esta sería la forma correcta de gozar del día de descanso semanal."¹⁸

Concluyendo, en la sección III (Conclusiones) de la referida carta, que

"En relación a los descansos remunerados, en el específico caso de los trabajadores respecto del cual se ha realizado la consulta, consideramos que no se han respetado las reglas sobre el descanso semanal

¹⁶ Consolidan la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada

¹⁷ Obrante a folio 57 del tomo I del expediente inspectivo.

¹⁸ Obrante a fojas 60 y 61 del tomo I del expediente inspectivo.



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 004-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

obligatorio. Por lo tanto, legalmente procede el pago de los montos establecidos en el D. Leg. N° 713¹⁹

6.13 Asimismo, obra en el expediente inspectivo el "Acta de Acuerdo Consulta Descanso Día Obligatorio Consulta Caballero Bustamante", de fecha 30 de octubre de 2003²⁰, firmado por los representantes del Sindicato, y el representante -en ese entonces- de la impugnante, el señor Juan Carlos Kam Chong, en donde en el artículo tercero se establece que "Las partes se comprometen a cumplir estrictamente la respuesta brindada por el estudio Caballero Bustamante, la misma que se otorgará una copia a cada parte".

6.14 En similar sentido, en el Reglamento Interno de Trabajo (RIT) de la impugnante, obrante a fojas 112 del tomo I del expediente inspectivo, se observa la siguiente redacción referida al descanso semanal, el cual es equivalente a un día a la semana (artículo 47):

DESCANSO SEMANAL, FERIADOS Y VACACIONES

Artículo 46: Los descansos semanales obligatorios y en días feriados de los trabajadores de la Empresa se sujetan a lo dispuesto por la legislación respectiva.

Artículo 47: Todo trabajador tendrá derecho a descansar como mínimo un día a la semana, luego de cumplida la jornada de trabajo semanal. El día de descanso semanal se gozará preferentemente los domingos. Según la naturaleza de sus operaciones y necesidades, la Empresa podrá disponer un día distinto de descanso semanal.

Artículo 48: Todo trabajo en día de descanso semanal y por feriado para ser reconocido como tal, a favor del personal, con derecho a una remuneración adicional por servicios durante los descansos remunerados, deberá ser aprobado expresamente y justificado por el jefe inmediato.

Artículo 49: Todo trabajador tiene derecho a treinta (30) días calendario de descanso vacacional remunerado después de cada año completo de servicios previo cumplimiento de los requisitos establecidos por ley. Dicho descanso debe ser gozado de acuerdo a las normas que establezca la Empresa.

El rol vacacional se fija en cada área de la Empresa en el mes de diciembre y lo consolida Administración de Personal de acuerdo a las informaciones que los jefes han convenido con los trabajadores y en base a las necesidades operativas de cada área. A falta de acuerdo, decidirá el representante autorizado de la Empresa, en uso de su facultad directiva, la oportunidad en que el trabajador goce efectivamente del descanso vacacional. Se excluyen de este regla los trabajadores que se encuentren en descanso post natal, y los padres adoptantes de acuerdo a ley que tienen licencia por adopción, quienes pueden decidir gozar sus vacaciones luego del término de estos descansos, siempre y cuando hubieran cumplido con los requisitos exigidos para gozar de vacaciones remuneradas.

Los jefes de áreas o sus que hagan sus veces están en la obligación de comunicar y enviar el rol de vacaciones así como el formato debidamente llenado y firmado por el trabajador.

¹⁹ Obrante a fojas 62 del tomo I del expediente inspectivo.

²⁰ Obrante a fojas 56 del tomo I del expediente inspectivo.

6.15 En ese sentido, esta Sala concuerda con lo señalado por la Resolución de Intendencia N° 057-2021-SUNAFIL/IRE-CAL del 19 de marzo de 2021, en el punto 3.9 de sus considerandos:

“...la normativa al hacer precisión en cuanto a la preferencia (día domingo), nos indica que el descanso semanal obligatorio exige un (01) día sin actividad dentro de una semana laborada, lo cual se condice con el artículo 2 del referido decreto legislativo [Decreto Legislativo N° 713] y que igualmente precisa que este descanso semanal obligatorio de preferencia día domingo (...), no como erradamente alega el inspeccionado argumentando que el descanso semanal se debe contabilizar y tomar en cuenta como parte del 19 de agosto y otra parte del 20 de agosto (según el ejemplo expuesto), por tanto esta instancia coincide con el análisis efectuado por el inferior en grado, toda vez que, según el gráfico expuesto dentro de una semana de actividades laborales se evidencia los cambios de turnos instaurados por el empleador esto bajo la facultad que tiene en el de establecer el horario de trabajo, pero en relación al descanso semanal obligatorio no se advierte que dentro de la semana el trabajador haya tenido veinticuatro horas consecutivas de descanso, pues durante las semanas las actividades laborales efectuadas en los primeros cinco días fueron en el turno de la mañana (07:00 a 15:00) y los siguientes dos (02) días de la semana las actividades laborales se efectuaron en el turno de la noche (23:00 a 07:00), por lo que, queda acreditado que los trabajadores inmersos en estos turnos no gozaron del descanso semanal obligatorio, configurándose con ello una infracción muy grave en materia de relaciones laborales, tipificada en el numeral 25.6 del artículo 25° del RLGIT, en transgresión del artículo 25° de la Constitución Política del Perú²¹

6.16 Por tanto, se confirma la infracción tipificada como Muy Grave por la Intendencia Regional de Callao, al no haberse desvirtuado el incumplimiento relacionado con la omisión en el pago por el trabajo realizado en días de descanso semanal obligatorio.

Sobre el trabajo en sobretiempo antes y después de cada turno que constituiría una presunta vulneración del artículo 44 literal a) de la LGIT, artículo IV del Título Preliminar y de los artículos 3 y 6 del TUO de la LPAG

6.17A la impugnante se le imputa la infracción contemplada en el artículo 25.6 del RLGIT²², que sanciona como falta “muy grave” al incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la jornada de trabajo, en general, y el trabajo en sobretiempo, en particular, dado que los trabajadores deben llegar minutos antes al inicio de su turno y se retirarían minutos después de concluido éste a fin de garantizar el relevo oportuno y que los puestos de trabajo no queden desatendidos entre un turno y el siguiente.

²¹ Página 5 de la resolución impugnada, obrante a fojas 270 del expediente sancionador.

²² Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR

Artículo 25.- Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales

Son infracciones muy graves los siguientes incumplimientos

(...)

25.6 El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la jornada de trabajo, refrigerio, trabajo en sobretiempo, trabajo nocturno, descanso vacacional y otros descansos, licencias, permisos y el tiempo de trabajo en general.”



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 004-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

6.18 Se considera trabajo en sobretiempo a aquel que exceda de la jornada ordinaria vigente en el centro de trabajo, aun cuando se trate de una jornada reducida.²³ Si bien el trabajo en sobretiempo debe contar con la autorización del empleador, a falta de ésta, se presume que la labor en sobretiempo se prestó con su anuencia.

6.19 En el presente caso, la impugnante alega que no puede considerarse prestación efectiva de labores al tiempo que toma al trabajador desplazarse desde y hacia la garita de ingreso en la movilidad provista por la empresa ni el tiempo en el que le toma cambiarse de ropa en los vestuarios.

6.20 El artículo 18 del Decreto Supremo N° 008-2002-TR²⁴, respecto de la prestación efectiva de servicios y el concepto de sobretiempo indica:

Artículo 18.- El trabajo en sobretiempo supone la prestación efectiva de servicios en beneficio del empleador. En consecuencia, los tiempos que puedan dedicar los trabajadores fuera de la jornada ordinaria en actividades distintas, no serán consideradas como sobretiempo.

6.21 Por su parte, el Decreto Supremo N° 004-2006-TR, denominado "Disposiciones sobre el registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada", establece en el artículo 7 la siguiente presunción:

"Artículo 7.- Presunciones

*Si el trabajador se encuentra en el centro de trabajo antes de la hora de ingreso y/o permanece después de la hora de salida, se presume que el empleador ha dispuesto la realización de labores en sobretiempo por todo el tiempo de permanencia del trabajador, **salvo prueba en contrario, objetiva y razonable.***

Los empleadores deben adoptar las medidas suficientes que faciliten el retiro inmediato de los trabajadores del centro de trabajo una vez cumplido el horario de trabajo.

Salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del Artículo 9 del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por

²³ "Aprueban Reglamento del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR

Artículo 20.- Se considera trabajo en sobretiempo a aquel que exceda de la jornada ordinaria vigente en el centro de trabajo, aun cuando se trate de una jornada reducida."

²⁴ Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, Decreto Supremo N° 007-2002-TR

Decreto Supremo N° 007-2002-TR, en caso el trabajador, a pesar de su negativa, se le imponga la realización de trabajo en sobretiempo, se configurará una situación de trabajo impuesto sancionado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, conforme a lo dispuesto por dicha norma.” (El resaltado es nuestro)

6.22A diferencia de la legislación comparada²⁵, que contiene alcances sobre cómo considerar los “tiempos muertos” o pausas en las que el trabajador, si bien no presta labores efectivas, permanece dentro del centro de trabajo, en nuestra legislación nacional -a consideración de esta Sala- se cuenta con una presunción legal que requiere de prueba objetiva y razonable para ser desvirtuada²⁶.

6.23 En el presente caso, el Laudo Arbitral 2018-2019 (como parte de la negociación colectiva correspondiente al período 2018-2019), obrante a fojas 303 del tomo II del expediente inspectivo, emitido dentro del arbitraje llevado a cabo entre la impugnante y el Sindicato, y que tuvo como integrantes del Tribunal Arbitral a los doctores Augusto Eguiguren Praeli, Alfredo Villavicencio Ríos y Gastón Remy Llacsá, señaló en el ítem 19.2.8, referido a la sección Décimo Novena (Movilidad) lo siguiente:

“19.2.8 Para garantizar el adecuado relevo del personal de turno, el transporte asignado a este personal llegará a La Refinería 10 minutos antes del inicio de su jornada y partirá de La Refinería 20 minutos después del término de su jornada, pudiendo extenderse en cinco minutos de tolerancia la salida. Para facilitar el traslado del personal que labora en la zona norte de La Refinería, se otorgará un transporte desde la puerta de ingreso hasta dicha zona, tanto al ingreso como a la salida.”

6.24 Si bien la medición de los tiempos previos y posteriores a la conclusión de los turnos es congruente con la evidencia presentada por la impugnante en cuanto a las distancias y tiempos de recorrido desde cada unidad de trabajo hacia la garita de control a fin de demostrar que el personal en tránsito no estaría cumpliendo una labor efectiva, esta Sala considera que la ruptura de la

²⁵ En los Estados Unidos de América, el tiempo empleado para ponerse y quitarse la ropa de protección personal y/o los equipos de higiene y seguridad (PPE), operación conocida en dicho país como «*dorning and doffing*», se considera como tiempo de trabajo. Asimismo, en el año 2012, la Corte Federal del Trabajo de Alemania estableció que el tiempo empleado para ponerse y quitarse la ropa de trabajo se consideraba como tiempo de trabajo. En Francia, el Código del Trabajo prevé que cuando el cambio de la ropa de trabajo sea exigido por la ley o los reglamentos, o bien por los convenios colectivos, los reglamentos internos o el contrato de trabajo y deba efectuarse en el lugar de trabajo, el tiempo dedicado a esta actividad es compensado ya sea financieramente o con días libres. En Brasil, la legislación prevé que el cambio de ropa o uniforme no se considera como tiempo de trabajo a menos que sea obligatorio hacerlo en la compañía. A, a nivel de legislación comparada, se suele considerar que los descansos están incluidos en las horas de trabajo si el trabajador permanece a disposición del empleador, o cuando el período de descanso se toma en las instalaciones de trabajo, por ejemplo, en los establecimientos en los que la producción es continua y en los que el trabajador no puede abandonar el lugar de trabajo debido a la naturaleza del mismo; por ejemplo Bahrein (art. 53, b), de la Ley del Trabajo), Belarús (art. 134, 3), del Código del Trabajo), Costa Rica (art. 137 del Código del Trabajo), República Dominicana (art. 151 del Código del Trabajo), Honduras (art. 270 del Código del Trabajo), Luxemburgo (art. 21.4, 1), del Código del Trabajo), Namibia (art. 18, 1), de la Ley del Trabajo), Noruega (art. 10-9, 1), de la Ley sobre el Medio Ambiente de Trabajo), Rwanda (art. 4, 2), de la orden ministerial núm. 4/19 de 2009) y Sudáfrica (art. 14, 3), de la Ley de Condiciones Básicas de Empleo).

²⁶ Así por ejemplo, la Casación Laboral N° 8314-2016 LIMA emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria e la Corte Suprema de Justicia de la República identificó, en el fundamento Décimo Quinto, que “...a permanencia de la accionante después del horario en su centro de trabajo, no ha sido desvirtuada de manera objetiva ni razonable por la entidad demandada, por lo que resulta de aplicación la presunción que prevé el primer párrafo de la norma denunciada; en consecuencia, debe entenderse que la empleadora ha autorizado la realización de labores en sobretiempo por todo el tiempo de permanencia del trabajador.” En similar sentido, la Resolución N° 412-2021-Sunafil/ILM del 11 de marzo de 2021, emitida por la Intendencia de Lima Metropolitana, en el considerando 4.10 -con referencia al artículo 7 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR- señala que “...para que opere la presunción de trabajo en sobretiempo basta que el trabajador permanezca luego de la hora de salida...”.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 004-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

presunción legal no es completa, pues según el alcance del literal del inciso 12 del artículo 67 Reglamento Interno de Trabajo de la propia impugnante, obrante en fojas 221 del tomo II del expediente inspectivo, los trabajadores de la impugnante deben de permanecer en sus sitios hasta que el relevo respectivo llegue:

"Artículo 67: Se consideran faltas de carácter disciplinario, sujetas a sanción las cuales se aplicarán teniendo en consideración la gravedad de la falta cometida y demás criterios, entre otras, las siguientes (...)

12) En el caso de trabajadores turnistas:

- a) Retirarse de su puesto de trabajo sin esperar el relevo o sin contar con la autorización de su inmediato superior.*
- b) No entregar la guardia en forma clara y completa en su lugar de trabajo."*

Esto significa que el turno de trabajadores a ser relevado va a estar realizando labores efectivas o, al menos, estando a disposición de la parte empleadora, hasta que llegue su relevo, independientemente de la clara contradicción que esta conducta tiene con la normativa de la materia²⁷

6.25 Por ello, esta Sala concuerda con la primera parte del fundamento 3.15 de la resolución impugnada, la cual señala lo siguiente:

"3.15 De este modo no es aceptable que el sujeto inspeccionado pretenda que, los trabajadores afectados ingresen al centro de trabajo minutos previos al horario regular a fin de que esperen el relevo, sin que interfiera con la jornada de trabajo, y de igual manera para la hora de salida, obligando de esta forma a que los trabajadores afectados se queden tiempo después de su hora de salida para que puedan esperar el relevo..."

6.26 En esencia, el carácter extraordinario del llamado "sobre tiempo" es parte del componente imperativo del tiempo de trabajo. Así, sobre este elemento, ni la parte empleadora, ni la parte trabajadora (individual o colectivamente) tienen autorizado pactar en forma distinta.

²⁷ *"Aprueban Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo, Decreto Supremo N° 007-2002-TR*

Artículo 9 - El trabajo en sobre tiempo es voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación.

Nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva.

(...)"



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 004-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

presunción legal no es completa, pues según el alcance del literal del inciso 12 del artículo 67 Reglamento Interno de Trabajo de la propia impugnante, obrante en fojas 221 del tomo II del expediente inspectivo, los trabajadores de la impugnante deben de permanecer en sus sitios hasta que el relevo respectivo llegue:

"Artículo 67: Se consideran faltas de carácter disciplinario, sujetas a sanción las cuales se aplicarán teniendo en consideración la gravedad de la falta cometida y demás criterios, entre otras, las siguientes (...)

12) En el caso de trabajadores turnistas:

- a) Retirarse de su puesto de trabajo sin esperar el relevo o sin contar con la autorización de su inmediato superior.*
- b) No entregar la guardia en forma clara y completa en su lugar de trabajo."*

Esto significa que el turno de trabajadores a ser relevado va a estar realizando labores efectivas o, al menos, estando a disposición de la parte empleadora, hasta que llegue su relevo, independientemente de la clara contradicción que esta conducta tiene con la normativa de la materia²⁷

6.25 Por ello, esta Sala concuerda con la primera parte del fundamento 3.15 de la resolución impugnada, la cual señala lo siguiente:

"3.15 De este modo no es aceptable que el sujeto inspeccionado pretenda que, los trabajadores afectados ingresen al centro de trabajo minutos previos al horario regular a fin de que esperen el relevo, sin que interfiera con la jornada de trabajo, y de igual manera para la hora de salida, obligando de esta forma a que los trabajadores afectados se queden tiempo después de su hora de salida para que puedan esperar el relevo..."

6.26 En esencia, el carácter extraordinario del llamado "sobre tiempo" es parte del componente imperativo del tiempo de trabajo. Así, sobre este elemento, ni la parte empleadora, ni la parte trabajadora (individual o colectivamente) tienen autorizado pactar en forma distinta.

²⁷ *"Aprueban Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo, Decreto Supremo N° 007-2002-TR*

Artículo 9 - El trabajo en sobre tiempo es voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación.

Nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva.

(...)"



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 004-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten³⁰. *(el énfasis es nuestro)*

6.33 Al respecto, el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia recaída en el expediente N° 01147-2012-PA/TC, en sus fundamentos décimo sexto y décimo octavo señala que:

"Décimo Sexto.- De igual manera este Tribunal en constante jurisprudencia ha precisado que el derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando a los titulares de los derechos e intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa; pero no cualquier imposibilidad de ejercer estos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Este hecho se produce cuando al justiciable se le impide, de modo injustificado argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos (Exp. N.º 0582-2006-PA/TC; Exp. N.º 5175-2007-HC/TC, entre otros)."

(...)

"Décimo Octavo.- Sobre el particular es importante precisar que el recurrente cuestiona el hecho de que se le haya privado o impedido ejercer su derecho de defensa por medio del informe oral; sin embargo, ello no constituye una vulneración de este derecho constitucional toda vez que no significó un impedimento para el ejercicio del derecho de defensa del recurrente, ya que este Colegiado en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado a este respecto manifestando que en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorios del derecho de defensa la imposibilidad del informe oral; dado que el accionante ha podido presentar sus alegatos por escrito a fin de sustentar su impugnación. En consecuencia, no se ha producido vulneración alguna del derecho constitucional de defensa del recurrente."

6.34 En similar sentido, el Tribunal Constitucional en la resolución recaída en el Expediente N° 00789-2018-PHC/TC, en el literal d) del fundamento 9 señala que:

³⁰ Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS "Artículo IV.-Principios del procedimiento administrativo 1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...) 1.2. Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

"...no resulta vulneratorio del derecho de defensa, la imposibilidad de realizar el informe oral, siempre que el interesado haya tenido la oportunidad de ejercer el derecho de defensa por escrito a través de un informe..."

6.35 Ahora bien, los informes orales se sujetan a las particularidades de cada expediente, esto es, "cuando corresponda", sin que ello implique una denegatoria arbitraria, sino que se analice cuáles son los posibles efectos de la aplicación de la oralidad en el mismo, esto es si pueden agilizar el procedimiento o facilitar el entendimiento del caso debido a su complejidad, entre otras razones.

6.36 Así tenemos que, el Tribunal puede prescindir del informe oral, sin que ello constituya vulneración de derechos de los administrados, debido a que éstos han podido presentar sus argumentos por escrito, así como todo documento u otro instrumento de prueba, que les haya permitido fundamentar sus actos y/o pronunciamientos.

6.37 En ese entendido, este colegiado considera que cuenta con elementos de juicio suficientes para poder resolver el presente recurso, por lo que no considera pertinente llevar a cabo el informe oral solicitado por la impugnante

POR TANTO

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 29981 – Ley que crea la Sunafil, el artículo 41 de la Ley N° 28806 – Ley General de Inspección del Trabajo, los artículos 15 y 17 del Decreto Supremo N° 007-2013-TR – Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil y sus modificatorias, y los artículos 2, 3 y 17 del Decreto Supremo N° 004-2017-TR – Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral,

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADO el recurso de revisión interpuesto por REFINERÍA LA PAMPILLA S.A.A, en contra de la Resolución de Intendencia N° 057-2021-SUNAFIL/IRE CAL, de fecha 19 de marzo de 2021, emitida por la Intendencia Regional del Callao dentro del procedimiento administrativo sancionador recaído en el expediente N° 022-2020-SUNAFIL/IRE-CAL.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la Resolución de Intendencia N° 057-2021-SUNAFIL/IRE CAL en todos sus extremos, por las razones expuestas en los fundamentos de la presente resolución.

TERCERO.- Declarar agotada la vía administrativa debido a que el Tribunal de Fiscalización Laboral constituye última instancia administrativa.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a REFINERÍA LA PAMPILLA S.A.A y a la Intendencia Regional de Callao, para sus efectos y fines pertinentes.

QUINTO.- Devolver los actuados a la Intendencia Regional de Callao.

SEXTO.- Disponer la publicación de la presente resolución en el portal institucional de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – Sunafil (www.sunafil.gob.pe).

A circular stamp is located to the left of the signature. Below the stamp, there are handwritten initials in blue ink, which appear to be 'CA' and 'CH'.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala
Resolución N° 004-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

Regístrese y comuníquese


Luis Erwin Mendoza Legoas
Presidente de la Primera Sala
Tribunal de Fiscalización Laboral

Desirée Bianca Orsini Wisotzki
Vocal de la Primera Sala
Tribunal de Fiscalización Laboral

Imposibilitada temporalmente de
firmar por tema de salud

Estampa huella digital

Luz Imelda Pacheco Zera
Vocal de la Primera Sala
Tribunal de Fiscalización Laboral





Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 005-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

EXPEDIENTE SANCIONADOR : 002-2020-GORE-HUANUCO
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO - HUÁNUCO
IMPUGNANTE : EMPRESA VIDA NATURAL M&C E.I.R.L
ACTO IMPUGNADO : RESOLUCIÓN DIRECTORAL REGIONAL N° 007-2021-GRH-GRDS-DRTPE
MATERIA : - SEGURIDAD SOCIAL
- LABOR INSPECTIVA

Sumilla: Se declara INFUNDADO el recurso de revisión interpuesto por EMPRESA VIDA NATURAL M&C E.I.R.L en contra de la Resolución Directoral Regional N° 007-2021-GRH-GRDS-DRTPE, de fecha 05 de abril de 2021.

Lima, 24 de mayo de 2021

VISTO: El recurso de revisión interpuesto por EMPRESA VIDA NATURAL M&C E.I.R.L (en adelante la **impugnante**) contra la Resolución Directoral Regional N° 007-2021-GRH-GRDS-DRTPE, de fecha 05 de abril de 2021 (en adelante la **resolución impugnada**) expedida en el marco del procedimiento sancionador, y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante Orden de Inspección N° 0441-2019-DRTPEHU, se dio inicio a las actuaciones inspectivas de investigación respecto de la impugnante, con el objeto de verificar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral¹, las cuales culminaron con la emisión del Acta de Infracción N° 001-2020-DRTPHU (en adelante, el **Acta de Infracción**), mediante la cual se propuso sanción económica a la impugnante por la comisión de dos (2) infracciones, una infracción a la seguridad social (calificada como muy grave) y una infracción a la labor inspectiva (también calificada como muy grave).
- 1.2 De conformidad con el numeral 53.2 del artículo 53° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo – Decreto Supremo N° 019-2006-TR (en adelante, el **RLGIT**), la autoridad instructora emitió el Informe Final de Instrucción N° 004-2020-OI-DIT-DRTPE/HCO, a través del cual llega a la

¹ Se verificó el cumplimiento sobre las siguientes materias: Registro de trabajadores y otros en planilla, entrega de boletas de pago a los trabajadores y sus formalidades, Inscripción de trabajadores en el régimen de la Seguridad Social en Salud, Inscripción de trabajadores en el régimen de la Seguridad Social en Pensiones.



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 005-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

conclusión que se ha determinado la existencia de las conductas infractoras imputadas a la impugnante, recomendando continuar con el procedimiento administrativo sancionador en su fase sancionadora y procediendo a remitir el Informe Final y los actuados a la Autoridad Sancionadora, la cual mediante Resolución Directoral N° 047-2020-GRH-GRDS-DRTPE/DIT/JPVH de fecha 23 de setiembre de 2020, multó a la impugnante por la suma de S/ 1,978.00 por haber incurrido, en:

- Una infracción MUY GRAVE en materia de seguridad social, por no acreditar la inscripción en seguridad social pensión de la trabajadora Cindy Laura Sánchez Vela, tipificada en el numeral 44-B1 del artículo 44-B del RLGIT.
- Una infracción MUY GRAVE a la labor inspectiva, por no cumplir con la medida inspectiva de requerimiento de fecha 24 de enero de 2020, para que el 30 de enero de 2020 exhiba y entregue la constancia de alta T-Registro de la trabajadora Cindy Laura Sánchez Vela, donde conste su inscripción a un régimen social de pensiones, de fecha 30 de enero de 2020, tipificada en el numeral 46.7 del artículo 46 del RLGIT.

1.3 Mediante escrito de fecha 25 de febrero de 2021, la impugnante interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 047-2020-GRH-GRDS-DRTPE/DIT/JPVH, argumentando lo siguiente:

- i. El artículo 65° del D.S N° 013-2013-PRODUCE, establece que el sistema pensionario para las microempresas, es optativo (no obligatorio), por lo que el trabajador puede optar, por una AFP (Sistema Privado de Pensiones), ONP (Sistema Nacional de Pensiones) o SPS (Sistema de Pensiones Sociales) o no elegir ninguno.
- ii. La Resolución de Superintendencia N° 261-2019-SUNAFIL lo que hace es publicar el proyecto del protocolo de fiscalización en materia de Seguridad Social, no habiendo sido aprobado hasta la fecha, por lo que no resulta aplicable.
- iii. Errónea interpretación del D.S. 013-2013-PRODUCE.
- iv. El procedimiento sancionador se ha seguido ilegalmente sin tomar en cuenta los descargos presentados: a la imputación de cargos, al informe final de instrucción N° 004-2020-OI-DIT-DRTPE/HCO.



CA



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 005-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

- 1.4** Mediante Resolución Directoral Regional N° 007-2021-GRH-GRDS/DRTPE, de fecha 05 de abril de 2021², la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Huánuco declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por la impugnante, confirmando la Resolución Directoral N° 047-2020-GRH-GRDS-DRTPE/DIT/JPVH en todos sus extremos, por considerar que:
- i. La Seguridad Social en Pensiones tiene condición de derecho con reconocimiento constitucional y legislativo, el cual tiene característica de universalidad, consistente en que todo trabajador debe tener accesos al mismo, conforme a lo prescrito en el artículo 65° del Decreto Supremo N° 013-2013-TR.
 - ii. En el marco del artículo 65° del Decreto Supremo N° 013-2013-TR y artículo 41° del Decreto Supremo N° 008-2008-TR, existe la obligación de que un trabajador o conductor de una microempresa o pequeña empresa se encuentren inscrito en un Sistema de Seguridad Social en Pensiones.
 - iii. No se ha incurrido en ninguna causal de nulidad contemplada en el artículo 10° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, ley N° 27444.
 - iv. Se ha cumplido con todos los requisitos de la normativa reguladora del procedimiento sancionador, tal como lo establece el artículo 16° de la Ley N° 28806 – Ley General de Inspección del Trabajo.
 - v. No se ha vulnerado el principio de Debido Procedimiento, de acuerdo a lo previsto en el artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444.
- 1.5** Mediante escrito de fecha 16 de abril de 2021, la impugnante presentó ante la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Huánuco el recurso de revisión en contra de la Resolución Directoral Regional N° 007-2021-GRH-GRDS/DRTPE.
- 1.6** La Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Huánuco admitió a trámite el recurso de revisión y elevó los actuados al Tribunal de Fiscalización Laboral, mediante Oficio N° 0360-2021-GRH-GRDS/DRTPE, ingresando el 23 de abril de 2021 a evaluación por parte del Tribunal.

² Notificada a la inspeccionada el 09 de abril de 2021.



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 005-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

II. DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

- 2.1 Mediante el artículo 1 de la Ley N° 29981³, se crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, Sunafil), disponiéndose en el artículo 7 de la misma Ley que, para el cumplimiento de sus fines, la Sunafil contará dentro de su estructura orgánica con un Tribunal de Fiscalización Laboral.
- 2.2 Asimismo, de conformidad con el artículo 15 de la Ley N° 29981⁴, en concordancia con el artículo 41 de la Ley General de Inspección del Trabajo⁵ (en adelante, LGIT), el artículo 15 del Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2013-TR⁶, y el artículo 2 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2017-TR⁷ (en adelante, el Reglamento del Tribunal), el Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio

³ "Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

Artículo 1. Creación y finalidad

Créase la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), en adelante Sunafil, como organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias."

⁴ "Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

Artículo 15. Tribunal de Fiscalización Laboral

El Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia.

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión. Expide resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

(...)"

⁵ "Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo

Artículo 41.- Atribución de competencias sancionadoras

(...)

El Tribunal de Fiscalización Laboral resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que se interponga recurso de revisión. Las causales para su admisión se establecen en el reglamento.

El pronunciamiento en segunda instancia o el expedido por el Tribunal de Fiscalización Laboral, según corresponda, agotan con su pronunciamiento la vía administrativa."

⁶ "Decreto Supremo N° 007-2013-TR, Reglamento de Organización y Funciones de Sunafil

Artículo 15.- Instancia Administrativa

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión."

⁷ "Decreto Supremo N° 004-2017-TR. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral

Artículo 2.- Sobre el Tribunal

El Tribunal es un órgano colegiado que resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que proceda la interposición del recurso de revisión, según lo establecido en la Ley y el presente Reglamento. Sus resoluciones ponen fin a la vía administrativa.

El Tribunal tiene independencia técnica en la emisión de sus resoluciones y pronunciamientos, no estando sometido a mandato imperativo alguno.

Los pronunciamientos que así se determinen en Sala Plena del Tribunal constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria para todas las entidades conformantes del Sistema."



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 005-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

nacional, los casos que sean sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión, constituyéndose en última instancia administrativa.

III. DEL RECURSO DE REVISIÓN

- 3.1** El artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley de N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG) establece que frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede la contradicción en la vía administrativa mediante recursos impugnativos, identificándose dentro de éstos al recurso de revisión, entre otros. A diferencia de los otros recursos establecidos en dicha Ley, para su interposición, el legislador debe de otorgarle esta facultad al administrado mediante un ley o decreto legislativo específico, siéndole aplicable los términos generales para los recursos impugnativos, esto es, que el término de su interposición y el plazo para su resolución -en días hábiles- es de quince (15) y treinta (30) días respectivamente.
- 3.2** Así, el artículo 49 de la LGIT, modificada por el Decreto Legislativo N° 1499, define al recurso de revisión como un recurso administrativo del procedimiento administrativo sancionador con carácter excepcional, interpuesto ante la autoridad que resolvió en segunda instancia a efectos de que lo eleve al Tribunal de Fiscalización Laboral, estableciéndose en el artículo 55 del RGLIT, modificado por Decreto Supremo N° 016-2017-TR, que los requisitos de admisibilidad y procedencia se desarrollarían en el Reglamento del Tribunal.
- 3.3** En esa línea argumentativa, el Reglamento del Tribunal define al recurso de revisión como el recurso administrativo destinado a contradecir las resoluciones emitidas en segunda instancia por la Intendencia de Lima Metropolitana y las Intendencias Regionales de Sunafil, así como por las Direcciones de Inspección del Trabajo u órganos que cumplan esta función en las Direcciones y/o Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo, señalando de manera expresa que el recurso de revisión sólo procede por las causales taxativamente establecidas como materias impugnables en el artículo 14 de dicha norma, esto es: i) la inaplicación así como la aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral; y, ii) El apartamiento inmotivado de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de Fiscalización Laboral.
- 3.4** Así, el recurso de revisión se interpone contra las resoluciones de segunda instancia emitidas por autoridades del Sistema de Inspección del Trabajo que no son de competencia nacional, que sancionan las infracciones calificadas como



[Firma manuscrita]



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 005-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

muy graves en el RLGIT y sus modificatorias; estableciéndose en el artículo 17 del Reglamento del Tribunal que éste se encuentra facultado para rectificar, integrar, excluir e interpretar la resolución emitida por la segunda instancia administrativa, debiendo motivar la realización de cualquiera de las acciones antes descritas.

IV. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN POR VIDA NATURAL M&C EIRL

- 4.1 De la revisión de los actuados, se ha identificado que VIDA NATURAL M&C EIRL presentó el recurso de revisión contra la Resolución Directoral Regional N° 007-2021-GRH-GRDS/DRTPE, emitida por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Huánuco, en la cual se confirmó la sanción impuesta de S/ 1,978.00 por la comisión de dos infracciones tipificadas como MUY GRAVES, previstas en los artículos 44B y 46 del RLGIT, dentro del plazo legal de quince (15) días hábiles, computados a partir del 09 de abril de 2021⁸, fecha en que fue notificada la citada resolución.
- 4.2 Así, al haberse identificado que el recurso interpuesto por el solicitante cumple con los requisitos legales previstos en el Reglamento del Tribunal y en las normas antes citadas, corresponde analizar los argumentos planteados por VIDA NATURAL M&C EIRL.

V. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REVISIÓN

- 5.1 Mediante escrito de fecha 16 de abril de 2021, la impugnante fundamenta su recurso de revisión contra la Resolución Directoral Regional N° 007-2021-GRH-GRDS/DRTPE, a través del cual solicita su nulidad, en base a los siguientes argumentos:

- Violación del derecho a la motivación de las resoluciones

En la resolución no se encuentra una decisión sobre todas las pretensiones y fundamentos propuestos en el recurso de apelación, referente a los numerales 6, 7, 8, 9 y 10.

Asimismo, existe contradicción entre el sustento de la infracción contenido en el acta y la resolución impugnada. en el acta de infracción se califica la infracción por incumplimiento a la medida Inspectiva de requerimiento de fecha 24.01.2020, para que el 30.01.2020 exhiba y entregue la

⁸ Sin contar a este día dentro del plazo, computándose los quince (15) días hábiles desde el 12 de abril de 2021.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 005-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

documentación solicitada; sin embargo, en el considerando de la resolución impugnada, se sustenta que la infracción se debe por no asistir a la medida inspectiva de requerimiento el día 30.01.2020.

- **Las infracciones determinadas no se encuentran arregladas a derecho**

La impugnante señala que el artículo 65° del D.S N° 013-2013-PRODUCE, establece que el sistema pensionario para las microempresas, es optativo (no obligatorio), por lo que el trabajador puede optar, por una AFP (Sistema Privado de Pensiones), ONP (Sistema Nacional de Pensiones) o SPS (Sistema de Pensiones Sociales) o no elegir ninguno.

VI. ANÁLISIS DEL RECURSO DE REVISIÓN

Sobre la naturaleza y finalidad del recurso de revisión

6.1 De conformidad con el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, las autoridades administrativas "...deben actuar con respeto a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas".

6.2 Así, respecto de la naturaleza del recurso de revisión, el artículo 218 del TUO de la LPAG⁹ establece que su interposición se faculta por Ley o decreto legislativo, en cuyo contenido debe establecerse de manera expresa tal facultad, encontrándose en la ley especial de la materia, la LGIT, el artículo 49 con la siguiente redacción:

"Artículo 49.- Recursos administrativos

Los recursos administrativos del procedimiento administrativo sancionador son aquellos previstos en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

El Recurso de revisión es de carácter excepcional y se interpone ante la autoridad que resolvió en segunda instancia a efectos que lo eleve al Tribunal de Fiscalización Laboral.

El Reglamento determina las demás condiciones para el ejercicio de los recursos administrativos."

⁹ "Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

Artículo 218. Recursos administrativos

218.1 Los recursos administrativos son:

a) Recurso de reconsideración

b) Recurso de apelación

Solo en caso que por ley o decreto legislativo se establezca expresamente, cabe la interposición del recurso administrativo de revisión.

218.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días."



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 005-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

6.3 En esa línea argumentativa, el artículo 55 del RLGIT establece que el recurso de revisión es un **recurso de carácter excepcional**, interpuesto ante la autoridad que resolvió en segunda instancia, siendo desarrolladas su procedencia y requisitos de admisibilidad en el Reglamento del Tribunal, tal y como se señaló en los puntos 3.1 al 3.4 de la presente resolución.

6.4 Respecto de la finalidad del recurso de revisión, el artículo 14 del reglamento del Tribunal establece que éste tiene por finalidad:

"...la adecuada aplicación del ordenamiento jurídico sociolaboral al caso concreto y la uniformidad de los pronunciamientos del Sistema. Se sustenta en la inaplicación, así como en la aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral, o en el apartamiento inmotivado de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal.

El recurso de revisión se interpone contra las resoluciones de segunda instancia emitidas por autoridades del Sistema que no son de competencia nacional, que sancionan las infracciones muy graves previstas en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, y sus normas modificatorias."

6.5 En ese sentido, el análisis de los argumentos de la impugnante se realizará bajo la competencia del Tribunal, vinculada con las infracciones muy graves, e identificando si sobre éstas se ha producido alguno de los supuestos previstos en el artículo 14 del reglamento citado en el numeral precedente.

Sobre la presunta violación del derecho a la motivación en las resoluciones

6.6 Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Peruano¹⁰, ha establecido que:

"El derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican.

La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional.

Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa."

6.7 Asimismo, el mismo tribunal ha establecido en su sentencia recaída en el expediente N° 00091-2005-PA/TC:

¹⁰ Expediente N° 04123-2011-PA/TC-LIMA



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 005-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

*"(...) este Tribunal debe enfatizar que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley N° 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo."*¹¹

- 6.8** Por tanto, la motivación constituye una garantía constitucional del administrado que busca evitar la arbitrariedad de la Administración al emitir actos administrativos. En ese sentido la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en el artículo IV del Título preliminar establece que el debido procedimiento es uno de los principios del procedimiento administrativo. En atención a este, se reconoce que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.
- 6.9** La Ley 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General, establece que, para su validez el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. No siendo admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.
- 6.10** En consideración a lo señalado, la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, presupuesto que se evidencia de la Resolución Directoral Regional N° 007-2021-GRH-GRDS-DRTPE, pues dicha autoridad se ha pronunciado de manera fundamentada sobre el contenido principal y relevante del caso, referente al contenido del artículo 65° Decreto Supremo N° 013-2013-TR.
- 6.11** Asimismo, la inspeccionada señala, que en la resolución impugnada no se han pronunciado sobre el Proyecto del Protocolo de Fiscalización en Materia de Seguridad Social (Resolución de Superintendencia N° 261-2019-SUNAFIL, lo cual afectaría el derecho de motivación.

¹¹ Expediente N° 00091-2005-PA/TC



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 005-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

6.12 Sobre el particular, la referencia al proyecto de protocolo y no al instrumento aprobado no afecta al hecho de que el derecho a la seguridad social en pensiones, no puede verse matizada por la contingente situación de que la SUNAFIL no haya aprobado aún su lineamiento específico para investigar este tipo de casusas. En particular, conviene establecer que, al aparecer la referencia a las obligaciones previsionales de las microempresas respecto de sus trabajadores en el proyecto publicado, debe ser tenida como un síntoma claro de la vigencia de tales preceptos objeto de control en el presente caso.¹²

6.13 Sobre la supuesta contradicción entre contenida en el acta de infracción N° 01-2020-DRTPHU y la Resolución impugnada, referente al sustento de la infracción por no cumplimiento con la medida de requerimiento, es oportuno señalar que, ambos documentos establecen el sustento y fundamentación jurídica para la infracción muy grave atribuida a la inspeccionada, la misma que se encuentra prevista en el artículo 36 de la Ley N° 28806 – Ley General de Inspección del Trabajo concordante con el numeral 46.7 del artículo 46 del reglamento - D.S. N° 019-2006-TR.

6.14 Por tanto, se aprecia que tanto la resolución impugnada como la Resolución Directoral N° 047-2020-GRH-GRDS-DRTPE/DIT/JPVH han observado el deber de motivación al referirse a los aspectos fundamentales de la argumentación del administrado, por lo que cabe desestimar la pretensión impugnatoria que procura la anulación de los actuados por un supuesto quebrantamiento del derecho de defensa.

6.15 Por las consideraciones antedichas, no cabe acoger este extremo del recurso de revisión.

Sobre la interpretación del artículo 65° del D.S. N° 013-2013-PRODUCE

6.16 Sobre el particular, la fórmula normativa empleada en el D.S. N° 013-2013-PRODUCE en su artículo 65°¹³ establece que: "los trabajadores y conductores

¹² De otro lado, conviene referir que el Sistema de Inspección del Trabajo sí cuenta con un lineamiento aprobado sobre el particular, el mismo que consta en la Resolución de Superintendencia N° 149-2021-SUNAFIL, que establece: "La inspección de trabajo verifica y exige el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Laudo Arbitral aun cuando este haya sido impugnado en sede judicial, conforme a lo establecido en el artículo 66 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR; salvo mandato expreso en contrario de la autoridad jurisdiccional". (...)

¹³ D.S. N° 013-2013-PRODUCE, Artículo 65.- Régimen de Pensiones
Los trabajadores y conductores de la Microempresa comprendidos en la presente Ley podrán afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales contemplados en el Decreto Ley N° 19990, Ley que crea el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, y en el Decreto Supremo N° 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 005-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

de la microempresa contemplados en la presente ley podrán afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales". Respecto de esta fórmula, debemos concordar con la interpretación expuesta por la instancia de apelación.

6.17 Si bien es cierto, la fórmula disyuntiva que esta y otras regulaciones en materia previsional han empleado, ciertamente, puede motivar confusiones si, desde una lectura basada en la legislación infraconstitucional, se interpreta la literalidad de la norma. Máxime, si, en el propio artículo 65° comentado se observa que el legislador ha utilizado una fórmula distinta para referirse a la afiliación de los trabajadores de la pequeña empresa. Sin embargo, es menester invocar a los operadores a interpretar las normas del sistema jurídico conforme a los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales, que tienen plena eficacia en las relaciones laborales.

6.18 Así, es preciso recordar que el derecho a la seguridad social, como derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida (artículo 10°¹⁴ de la Constitución) y, en particular, el derecho al libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones (artículo 11°¹⁵ de la Constitución) forman parte del elenco de derechos constitucionales respecto de los cuales ninguna relación laboral puede, válidamente, limitar su ejercicio, conforme lo establece el propio artículo 23° de la Constitución.

6.19 La interpretación de los mencionados artículos debe efectuarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre la misma materia ratificados por el Perú según el mandato de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución. En tal sentido y respecto de los tratados internacionales de derechos humanos en materia de seguridad social, se debe considerar lo siguiente:

El artículo 25° de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Los trabajadores y conductores de la Microempresa comprendidos en la presente Ley, que no se encuentren afiliados o sean beneficiarios de algún régimen previsional podrán optar por el Sistema de Pensiones Sociales contemplado en el Título VIII sobre Aseguramiento en Salud y Sistema de Pensiones Sociales de la presente ley. Ello se aplica, asimismo, para los conductores de la Microempresa.

Los trabajadores de la Pequeña Empresa deberán obligatoriamente afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales contemplados en el Decreto Ley N° 19990, Ley que crea el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, y en el Decreto Supremo N° 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones.

¹⁴ El artículo 10° de la Constitución Política del Perú: "El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida".

¹⁵ El artículo 11° de la Constitución Política del Perú establece: "El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa, asimismo, su eficaz funcionamiento"



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 005-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

El artículo 71° del Convenio 102 de la OIT exige que el costo de las prestaciones de asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes de trabajo, enfermedad profesional, prestaciones familiares, maternidad, invalidez, sobrevivientes y los gastos de administración de estas prestaciones deben ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos.

El artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales dispone que los Estados parte del Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. El artículo 9.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) establece que toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que le imposibiliten física o mentalmente obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

6.20 Asimismo, el Tribunal Constitucional Peruano en los fundamentos 8 y 9 de la sentencia recaída en el expediente N° 1473-2009-PA/TC, recordó que, basándose en el artículo 10 de la Constitución, que reconoce el régimen de seguridad social, el artículo 11 reconoce el derecho al acceso con libertad a las prestaciones pensionarias, en los siguientes términos: "El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento (...)".

6.21 De mismo modo, en el fundamento 7 del expediente N° 00016-2020-PI/TC el Tribunal Constitucional, señala:

"El SNP fue creado en 1973 a través del Decreto Ley 19990 y pasó a ser administrado por la ONP en 1994, cuando se creó el Sistema Privado de Pensiones (en adelante, SPP), a cargo de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. El trabajador puede elegir afiliarse a uno u otro sistema; a nadie se le obliga a estar en uno u otro. Lo único obligatorio, sí, es pertenecer a uno de estos dos sistemas previsionales."

6.22 Por tanto, constituye una obligación de los empleadores, que, desde el ingreso de un trabajador a laborar a un centro de trabajo, sea incorporado al Sistema de Seguridad Social de Pensiones de su elección, ya sea al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) o en el Sistema Privado de Pensiones (SPP)¹⁶. Dicha obligación comprende a todos los empleadores, incluyendo entre ellos a las microempresas.

¹⁶ Resolución SBS N° 6202-2013 de fecha 16 de octubre de 2013.

"Artículo 2°.- Incorporación al SPP. Cuando un trabajador ingrese a laborar a un centro de trabajo, el empleador deberá obligatoriamente requerirle que, a partir de su registro en la Planilla Electrónica (PE), le informe por escrito el sistema previsional al que se encuentra incorporado, con indicación de la AFP a la que está afiliado, de ser el caso. En caso el trabajador no pertenezca a ningún sistema pensionario, el empleador deberá entregar el Boletín Informativo a que hace referencia el artículo 16° de la Ley N° 28991, y deberá requerirle le informe el régimen pensionario al que desea ser incorporado mediante la suscripción del "Formato de Elección del Sistema Pensionario", aprobado mediante R.M. N° 112-2013-IR. El trabajador tendrá un plazo de diez (10) días calendario contados a partir de la recepción del Boletín Informativo, para entregar el referido formato de elección, teniendo diez (10) días adicionales para ratificar o cambiar su decisión. El plazo máximo de elección es la fecha en que percibe su remuneración asegurable (...)"



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 005-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

6.23 Cabe precisar, que la inspeccionada hace referencia a que para el caso de las microempresas los trabajadores pueden elegir por algún régimen pensionario o ninguno, señalando para dicho efecto el contenido de la Declaración Jurada del Trabajador para PDT-SUNAT, que indica tener en consideración que, en el régimen pensionario de la microempresa es posible optar por "ningún sistema". Sin embargo, debemos entender que dicha referencia alude a la opción que aparece en el T-Registro, al efectuar el alta correspondiente para el trabajador que se afiliará a un sistema previsional por vez primera, por lo que supone la declaración provisional en tanto que el interesado evalúe la información que consta en el boletín informativo al que se refiere el artículo 15 de la Ley N° 28991 – Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínima y Complementaria, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada.

6.24 Por las consideraciones antedichas, no cabe acoger este extremo del recurso de revisión.

6.25 Luego, resulta necesario establecer un llamado a que la SUNAFIL y las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo, conforme con sus respectivas competencias, coordinen la entrega de información idónea a los empleadores y trabajadores sobre el régimen previsional en la microempresa, máxime, si existen muchos artículos de opinión y documentos publicados en la web que contienen información referida a la etapa previa a las reformas del sistema de pensiones sociales para la microempresa (art. 65 y siguientes del D.S. N° 013-2013-PRODUCE).¹⁷

POR TANTO

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 29981 – Ley que crea la SUNAFIL, el artículo 41 de la Ley N° 28806 – Ley General de Inspección del Trabajo, los artículos 15 y 17 del Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2013-TR y sus modificatorias, y los artículos 2, 3 y 17 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2017-TR;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADO el recurso de revisión interpuesto por VIDA NATURAL M & C EIRL en contra de la Resolución Directoral Regional N° 007-2021-GRH-GRDS-DRTPE, de fecha 05 de abril de 2021, emitida por la Dirección Regional de

¹⁷ Entre otros, puede utilizarse instrumentos de difusión como los que ha preparado el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo sobre la materia, véase: <https://www.youtube.com/watch?v=QYysvWqfuJU>



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 005-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

Trabajo y Promoción del Empleo de Huánuco dentro del procedimiento administrativo sancionador recaído en el expediente N° 002-2020-OI-DIT-DRTPE-HCO.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la Resolución Directoral Regional N° 007-2021-GRH-GRDS-DRTPE en todos sus extremos, por las razones expuestas en los fundamentos 6.6 a 6.22 de la presente resolución.

TERCERO.- Declarar agotada la vía administrativa debido a que el Tribunal de Fiscalización Laboral constituye última instancia administrativa.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a VIDA NATURAL M & C EIRL y a la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Huánuco, para sus efectos y fines pertinentes.

QUINTO.- Remitir los actuados a la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Huánuco.

SEXTO.- Disponer la publicación de la presente resolución en el portal institucional de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – Sunafil (www.sunafil.gob.pe).

Regístrese y comuníquese

Luis Erwin Mendoza Legoas
Presidente de la Primera Sala
Tribunal de Fiscalización Laboral

Desirée Bianca Orsini Wisotzki
Vocal de la Primera Sala
Tribunal de Fiscalización Laboral

Imposibilitada temporalmente de
firmar por tema de salud

Estampa huella digital

Luz Imelda Pacheco Zerga
Vocal de la Primera Sala
Tribunal de Fiscalización Laboral





Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 015-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

EXPEDIENTE SANCIONADOR : 2478-2019-SUNAFIL/ILM
PROCEDENCIA : INTENDENCIA DE LIMA METROPOLITANA
IMPUGNANTE : ROM OUTSOURCING S.A.C
ACTO IMPUGNADO : RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA N° 542-2021-SUNAFIL/ILM
MATERIA : SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Sumilla: Se declara **INFUNDADO** el recurso de revisión interpuesto por ROM OUTSOURCING S.A.C en contra de la Resolución de Intendencia N° 542-2021-SUNAFIL/ILM, de fecha 26 de marzo de 2021.

Lima, 31 de mayo de 2021

VISTO: El recurso de revisión interpuesto por CONSOLIDATED SUPPLY MANAGEMENT SERVICIOS DE LOGÍSTICA DEL PERÚ S.A. (en adelante **la impugnante**) contra la Resolución de Intendencia N° 069-2021-SUNAFIL/IRE CUS, de fecha 11 de marzo de 2021 (en adelante **la resolución impugnada**) expedida en el marco del procedimiento sancionador, y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante Orden de Inspección N° 17835-2018-SUNAFIL/ILM, se dio inicio a las actuaciones inspectivas de investigación respecto de la impugnante, con el objeto de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo¹, las cuales culminaron con la emisión del Acta de Infracción N° 4014-2018-SUNAFIL/ILM (en adelante, el **Acta de Infracción**), mediante la cual se propuso sanción económica a la impugnante por la comisión de una (01) infracción muy grave en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- 1.2 Con fecha 05 de setiembre de 2019 se notificó la Imputación de Cargos N° 399-2019-SUNAFIL/ILM/AI1.
- 1.3 De conformidad con el numeral 53.2 del artículo 53° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo – Decreto Supremo N° 019-2006-TR (en adelante, el **RLGIT**), la autoridad instructora emitió el Informe Final de

¹ Se verificó el cumplimiento sobre las siguientes materias: Identificación de peligros y evaluación de riesgos (IPER), Registro de accidentes de trabajo e incidentes, Registro de trabajadores y otros en la planilla.

Instrucción N° 151-2019-SUNAFIL/ILM/AI1, a través del cual llega a la conclusión que se ha determinado la existencia de las conductas infractoras imputadas a la impugnante, recomendando continuar con el procedimiento administrativo sancionador en su fase sancionadora y procediendo a remitir el Informe Final y los actuados a la Sub Intendencia de Resolución, la cual mediante Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 0037-2020-SUNAFIL/ILM/SIRE3 de fecha 10 de enero de 2020, multó a la impugnante por la suma de S/ 9,337.50 por haber incurrido en:

- Una infracción MUY GRAVE en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, incumplimiento de disposiciones legales relativas a las capacitaciones en Seguridad y Salud en el Trabajo, suficiente y adecuada sobre los riesgos en el puesto de trabajo y las medidas preventivas aplicables, en perjuicio del trabajador Roger Ovidio Cotrina Castañeda, tipificadas en el numeral 28.10 del artículo 28 del RLGIT.

1.4 Mediante escrito de fecha 02 de marzo de 2020, la impugnante interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Sub Intendencia N° 0037-2020-SUNAFIL/ILM/SIRE3, adjuntando como prueba nueva los contratos de trabajo celebrados con el Sr. Cotrina de enero a julio de 2017, señalando que los mismo, acreditan que brindaron información y capacitación suficiente a dicho trabajador, sobre los peligros de su puesto como promotor de ventas con fecha anterior a la ocurrencia del accidente. Asimismo, fundamenta que no ha existido la infracción imputada al haber brindado las capacitaciones correspondientes.

1.5 Mediante Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 0222-2020-SUNAFIL/ILM/SIRE3, la Sub Intendencia de Resolución de la Intendencia de Lima Metropolitana declaró infundado el recurso impugnatorio de reconsideración, por considerar que los documentos presentados como nueva prueba corresponden a la copia de los contratos de trabajo con el Sr. Cotrina, en los cuales se establecen obligaciones del trabajador en relación a la materia de Seguridad y Salud en el Trabajo (fundamento 12). Concluyendo que los mismos no guardan relación con la materia imputada, y que constituyen el convenio mediante el cual las partes regulan la relación laboral. Por tanto, no desvirtúan la comisión de la infracción imputada.

1.6 Mediante escrito de fecha 17 de agosto de 2020, la impugnante interpuso recurso de apelación contra la resolución de primera instancia, argumentando lo siguiente:

- i. La Sub Intendencia de Resolución incurre en error, ya que la empresa sí brindo suficiente capacitación e información al señor Roger Cotrina sobre los peligros y riesgos de su puesto de trabajo, lo que se verifica de la capacitación en peligros y riesgos del puesto de trabajo de fecha 08 de febrero de 2016, así como en los contratos de trabajo celebrados.
- ii. No se ha acreditado un nexo causal entre el supuesto incumplimiento y el accidente de trabajo.
- iii. Que, el inciso b) del artículo 35 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, no establece expresamente que tipo de información o capacitación sería suficiente y en qué plazo debería realizarse.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 015-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

- 1.7 Mediante Resolución de Intendencia N° 542-2021-SUNAFIL/ILM, de fecha 26 de marzo de 2021², la Intendencia de Lima Metropolitana declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por la impugnante, confirmando la Resolución de Sub Intendencia N° 0222-2020-SUNAFIL/ILM/SIRE3, por considerar que:
- i. La autoridad de primera instancia ha valorado todos los medios probatorios aportados en el proceso, es así, que conforme al punto 4.5 de los hechos constatados en el acta de infracción, el personal inspectivo constató que la inspeccionada impartió capacitación sobre Seguridad y Salud en el Trabajo a favor del trabajador Roger Cotrina. Sin embargo, dichas capacitaciones no acreditan por sí mismo la suficiente y oportuna formación e información sobre Seguridad y Salud en el Trabajo en el año 2017, en consideración a la fecha del accidente (20 de julio de 2017).
 - ii. Los contratos presentados en el recurso de reconsideración establecen obligaciones del trabajador en relación a la materia de Seguridad y Salud en el Trabajo. Asimismo, no guardan relación con la materia imputada, es decir, la inspeccionada no acreditó haber brindado capacitación en Seguridad y Salud en el Trabajo suficiente y adecuada sobre los riesgos en el puesto de trabajo y las medidas preventivas.
 - iii. Que, lo alegado en los numerales ii) y iii) del punto II de la apelación, no guardan relación con la naturaleza jurídica del acto administrativo que se cuestiona (recurso de reconsideración), en tanto los hechos narrados están referidos propiamente a la infracción incurrida, por lo que debieron ser formulados mediante el recurso apelación contra la resolución de multa.
 - iv. La falta de formación e información sobre Seguridad y Salud en el Trabajo limitó que el trabajador pueda realizar las habilidades necesarias para el desarrollo de su labor, de esta manera contrarrestar los riesgos a los que estaba expuesto.
 - v. La conducta negligente atribuida al sr. Cotrina no está acreditada en autos.
 - vi. La conducta infractora por la cual se impone la sanción, se encuentra debidamente tipificada.
 - vii. En consecuencia, lo alegado no desvirtúa la infracción incurrida, por lo que, corresponde confirmar la resolución apelada.

² Notificada a la inspeccionada el 29 de marzo de 2021.

1.8 Mediante escrito de fecha 20 de abril de 2021, la impugnante presentó ante la Intendencia de Lima Metropolitana el recurso de revisión en contra de la Resolución de Intendencia N° 542-2021-SUNAFIL/ILM.

1.9 La Intendencia de Lima Metropolitana admitió a trámite el recurso de revisión y elevó los actuados al Tribunal de Fiscalización Laboral, mediante Memorandum-000617-2021-SUNAFIL/ILM, recibido el 26 de abril de 2021 por el Tribunal de Fiscalización Laboral

II. DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

2.1 Mediante el artículo 1 de la Ley N° 29981³, se crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, **Sunafil**), disponiéndose en el artículo 7 de la misma Ley, que, para el cumplimiento de sus fines, la Sunafil contará dentro de su estructura orgánica con un Tribunal de Fiscalización Laboral.

2.2 Asimismo, de conformidad con el artículo 15 de la Ley N° 29981⁴, en concordancia con el artículo 41 de la Ley General de Inspección del Trabajo⁵ (en adelante, **LGIT**), el artículo 15 del Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2013-TR⁶, y el artículo 2 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2017-TR⁷ (en adelante, **el Reglamento del Tribunal**), el

³ "Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

Artículo 1. Creación y finalidad

Créase la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), en adelante Sunafil, como organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias."

⁴"Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

Artículo 15. Tribunal de Fiscalización Laboral

El Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia.

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión. Expide resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

(...)"

⁵ "Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo

Artículo 41.- Atribución de competencias sancionadoras

(...)

El Tribunal de Fiscalización Laboral resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que se interponga recurso de revisión. Las causales para su admisión se establecen en el reglamento.

El pronunciamiento en segunda instancia o el expedido por el Tribunal de Fiscalización Laboral, según corresponda, agotan con su pronunciamiento la vía administrativa."

⁶"Decreto Supremo N° 007-2013-TR, Reglamento de Organización y Funciones de Sunafil

Artículo 15.- Instancia Administrativa

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión."

⁷"Decreto Supremo N° 004-2017-TR. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral

Artículo 2.- Sobre el Tribunal



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 015-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión, constituyéndose en última instancia administrativa.

III. DEL RECURSO DE REVISIÓN

- 3.1** El artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley de N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, **TUO de la LPAG**) establece que frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede la contradicción en la vía administrativa mediante recursos impugnativos, identificándose dentro de éstos al recurso de revisión, entre otros. A diferencia de los otros recursos establecidos en dicha Ley, para su interposición, el legislador debe de otorgarle esta facultad al administrado mediante un ley o decreto legislativo específico, siéndole aplicable los términos generales para los recursos impugnativos, esto es, que el término de su interposición y el plazo para su resolución -en días hábiles- es de quince (15) y treinta (30) días respectivamente.
- 3.2** Así, el artículo 49 de la LGIT, modificada por el Decreto Legislativo N° 1499, define al recurso de revisión como un recurso administrativo del procedimiento administrativo sancionador con carácter excepcional, interpuesto ante la autoridad que resolvió en segunda instancia a efectos de que lo eleve al Tribunal de Fiscalización Laboral, estableciéndose en el artículo 55 del RGLIT, modificado por Decreto Supremo N° 016-2017-TR, que los requisitos de admisibilidad y procedencia se desarrollarían en el Reglamento del Tribunal.
- 3.3** En esa línea argumentativa, el Reglamento del Tribunal define al recurso de revisión como el recurso administrativo destinado a contradecir las resoluciones emitidas en segunda instancia por la Intendencia de Lima Metropolitana y las Intendencias Regionales de Sunafil, así como por las Direcciones de Inspección del Trabajo u órganos que cumplan esta función en las Direcciones y/o Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo, señalando de

El Tribunal es un órgano colegiado que resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que proceda la interposición del recurso de revisión, según lo establecido en la Ley y el presente Reglamento. Sus resoluciones ponen fin a la vía administrativa.

El Tribunal tiene independencia técnica en la emisión de sus resoluciones y pronunciamientos, no estando sometido a mandato imperativo alguno.

Los pronunciamientos que así se determinen en Sala Plena del Tribunal constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria para todas las entidades conformantes del Sistema.”

manera expresa que el recurso de revisión sólo procede por las causales taxativamente establecidas como materias impugnables en el artículo 14 de dicha norma, esto es: i) la inaplicación así como la aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral; y, ii) El apartamiento inmotivado de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de Fiscalización Laboral.

- 3.4 Así, el recurso de revisión se interpone contra las resoluciones de segunda instancia emitidas por autoridades del Sistema de Inspección del Trabajo que no son de competencia nacional, que sancionan las infracciones calificadas como muy graves en el RGLIT y sus modificatorias; estableciéndose en el artículo 17 del Reglamento del Tribunal que éste se encuentra facultado para rectificar, integrar, excluir e interpretar la resolución emitida por la segunda instancia administrativa, debiendo motivar la realización de cualquiera de las acciones antes descritas.

IV. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN POR PARTE DE ROM OUTSOURCING S.A.C.

- 4.1 De la revisión de los actuados, se ha identificado que ROM OUTSOURCING S.A.C. presentó el recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 542-2021-SUNAFIL/ILM, emitida por la Intendencia de Lima Metropolitana, en la cual se confirmó la sanción impuesta de S/ 9,337.50 por la comisión de la infracción tipificada como MUY GRAVE, prevista en el numeral 28.10 del artículo 28 del RLGIT, dentro del plazo legal de quince (15) días hábiles, computados a partir del 29 de marzo de 2021, fecha en que fue notificada la citada resolución⁸.
- 4.2 Así, al haberse identificado que el recurso interpuesto por el solicitante cumple con los requisitos legales previstos en el Reglamento del Tribunal y en las normas antes citadas, corresponde analizar los argumentos planteados por ROM OUTSOURCING S.A.C.

V. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REVISIÓN

- 5.1 Mediante escrito de fecha 20 de abril de 2021, la impugnante fundamenta su recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 542-2021-SUNAFIL/ILM, señalando que existe una interpretación errada del numeral 28.10 del artículo 28 del RLGIT. Así como, inaplicación del numeral 4 del artículo 248 del TUO – LPAG, señalando los siguientes argumentos:

Respecto a la interpretación del numeral 28.10 del artículo 28 del RLGIT

- El presupuesto de la norma señalada implica dos presupuestos: i) que exista un incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo, ii) que exista un accidente de trabajo que, por ejemplo, cause daño en el cuerpo. Debiendo las mismas estar en una relación causa – efecto.
- No todo accidente de trabajo deriva única y exclusivamente del incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo que todo empleador debe cumplir. Así, existen accidentes son por causas ajenas y no imputables al empleador.
- La AAT no interpreto correctamente la normativa referida, pues en el proceso se ha demostrado de manera categórica que lo que ocasionó el accidente de

⁸ Iniciándose el plazo el 30 de marzo de 2021.



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 015-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

trabajo, fue la falta de percepción de riesgo. Este hecho realizado por el trabajador es un supuesto de ruptura de nexo causal, supuesto que la AAT no ha tenido en cuenta.

- No se ha acreditado que hayamos incumplido con la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo, pues se aportó registros de inducción, capacitación, entrenamiento y simulacro de emergencia de fecha 08 de febrero de 2016.
- Que, debería acreditarse la relación causa – efecto, pues de existir ruptura del nexo causal, esto es, que el accidente ocurriera como consecuencia de la negligencia del trabajador, no sería posible imputarnos responsabilidad.
- Como ha establecido la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 18190-2016-Lima, que, a efectos de establecer responsabilidad del empleador, debe existir un nexo causal entre la conducta realizada y el accidente de trabajo. Concluyendo que no toda conducta antijurídica ocasionará indefectiblemente el accidente de trabajo.
- Existen factores que ocasionaron el accidente, como son la falta de percepción de riesgo del señor Cotrina, en tal sentido, se verifica la inexistencia de nexo causal, máxime si la causa del accidente fue un acto subestándar del trabajador y su diagnóstico empeoro por su propia negligencia y no por la supuesta falta de capacitación.

Respecto a la inaplicación del numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG

- El principio de tipicidad debe aplicarse en sentido estricto, es decir para que se compute la infracción debe existir dos supuestos de hechos concurrentes y que estén en relación causa - efecto.
- La AAT analizo de manera aislada los presupuestos del numeral 28.10 del artículo 28 del RLGIT, que señala expresamente que el incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo debe ocasionar el accidente de trabajo, eso es, debe verificarse la relación de causalidad (e incluso los supuestos de ruptura de nexo causal).

VI. ANÁLISIS DEL RECURSO DE REVISIÓN

Respecto a la interpretación del numeral 28.10 del artículo 28 del RLGIT

6.1. Sobre el particular, la impugnante señala que se ha realizado una errónea interpretación del numeral 28.10 del artículo 28 del RLGIT⁹ al no haber demostrado el nexo causal entre la falta de cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo y el accidente de trabajo ocurrido. Al respecto, es necesario poner de manifiesto lo siguiente:

- a. El trabajador accidentado fue contratado como “promotor de ventas” y en su contrato de trabajo se especifica, como un deber relativo a la seguridad y salud ocupacional el cumplir con las normas y directivas que sobre esta materia reciba de la empresa, ya que de no hacerlo se expone a “riesgos de caídas y/o golpes en los casos en los que no mantenga en orden y limpieza adecuados los lugares y ambientes relacionados con su cargo”¹⁰.
- b. Se ha acreditado que el accidente ocurrió mientras limpiaba su zona de trabajo, actividad que, como se desprende de lo consignado en el expediente, tanto el trabajador como la empresa, consideraban como una obligación del trabajador.
- c. De acuerdo al acta de infracción el día 20 de julio de 2017, aproximadamente a las tres de la tarde, el trabajador estaba limpiando en posición de cuclillas y “al levantarse de esa posición comenzó a bordear el mueble para continuar con la limpieza, en esas circunstancias se golpea la rodilla derecha con la esquina del mueble que soportaba al televisor, que estaba limpiando, ocasionándole un dolor intenso, pero continuó laborando hasta el término de su turno; el día viernes continuó trabajando pero con dolor en la rodilla; el sábado 22/07/2017 acudió a la Clínica Universitaria Red de ESSALUD, donde sólo le dieron analgésicos y comunica a su jefe inmediato superior Sr. Natanael Sobrevilla del evento y su dolencia, como no tenía descanso médico fue a trabajar pero con dolor. El lunes 24 fue a la posta del Ministerio de Salud “Santa Luzmila” donde le otorgaron descanso médico por 4 días, diagnosticándole “Dolor articular, bursitis y derrame sinovial”¹¹.
- d. En el escrito de descargos presentado por la empresa se afirma que el trabajador estuvo “con descanso médico desde el mes de julio de 2017 hasta el mes de agosto de 2018”¹². Asimismo, califica de “negligente” el actuar del trabajador por no dar cuenta inmediata a la empresa de lo ocurrido y hacerlo sólo después de dos días¹³. Califica como “acto sub estándar la causa el accidente y que su diagnóstico empeoró por su propia negligencia al no recibir atención médica inmediata”¹⁴.
- e. Sin embargo, si bien el trabajador se sobrepuso al dolor que experimentaba para no abandonar su puesto de trabajo, la empresa, una vez conocidos los hechos, por intermedio de Sr. Nataniel Sobrevilla (jefe

⁹ “El incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo que ocasione un accidente de trabajo que cause daño al cuerpo o a la salud del trabajador, que requiera asistencia o descanso médico, conforme al certificado o informe médico legal”

¹⁰ Cláusula 6 b) del contrato de trabajo (folio 59)

¹¹ Folio 01 vuelta.

¹² Folio 15.

¹³ Cfr. Folio 17.

¹⁴ Cfr. Folio 17.



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 015-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

inmediato del trabajador accidentado), no realizó acción alguna para la inmediata atención del Sr. Roger Cotrina.

- 6.2. Es oportuno señalar, que los hechos imputados a la impugnante se refieren a las normas de Seguridad y Salud en el Trabajo, en particular al deber de brindar capacitación en Seguridad y Salud en el Trabajo, suficiente y adecuada, sobre los riesgos del puesto de trabajo y las medidas preventivas aplicables¹⁵.
- 6.3. Al respecto, la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante LSST) tiene como objeto promover una cultura de prevención de riesgos laborales¹⁶, a fin de prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo o sobrevengan durante el trabajo. En tal sentido, es el empleador quien garantiza en las instalaciones del centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar tanto de los trabajadores¹⁷.
- 6.4. En tal sentido, es la empleadora quien se encuentra en la obligación de promover la cultura de prevención, debiendo para dicho efecto definir **“los requisitos de competencia necesarios para cada puesto de trabajo y adopta disposiciones para que todo trabajador de la organización esté capacitado para asumir deberes y obligaciones relativos a la seguridad y salud, debiendo establecer programas de capacitación y entrenamiento como parte de la jornada laboral, para que se logren y mantengan las competencias establecidas^{18”}**.
- 6.5. Cabe señalar, que dicha obligación de capacitación debe ser oportuna y apropiada, enfocada en el centro y puesto de trabajo o función específica, tanto al ingreso como durante el desempeño de las labores¹⁹. Sin embargo, tal como ha señalado la impugnante, las cuatro capacitaciones ordenadas por la LSST fueron realizadas en un solo día: el 08 de febrero de 2016 en el lapso de tres horas²⁰.

¹⁵ “El empleador, entre otras, tiene las siguientes obligaciones: (...) g) Garantizar, oportuna y apropiadamente, capacitación y entrenamiento en seguridad y salud en el centro y puesto de trabajo o función específica”. Ley Seguridad y Salud en el Trabajo, artículo 49.

¹⁶ LSST, Artículo 1.

¹⁷ LSST, I. Principio de Prevención.

¹⁸ Ley SST, artículo 27. El resaltado no es del original.

¹⁹ Artículo 49 de la LSST: “El empleador, entre otras, tiene las siguientes obligaciones: (...) g) Garantizar, oportuna y apropiadamente, capacitación y entrenamiento en seguridad y salud en el centro y puesto de trabajo o función específica, tal como se señala a continuación: 1. Al momento de la contratación, cualquiera sea la modalidad o duración. 2. Durante el desempeño de la labor. 3. Cuando se produzcan cambios en la función o puesto de trabajo o en la tecnología.”

²⁰ Escrito de descargo de fecha 12 de septiembre de 2019 (Folio 14).

- 6.6.** En ese orden de ideas, el Glosario de términos del Decreto Supremo N° 005-2012-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29783 (en adelante RLSST), define la capacitación como la acción de “transmitir conocimientos teóricos y prácticos para el desarrollo de competencias, capacidades y destrezas acerca del proceso de trabajo, la prevención de los riesgos, la seguridad y la salud.”
- 6.7.** En tal sentido, las capacitaciones deben realizarse desde un enfoque tanto teórico como práctico y específico a las funciones del puesto de trabajo de cada trabajador²¹. En consecuencia, aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad, invocados por la empresa, no resulta ni razonable ni proporcional dedicar tres horas de un mismo día, para cumplir con el mínimo de las cuatro capacitaciones al año ordenadas por la LSST²² que deben formar e informar a los trabajadores para prevenir los riesgos que puedan surgir en el ejercicio de sus funciones.
- 6.8.** Desarrollar cuatro tópicos en un mismo día no puede equivaler a brindar capacitación en temas vinculados a “primeros auxilios y asistencia médica, extinción de incendios, así como evacuación a todas las personas que se encuentren en el lugar de trabajo”²³. Para que las capacitaciones sean eficaces deben responder al nivel de complejidad del riesgo laboral y de las funciones propias del puesto de trabajo y prever lo que pueda ser potencialmente riesgoso para la vida y salud de los trabajadores²⁴.
- 6.9.** Por otro lado, si bien la LSST no establece en que fechas deben realizarse esas capacitaciones, lo razonable y proporcional sería dedicar, al menos una capacitación en el primer semestre del año, para actualizar la información a ser transmitida y asegurar su correcta asimilación²⁵.
- 6.10.** Por lo que se concluye que las capacitaciones brindadas por la impugnante en el mes de febrero de 2016, no han sido las adecuadas al puesto de trabajo del trabajador accidentado ni oportunas para el ejercicio de sus funciones, ya que

²¹ Artículo 52 de la LSST: “El empleador transmite a los trabajadores, de manera adecuada y efectiva, la información y los conocimientos necesarios en relación con los riesgos en el centro de trabajo y en el puesto o función específica, así como las medidas de protección y prevención aplicables a tales riesgos”, concordante con el artículo 27 del RLSST: “El empleador, en cumplimiento del deber de prevención y del artículo 27 de la Ley, garantiza que los trabajadores sean capacitados en materia de prevención. La formación debe estar centrada: a) En el puesto de trabajo específico o en la función que cada trabajador desempeña, cualquiera que sea la naturaleza del vínculo, modalidad o duración de su contrato (...)”.

²² Artículo 35 b).

²³ Artículo 83 del RLSST. - El empleador debe adoptar las siguientes disposiciones necesarias en materia de prevención, preparación y respuesta ante situaciones de emergencia y accidentes de trabajo: a) Garantizar información, medios de comunicación interna y coordinación necesarios a todas las personas en situaciones de emergencia en el lugar de trabajo. b) Proporcionar información y comunicar a las autoridades competentes, a la vecindad y a los servicios de intervención en situaciones de emergencia. c) Ofrecer servicios de primeros auxilios y asistencia médica, de extinción de incendios y de evacuación a todas las personas que se encuentren en el lugar de trabajo. d) Ofrecer información y formación pertinentes a todos los miembros de la organización, en todos los niveles, incluidos ejercicios periódicos de prevención de situaciones de emergencia, preparación y métodos de respuesta.

²⁴ Artículo IV del Título Preliminar de la LSST.

²⁵ Artículo 27 del RLSST, establece: “El empleador, en cumplimiento del deber de prevención y del artículo 27 de la Ley, garantiza que los trabajadores sean capacitados en materia de prevención. La formación debe estar centrada: (...) e) En la actualización periódica de los conocimientos.”



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 015-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

desde la fecha de la mencionada capacitación a la ocurrencia de los hechos transcurrieron dieciséis meses, sin actualización alguna.

- 6.11. Asimismo, como se ha señalado anteriormente, se ha evidenciado que la actividad que realizaba el Sr. Roger Cotrina, al accidentarse, fue en el ejercicio de sus funciones, y, en tal sentido, al haberse probado **“la existencia del daño sufrido por el trabajador, éste debe atribuirse al incumplimiento por el empleador de un deber de prevención**, hecho que produce la obligación patronal de pagar a la víctima o derechohabientes una indemnización.”²⁶ (el énfasis es nuestro). E, inclusive, “En el caso en que producto de la vía inspectiva se haya comprobado fehacientemente el daño al trabajador, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo determina el pago de la indemnización respectiva”²⁷.
- 6.12. En definitiva, respecto a la supuesta ruptura del nexo causal (principio de causalidad²⁸), invocada por la impugnante, como se evidencia en autos, existe relación entre el accidente de trabajo y el incumplimiento del deber de prevención de la inspeccionada debido a la ausencia de capacitación e información suficiente y adecuada para el correcto desempeño de las labores de limpieza.
- 6.13. Por otro lado, respecto a la supuesta conducta negligente del trabajador afectado, invocada por la inspeccionada, de acuerdo al Principio de Responsabilidad²⁹ el empleador es quien asume las implicancias a consecuencia de un accidente que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones. Y en

²⁶ LSST, artículo 53. Reafirma esta responsabilidad la Casación Laboral 4258-2016-Lima en el Noveno Considerando, cuando señala que la “interpretación de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, de conformidad con los Principios de Prevención y de Responsabilidad, contemplados en los Artículos I y II del Título Preliminar de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, establece que la interpretación correcta del artículo 53° de la Ley antes mencionada es la siguiente; “Probada la existencia del daño sufrido por el trabajador, a consecuencia de un accidente de trabajo debe atribuirse el mismo al incumplimiento por el empleador de su deber de prevención, hecho que genera la obligación patronal de pagar a la víctima o sus derechohabientes una indemnización que será fijada por el juez conforme al artículo 1332° del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas documentales o periciales sobre el valor del mismo”.

²⁷ LSST, artículo 53.

²⁸ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, artículo 248.- La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...) 8. Causalidad. - La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

²⁹ LSST, Título Preliminar (...) II. Principio de Responsabilidad: El empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes.

este caso, no sólo ha quedado evidenciado el incumplimiento de la empresa en la capacitación sino también, en la atención del trabajador, una vez conocido el accidente.

6.14. En consideración a lo señalado, concordamos con los fundamentos establecidos en la resolución impugnada y los actuados en autos, referente a la configuración de la infracción contenida en el numeral 28.10 del artículo 28 del RLGIT.

6.15. Por las consideraciones antedichas, no cabe acoger este extremo del recurso de revisión.

Respecto a la inaplicación del numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG

6.16. La impugnante señala que se ha inaplicado el Principio de Tipicidad³⁰, debido a que no se ha considerado que el presupuesto normativo de la infracción atribuida contempla dos supuestos de hechos concurrentes, los mismos que están en relación causa - efecto.

6.17. Sobre el particular, como se ha señalado anteriormente, se encuentra acreditado el incumplimiento de la impugnante referente a las capacitaciones en Seguridad y Salud en el Trabajo, suficiente y adecuada sobre los riesgos en el puesto de trabajo y las medidas preventivas aplicables, en perjuicio del trabajador Roger Ovidio Cotrina Castañeda. Así como el hecho de que dicho incumplimiento al deber de prevención de riesgos laborales, tiene vinculación directa con el accidente de trabajo sufrido por dicho trabajador, imputable a la inspeccionada.

6.18. Por lo que, no cabe acoger este extremo del recurso de revisión.

POR TANTO

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 29981 – Ley que crea la Sunafil, el artículo 41 de la Ley N° 28806 – Ley General de Inspección del Trabajo, los artículos 15 y 17 del Decreto Supremo N° 007-2013-TR – Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil y sus modificatorias, y los artículos 2, 3 y 17 del Decreto Supremo N° 004-2017-TR – Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral,

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADO el recurso de revisión interpuesto por ROM OUTSOURCING S.A.C. en contra de la Resolución de Intendencia N° 542-2021-

³⁰ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, artículo 248.- La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...) 4. Tipicidad. - Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 015-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

SUNAFIL/ILM, de fecha 26 de marzo de 2021, emitida por la Intendencia de Lima Metropolitana dentro del procedimiento administrativo sancionador recaído en el expediente N° 2478-2019-SUNAFIL/ILM,

SEGUNDO.- CONFIRMAR la Resolución de Intendencia N° 542-2021-SUNAFIL/ILM en todos sus extremos, por las razones expuestas en los fundamentos 6.1 a 6.18 de la presente resolución.

TERCERO.- Declarar agotada la vía administrativa debido a que el Tribunal de Fiscalización Laboral constituye última instancia administrativa.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a ROM OUTSOURCING S.A.C. y a la Intendencia de Lima Metropolitana, para sus efectos y fines pertinentes.

QUINTO.- Remitir los actuados a la Intendencia de Lima Metropolitana.

SEXTO.- Disponer la publicación de la presente resolución en el portal institucional de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – Sunafil (www.sunafil.gob.pe).

Regístrese y comuníquese

Documento firmado digitalmente
Luis Erwin Mendoza Legoas
Presidente
Tribunal de Fiscalización Laboral

Documento firmado digitalmente
Desirée Bianca Orsini Wisotzki
Vocal
Tribunal de Fiscalización Laboral

Documento firmado digitalmente
Luz Imelda Pacheco Zerga
Vocal
Tribunal de Fiscalización Laboral



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 022-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

EXPEDIENTE SANCIONADOR : 173-2020-PS-SUNAFIL/IRE-CAJ-SIA
PROCEDENCIA : INTENDENCIA REGIONAL DE CAJAMARCA
IMPUGNANTE : MINERA LA ZANJA S.R.L.
ACTO IMPUGNADO : RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA N° 034-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ
MATERIA : - RELACIONES LABORALES
- LABOR INSPECTIVA

Sumilla: Se declara FUNDADO EN PARTE el recurso de revisión interpuesto por MINERA LA ZANJA S.R.L. en contra de la Resolución de Intendencia N° 034-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, de fecha 31 de marzo de 2021.

Lima, 10 de junio de 2021

VISTO: El recurso de revisión interpuesto por MINERA LA ZANJA S.R.L. (en adelante **la impugnante**) contra la Resolución de Intendencia N° 034-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, de fecha 31 de marzo de 2021 (en adelante **la resolución impugnada**) expedida en el marco del procedimiento sancionador, y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante Orden de Inspección N° 942-2020-SUNAFIL/IRE-CAJ, se dio inicio a las actuaciones inspectivas de investigación respecto de la impugnante, con el objeto de verificar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral¹, las cuales culminaron con la emisión del Acta de Infracción N° 168-2020-SUNAFIL/IRE-CAJ (en adelante, el **Acta de Infracción**), mediante la cual se propuso sanción económica a la impugnante por la comisión de dos (02) infracciones a la normativa sociolaboral, y una (1) infracción a la labor inspectiva.
- 1.2 Mediante Imputación de cargos N° 221-2020-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIA del 03 de noviembre de 2020 y notificada el 18 de noviembre de 2020, se dio inicio a la etapa instructiva, remitiéndose el Acta de Infracción y otorgándose un plazo de cinco (05) días hábiles para la presentación de los descargos, de conformidad con lo señalado en el literal a) del

¹ Se verificó el cumplimiento sobre las siguientes materias: Registro de control de asistencia, así como Jornada, Horario de trabajo y descansos remunerados.

inciso 2 del artículo 52 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo – Decreto Supremo N° 019-2006-TR (en adelante, **el RLGIT**).

1.3 De conformidad con el numeral 53.2 del RLGIT, la autoridad instructora emitió el Informe Final de Instrucción N° 205-2020-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIAI, a través del cual llega a la conclusión que se ha determinado la existencia de las conductas infractoras imputadas a la impugnante, recomendando continuar con el procedimiento administrativo sancionador en su fase sancionadora y procediendo a remitir el Informe Final y los actuados a la Sub Intendencia de Resolución, la cual mediante Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 036-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE de fecha 29 de enero de 2021, multó a la impugnante por la suma de S/ 133,300.00 (Ciento treinta y tres mil trescientos con 00/100 soles) por haber incurrido en:

- Dos infracciones MUY GRAVES en materia de relaciones laborales:
 - Por instaurar una jornada de trabajo atípica no compatible con la jornada máxima establecida por la Constitución Política del Perú, tipificada en el numeral 6 del artículo 25 del RLGIT; y
 - Por no otorgar el descanso semanal obligatorio a los trabajadores, o su adecuada compensación, tipificada en el numeral 6 del artículo 25 del RLGIT.
- Una infracción MUY GRAVE a la labor inspectiva, por no cumplir con la medida inspectiva de requerimiento en relación con la restitución de una jornada máxima de ocho (8) horas diarias y cuarenta y ocho (48) horas semanales y otorgar la sobretasa del 100% por la labor efectuada en el día de descanso semanal obligatorio a los trabajadores afectados, de fecha 16 de octubre de 2020², tipificada en el numeral 46.7 del artículo 46 del RLGIT.

1.4 Mediante escrito de fecha 04 de marzo de 2021, la impugnante interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 036-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, argumentando lo siguiente:

- i. La Sub Intendencia de Resolución ha caído en error al considerar que la MINERA LA ZANJA S.R.L. ha instaurado una jornada atípica incompatible con la Constitución: la sentencia del caso N° 4635-2004-AA/TC no es aplicable al presente caso.
- ii. No corresponde modificar el acuerdo al que se arribó con los trabajadores pues el acuerdo se adoptó ante una situación excepcional ocasionada por la pandemia.
- iii. Sunafil no puede ordenarle a una empresa que varíe un acuerdo con su sindicato.
- iv. No se ha valorado que la empresa y el sindicato de empleados *“..han venido suscribiendo una serie de acuerdos para disminuir los efectos que la pandemia (sic), siendo la modificación de la jornada de trabajo cuestionada, sólo uno de los acuerdos adoptados y además actualmente dicha jornada ya no está vigente”*.

² Obrante a folios 180 del expediente inspectivo; se dio un plazo de tres (03) días hábiles para el cumplimiento de la medida, esto es el 22 de octubre de 2020.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 022-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

- v. La empresa sí ha compensado los días de descanso semanal obligatorio con los días de descanso de la jornada atípica.
 - vi. La empresa no ha incumplido la medida de requerimiento, pues nunca debió emitirse en tanto no incurrió en infracción alguna a las normas sociolaborales.
- 1.5 Mediante Resolución de Intendencia N° 034-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, de fecha 31 de marzo de 2021³, la Intendencia Regional de Cajamarca declaró infundada la nulidad planteada en el recurso de apelación interpuesto por la impugnante, confirmando la Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 036-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, por considerar que:
- i. La impugnante presenta nuevamente los argumentos señalados en los descargos a la Imputación de Cargos y el Informe Final, por lo que la Intendencia:

“...reitera a la inspeccionada que, de la revisión de los convenios de modificación de jornadas y reportes de asistencia que obran en el expediente sancionador, se verifica que el número de horas de labor efectiva es de diez horas, tanto para el turno diurno como para el nocturno. En tal sentido, la jornada establecida en el centro de trabajo no contempla el parámetro constitucional sobre el cual se asienta la jornada laboral de ocho horas. Pues no se ha tenido en consideración que tratándose de trabajos nocturnos las jornadas deben ser de menor duración, de conformidad con el artículo 7°, literal a) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que establece que los Estados garantizarán la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales, y que las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos”.⁴

- ii. Señala que se ha demostrado que hay trabajadores que realizaron labor efectiva en jornadas “...de 30, 35, 40, hasta 50 y más días continuos, a razón de 10 horas diarias que no dan lugar al ejercicio del derecho al descanso y disfrute del tiempo libre...”, por lo que los acuerdos citados no se encuentran dentro del “test de protección antes indicado”.
- iii. Respecto del derecho a la negociación colectiva, la Intendencia señala que:

“...es un derecho reconocido constitucionalmente, su aplicación está orientada a fomentar y estimular la convención colectiva a fines de alcanzar mejores condiciones laborales, constituyéndose así en un mecanismo idóneo para viabilizar la armonía laboral, más aún si se tiene en cuenta que sus principales características son: Modificar de pleno los aspectos de la relación de trabajo sobre los que inciden los contratos individuales quedando automáticamente adaptados a aquella y no podrán contender disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador”.⁵

³ Notificada a la inspeccionada el 05 de abril de 2021.

⁴ Página 5 de la Resolución de Intendencia N° 034-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, obrante en folio 61 del expediente sancionador.

⁵ Página 5 de la Resolución de Intendencia N° 034-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, obrante en el folio 61 del expediente sancionador.

Añadiendo, respecto de los acuerdos producto de la negociación colectiva que éstos:

“...no pueden ser contrarios -en desmejora- a los que se encuentra estipulado por Ley; sino por el contrario, estos se encuentran orientados a mejorar sus condiciones en el que se encuentra desarrollando la relación laboral. Asimismo, debe tenerse en cuenta que las condiciones legalmente otorgadas deberían ser mejoradas a través de los convenios colectivos, y no por el contrario a través de éstos pactarse menores beneficios a los ya concedidos legalmente; ello en razón al principio tuitivo del derecho del trabajo...”⁶

Identificándose que el acuerdo celebrado entre la impugnante y sus trabajadores

“...vulnera el carácter de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley (...) ‘La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral’.

- iv. Respecto de la justificación de modificar la jornada de trabajo a raíz de la situación de la pandemia originada por el nuevo Coronavirus (Covid-19), la Intendencia Regional de Cajamarca, citando al Acá de Infracción, señala lo siguiente:

“4.1 Asimismo, señala que en el contexto de la declaratoria de emergencia sanitaria debido a la situación de PANDEMIA mundial originada por la propagación del COVID 19, mediante el Decreto Supremo N° 011-2020-TR, se estableció lo siguiente: ‘4.1 Los empleadores incursos en el artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 038-2020 procuran en primer término adoptar las medidas alternativas que resulten necesarias a fin de mantener la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, privilegiando el diálogo con los trabajadores, tales como: (...) e) Adoptar otras medidas reguladas por el marco legal vigente, siempre que permitan el cumplimiento del objetivo del Decreto de Urgencia N° 038-2020’.”⁷

Situación contradictoria en el caso materia de autos, pues

“...la modificación de la jornada de trabajo efectuado en el centro de trabajo inspeccionado contraviene la Constitución y la Ley por haber excedido los límites impuestos por dichas normas imperativas”

Por lo que la Intendencia Regional de Cajamarca considera que la jornada laboral de treinta (30) días de labor efectiva y quince (15) días de descanso, con horarios de trabajo de diez (10) horas de trabajo efectivo diario “...no es más beneficioso para los trabajadores ya que atenta el disfrute del descanso y el tiempo libre y a la salud”.

- v. Respecto de la medida inspectiva, de conformidad la Intendencia señala que

“...el sub numeral 5.3 del numeral 5) del artículo 5° de la Ley (...) los inspectores del trabajo se encuentran facultados para requerir al sujeto inspeccionado que, en un plazo determinado adopte medidas en orden al cumplimiento de la normativa del orden sociolaboral. Asimismo, el numeral 20.3 del artículo 20 del Reglamento, estipula que las medidas de requerimiento son órdenes dispuestas por la inspección del trabajo para el cumplimiento de las normas socio-laborales y de seguridad y salud en el trabajo, que se extienden al finalizar las actuaciones inspectivas y cuando se advierta la comisión de infracciones, otorgando un plazo para que el sujeto inspeccionado subsane las infracciones advertidas”.⁸

⁶ Página 5 y 6 de la Resolución de Intendencia N° 034-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, obrante en los folios 61 a 62 del expediente sancionador.

⁷ Página 5 de la Resolución de Intendencia N° 034-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, obrante folio 62 del expediente sancionador.

⁸ Página 7 de la Resolución de Intendencia N° 034-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, obrante folio 62 del expediente sancionador.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 022-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

vi. Respecto de los supuestos principios y derechos vulnerados, la Intendencia señala que no se han especificado "...hechos concretos que guarden conexión lógica con las supuestas vulneraciones a los principios que invoca".

1.6 Mediante escrito de fecha 23 de abril de 2021, la impugnante presentó ante la Intendencia Regional de Cajamarca el recurso de revisión en contra de la Resolución de Intendencia N° 034-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, de fecha 31 de marzo de 2021.

1.7 La Intendencia Regional de Cajamarca admitió a trámite el recurso de revisión y elevó los actuados al Tribunal de Fiscalización Laboral, mediante Memorandum-190-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, ingresando el 29 de abril de 2021 a evaluación por parte del Tribunal.

II. DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

2.1 Mediante el artículo 1 de la Ley N° 29981⁹, se crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, Sunafil), disponiéndose en el artículo 7 de la misma Ley que, para el cumplimiento de sus fines, la Sunafil contará dentro de su estructura orgánica con un Tribunal de Fiscalización Laboral.

2.2 Asimismo, de conformidad con el artículo 15 de la Ley N° 29981¹⁰, en concordancia con el artículo 41 de la Ley General de Inspección del Trabajo¹¹ (en adelante, LGIT), el artículo 15 del Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil, aprobado por Decreto

⁹ "Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales
Artículo 1. Creación y finalidad

Créase la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), en adelante Sunafil, como organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias."

¹⁰ "Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales
Artículo 15. Tribunal de Fiscalización Laboral

El Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia.

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión. Expide resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

(...)"

¹¹ "Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo

Artículo 41.- Atribución de competencias sancionadoras

(...)

El Tribunal de Fiscalización Laboral resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que se interponga recurso de revisión. Las causales para su admisión se establecen en el reglamento.

El pronunciamiento en segunda instancia o el expedido por el Tribunal de Fiscalización Laboral, según corresponda, agotan con su pronunciamiento la vía administrativa."

Supremo N° 007-2013-TR¹², y el artículo 2 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2017-TR¹³ (en adelante, el Reglamento del Tribunal), el Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión, constituyéndose en última instancia administrativa.

III. DEL RECURSO DE REVISIÓN

- 3.1 El artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley de N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG) establece que frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede la contradicción en la vía administrativa mediante recursos impugnativos, identificándose dentro de éstos al recurso de revisión, entre otros. A diferencia de los otros recursos establecidos en dicha Ley, para su interposición, el legislador debe de otorgarle esta facultad al administrado mediante un ley o decreto legislativo específico, siéndole aplicable los términos generales para los recursos impugnativos, esto es, que el término de su interposición y el plazo para su resolución -en días hábiles- es de quince (15) y treinta (30) días respectivamente.
- 3.2 Así, el artículo 49 de la LGIT, modificada por el Decreto Legislativo N° 1499, define al recurso de revisión como un recurso administrativo del procedimiento administrativo sancionador con carácter excepcional, interpuesto ante la autoridad que resolvió en segunda instancia a efectos de que lo eleve al Tribunal de Fiscalización Laboral, estableciéndose en el artículo 55 del RLGIT, modificado por Decreto Supremo N° 016-2017-TR, que los requisitos de admisibilidad y procedencia se desarrollarían en el Reglamento del Tribunal.
- 3.3 En esa línea argumentativa, el Reglamento del Tribunal define al recurso de revisión como el recurso administrativo destinado a contradecir las resoluciones emitidas en segunda instancia por la Intendencia de Lima Metropolitana y las Intendencias Regionales de Sunafil, así como por las Direcciones de Inspección del Trabajo u órganos que cumplan esta función en las Direcciones y/o Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo, señalando de manera expresa que el recurso de revisión sólo procede por las causales taxativamente establecidas como materias impugnables en el artículo 14 de dicha norma, esto es: i) la inaplicación así como la aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral; y, ii) El apartamiento inmotivado de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de Fiscalización Laboral.

¹²“Decreto Supremo N° 007-2013-TR, Reglamento de Organización y Funciones de Sunafil

Artículo 15.- Instancia Administrativa

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión.”

¹³“Decreto Supremo N° 004-2017-TR. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral

Artículo 2.- Sobre el Tribunal

El Tribunal es un órgano colegiado que resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que proceda la interposición del recurso de revisión, según lo establecido en la Ley y el presente Reglamento. Sus resoluciones ponen fin a la vía administrativa.

El Tribunal tiene independencia técnica en la emisión de sus resoluciones y pronunciamientos, no estando sometido a mandato imperativo alguno.

Los pronunciamientos que así se determinen en Sala Plena del Tribunal constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria para todas las entidades conformantes del Sistema.”



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 022-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

3.4 Así, el recurso de revisión se interpone contra las resoluciones de segunda instancia emitidas por autoridades del Sistema de Inspección del Trabajo que no son de competencia nacional, que sancionan las infracciones calificadas como muy graves en el RLGIT y sus modificatorias; estableciéndose en el artículo 17 del Reglamento del Tribunal¹⁴ que éste se encuentra facultado para rectificar, integrar, excluir e interpretar la resolución emitida por la segunda instancia administrativa, debiendo motivar la realización de cualquiera de las acciones antes descritas.

IV. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN POR PARTE DE MINERA LA ZANJA S.R.L.

4.1 De la revisión de los actuados, se ha identificado que MINERA LA ZANJA S.R.L. presentó el recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 034-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, emitida por la Intendencia Regional de Cajamarca, en la cual se confirmó la sanción impuesta de S/. 133,300.00 (Ciento treinta y tres mil trescientos con 00/100 soles) por la comisión de las infracciones tipificadas como MUY GRAVES, previstas en los artículos 25.6 y 46.7 el RLGIT, dentro del plazo legal de quince (15) días hábiles, computados a partir del 15 de marzo de 2021, fecha en que fue notificada la citada resolución.

4.2 Así, al haberse identificado que el recurso interpuesto por el solicitante cumple con los requisitos legales previstos en el Reglamento del Tribunal y en las normas antes citadas, corresponde analizar los argumentos planteados por MINERA LA ZANJA S.R.L.

V. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REVISIÓN

5.1 Mediante escrito de fecha 23 de abril, la impugnante fundamenta su recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 034-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, en los siguientes argumentos:

- Inaplicación del artículo 1° del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM.

La impugnante señala que los inspectores de trabajo no han tenido en consideración los alcances del artículo 1 del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, que estableció el Estado de Emergencia Nacional en todo el territorio nacional, a raíz de la pandemia por Covid-19; en vez de aplicar dicho artículo, tanto el personal inspectivo como la Intendencia han optado por aplicar al presente caso el precedente del Tribunal Constitucional, contenido en la sentencia recaída en el expediente N° 4635-2004-

¹⁴Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2017-TR.

"Artículo 17.- Facultades del Tribunal de Fiscalización Laboral

Al evaluar el fondo del recurso de revisión, el Tribunal está facultado para rectificar, integrar, excluir e interpretar la resolución emitida por la segunda instancia administrativa, debiendo motivar la realización de cualquiera de las acciones antes descritas."no han

AA/TC, el cual no es aplicable al presente caso por el contexto de la Pandemia, citando como referencia los alcances de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0024-2003-AI/TC. Señalan que se ha preferido multar a la impugnante por supuestamente no cumplir el parámetro constitucional antes citado, sin que la Intendencia señale el por qué MINERA LA ZANJA S.R.L. no cumpliría con el test de protección, determinando que el acuerdo temporal celebrado por la impugnante con sus trabajadores sobre modificación de la jornada atípica de trabajo es inconstitucional. Por el contrario, la Sub Intendencia "...confunde o no toma en cuenta el hecho de que los acuerdos temporales a los que se arribó tanto con el Sindicato como con los trabajadores sobre la modificación temporal de la jornada atípica fueron voluntarios y obedecieron estrictamente a la Pandemia...", siendo éstos -como parte de la implementación de estas jornadas de trabajo atípicas, medidas extraordinarias de carácter temporal.

- Inaplicación del artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Refieren que por estricta aplicación del Principio de Prevención, contenido en el artículo I del Título Preliminar, con la finalidad de garantizar la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores en el centro de labores, se establecieron medidas para evitar enfermedades o accidentes tales como el acuerdo de la modificación de la jornada de trabajo entre la impugnante y el Sindicato, con la finalidad de "...establecer mayores tiempos de rotación, gracias a una jornada extendida...", pues esta "...supone que los trabajadores tengan menos oportunidades de contagiarse".

- Inaplicación del artículo 42 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR

La accionante señala que la Intendencia Regional de Cajamarca ha desconocido los alcances del artículo 42 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo:

Artículo 42.- La convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. Obliga a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma, con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza.

A consideración de la impugnante, la Sunafil pretende desconocer el acuerdo y obligar a su modificación. Señala que como consecuencia del Estado de Emergencia se dictaron una serie de medidas restrictivas a los derechos fundamentales de las personas, entre éstos el libre tránsito, al cual la minería tampoco estuvo exenta y tuvo que adaptarse; razón por la cual, para reducir la rotación de los trabajadores y los ciclos de trabajo, se plasmaron estos alcances en el texto de la modificación del Convenio de Compensación de Vacaciones y Modificación de Jornada Atípica:



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 022-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

SEPTIMO: Desde el reinicio de las actividades, la jornada de trabajo vigente en la Unidad será una de treinta (30) días de trabajo por quince (15) de descanso, con un total de 10 (diez) horas de trabajo por día, sin que este cambio implique variación alguna en la remuneración de los trabajadores de la Unidad. Esta jornada estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2020, pudiendo variarse esta fecha por acuerdo de partes en función a las condiciones de salud pública existentes

La impugnante señala que este acuerdo tuvo una naturaleza temporal (ya no se encuentra vigente); señala que el incremento de los días de trabajo fue proporcional a los días de descanso. Señala que "...los acuerdos arribados entre el empleador y el Sindicato no son modificables por agentes externos a las partes que los suscribieron, en tanto que la fuerza vinculante del convenio implica que el mismo es de obligatorio cumplimiento para estos". Refiere que no existe perjuicio alguno para los trabajadores, en tanto fue suscrito con el propio Sindicato, y que el requerimiento de la Sunafil de dejarlo sin efecto resulta "arbitrariamente ilegal".

- Inaplicación del artículo 3 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo

La accionante señala que el artículo 3 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece que el derecho a la libertad sindical no puede serse violado por la intervención de las autoridades estatales:

Artículo 3

- 1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.*
- 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.*

La Intendencia Regional de Cajamarca desconoce a estas negociaciones, como producto del ejercicio legítimo del derecho a la libertad sindical, afectando gravemente "...el contenido constitucionalmente protegido de este derecho fundamental (...) delimitado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 26 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, de fecha 12 de agosto del año 2005 (caso Ley Marco del Empleo Público).", no pudiendo forzarse ni a la empresa ni al Sindicato a modificar un acuerdo ya pactado.

- Inaplicación del artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en sobretiempo, aprobado por el Decreto Supremo N° 007-2002-TR

La accionante señala que la Intendencia Regional de Cajamarca, así como la instancia anterior, ha desconocido los alcances del artículo 10 en referencia, al sancionar a la impugnante por no otorgar adecuado descanso a los trabajadores, o en su defecto, la compensación correspondiente.

Señala que:

“...muchos trabajadores permanecieron en la Unidad una cantidad elevada de días, fue precisamente porque mediante D.S. N°044-2020-PCM (el cual también ha sido inaplicado, como bien señalamos anteriormente), se declaró el inicio del Estado de Emergencia Nacional, por quince (15) días a partir del 16 de marzo de 2020 (fecha en la que la libertad de tránsito estaba total y absolutamente restringida) y se dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena) por las graves circunstancias que afectaban la vida de la Nación por el brote del COVID-19, situación que inclusive se mantiene vigente hasta la actualidad, siendo que recién en mayo se dio inicio a la reactivación del sector minería, por lo que, mientras tanto, **muchos trabajadores debieron quedarse en el centro de trabajo para cumplir con la cuarentena decretada por el Gobierno.**”

Añade que no había posibilidad de transportar al personal, pues el derecho a la libertad de tránsito estaba totalmente restringido; desconociéndose además que la Unidad Minera La Zanja se encuentra en el Cajamarca, con rutas de acceso aéreas o terrestres según el siguiente detalle

Cuadro 3. Acceso Terrestre al Área del Proyecto

Tramo	Distancia (km)	Tiempo	Estado de la carretera
Lima - Paucasmayo - Dv. Cajamarca	741	14	Carretera Asfaltada
Dv. Cajamarca - Cajamarca	180		Carretera Asfaltada
Cajamarca - El Empalme	70	1.5	Carretera Asfaltada
El Empalme - Mina la Zanja	32	1	Carretera afirmada 20 % - Trocha 80 %

Acceso Vía Aérea al Área del Proyecto

Tramo	Distancia (km)	Tiempo	Estado de la carretera
Lima - Cajamarca	N.A.	1	N.A.
Cajamarca - El Empalme	70	1.5	Carretera Asfaltada
El Empalme - Mina la Zanja	32	1	Carretera afirmada 20 % - Trocha 80 %

Razón por la cual los trabajadores no pudieron salir de la Unidad Minera al inicio de la cuarentena, generándose los cuadros de asistencia que exhibe:

CORREA AYAY FLAVIO FREDILBERTO	16/03/2020	9/05/2020	54
	19/06/2020	21/07/2020	32
CRUZ DE LA CRUZ EDDY MARCELINO	16/03/2020	5/05/2020	50
	9/06/2020	26/06/2020	17
	12/08/2020	31/08/2020	19

La impugnante considera que la autoridad, sin justificación alguna y solo por verificar la permanencia superior a los treinta (30) días, se deba asumir tal consecuencia. Añade que la empresa sí cumplió con pagar los días libres que se quedaron a laborar, así como una bonificación extraordinaria (Bono Especial de Asistencia), por encontrarse dentro de las labores esenciales.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 022-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

VI. ANÁLISIS DEL RECURSO DE REVISIÓN

Sobre la inaplicación del artículo 1° del Decreto Supremo (D.S.) N° 044-2020-PCM y del artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo

- 6.1 Sostiene la impugnante que las medidas implementadas responden a una situación excepcional originada por la pandemia, que les autorizaba a pactar una jornada atípica superior al promedio que estableció el Tribunal Constitucional en el precedente, contenido en la sentencia recaída en el expediente N° 4635-2004-AA/TC.
- 6.2 Sobre la obligatoriedad de aplicar un precedente vinculante a un caso concreto, el mismo Tribunal Constitucional ha establecido dos criterios, que deben tenerse en cuenta¹⁵:

El uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante depende de:

- a) La existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emana el precedente.*
b) La existencia de similitudes y diferencias fácticas; las que en el caso de estas últimas no justifican un trato jurídico distinto. Por ende, es factible que a través del razonamiento analógico se extienda la regla del precedente vinculante.

- 6.3 En consecuencia, es preciso determinar si la situación creada por la pandemia del Covid-19 constituye una diferencia fáctica que justifique la no aplicación del precedente, es decir, si constituye un supuesto de fuerza mayor o caso fortuito, que exige un trato diferenciado y apropiado a esa determinada situación.
- 6.4 La Superintendencia Nacional de Salud ha emitido un precedente vinculante administrativo sobre el caso fortuito y la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad por infracciones administrativas¹⁶, en el que se refiere a la declaratoria de cuarentena general como consecuencia del Covid-19 como "...un evento excepcional en nuestro país y extraordinario. No se trata de un «evento frecuente o repetitivo» (Casación N° 1764-2015, Lima) que hubiere permitido a las partes adoptar algún mecanismo para prevenir tal escenario. Finalmente, sus consecuencias, debido al mandato gubernamental, devienen en irresistibles, pues no pueden ser contrarrestados, lo que «imposibilita absolutamente el cumplimiento de la prestación» (Casación N° 1693-2014, Lima)¹⁷. Y, más adelante, concluye que dicha "cuarentena obligatoria decretada por el Gobierno en nuestro país debido a la Covid-19, constituye un evento de fuerza mayor porque estamos ante una situación imposible de resistir y que impide el cumplimiento de la prestación"¹⁸.

¹⁵ Expediente N° 0024-2003-AI/TC.

¹⁶ De fecha 02 de diciembre de 2020, publicado en El Peruano el 17 de enero de 2021.

¹⁷ *Ibid.* n. 14.

¹⁸ *Ibid.* n. 15.

- 6.5 En similar sentido se ha pronunciado la OIT al afirmar que el “brote de la pandemia del coronavirus (COVID-19) es una situación mundial sin precedentes”¹⁹. Y, entre las medidas que recomienda a los empleadores observar se encuentra la de “revisar o elaborar un plan de continuidad de las actividades que sea compatible con las directrices proporcionadas por las autoridades nacionales y locales con miras a aumentar la capacidad de recuperación de las empresas y apoyar a los trabajadores y sus familias”.
- 6.6 Por tanto, es legítimo afirmar que el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y normas subsiguientes que ampliaron la cuarentena y el Estado de Emergencia Nacional, justifican emplear criterios y reglas de excepción para solucionar las distintas consecuencias que trajeron consigo en las relaciones laborales. Por consiguiente, el pacto celebrado entre la empresa y el sindicato, que extiende la jornada laboral a 10 horas, durante 30 días y otorgando 15 días de descanso, hasta el 31 de diciembre de 2020, constituye una medida extraordinaria —temporal— que se ajusta a derecho
- 6.7 Para estos efectos, el test de protección de los derechos de los trabajadores debe ser realizado con otros parámetros, ya que —mientras exista una situación de emergencia sanitaria por la pandemia— el empleador, como recuerda la OIT tiene una particular responsabilidad en “identificar y mitigar los riesgos para los trabajadores y otras personas relacionadas con el lugar de trabajo derivados de la exposición a la COVID-19”²⁰. Puede, por tanto, afirmarse, que éste es un deber primordial, que ha de ser evaluado no sólo con criterios cuantitativos -número de días- sino cualitativo -impacto en la salud en relación con la propagación del virus- y que se encuentra directamente relacionado con el deber de Prevención, que incumbe al empleador de acuerdo a las normas de seguridad y salud en el trabajo²¹.
- 6.8 En ese sentido, esta Sala considera que estas medidas dispuestas por el Gobierno exigían en la impugnante la adopción de las medidas necesarias para continuar con la actividad económica considerada como esencial, durante la vigencia del Estado de Emergencia Nacional (el cual, a la fecha, se mantiene vigente), buscando garantizar el funcionamiento de la actividad económica, así como evitando generar la propagación del nuevo Coronavirus (Covid-19), y lograr la sostenibilidad y vigencia de la actividad económica, dentro del marco legal vigente²².
- 6.9 Por tanto, la resolución de la Intendencia, al no valorar las condiciones particulares del trabajo en el contexto de la pandemia y el Estado de Emergencia, conlleva en el fondo a la aplicación analógica de un supuesto infractor, en clara contradicción al principio de Tipicidad reconocido en el TUO de la LPAG²³ y, consecuentemente, debe ampararse el recurso en este extremo.

¹⁹ Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Cómo gestionar el lugar de trabajo durante la crisis de la COVID-19: Una Guía para los Empleadores*, 2020, p. 7, ubicable en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/publication/wcms_741584.pdf

²⁰ **Loc. Cit.**

²¹ Cfr. artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

²² Mediante Decreto Supremo N° 105-2021-PCM, se prorrogó el Estado de Emergencia Nacional por un plazo de treinta (30) días calendario, a partir del martes 01 de junio de 2020. Las actuales prórrogas de este se encuentran vinculadas con el Decreto Supremo N° 184-2020-PCM. Por su parte, el Decreto Supremo N° 184-2020-PCM, art. 14.4, estableció aquellas actividades económicas que no estarían reguladas por lo establecido en las fases de la reanudación de actividades, como es el caso de la minería, por haber sido calificada como actividad esencial (Cfr. Oficio N° 059-2020-EF/10.01).

²³ *Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.*

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 022-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

Inaplicación del artículo 42 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR

6.10 Respecto a la aplicación del artículo 42 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, se debe resaltar el hecho de que la empresa ha cumplido con el deber de diálogo con sus trabajadores para llegar a un entendimiento sobre las modificaciones del régimen de trabajo, del que ha quedado constancia en el Convenio de Compensación de Vacaciones y Modificación de Jornada Atípica.

6.11 El Estado tiene la obligación de fomentar la negociación colectiva y respetar el carácter vinculante de los convenios colectivos²⁴. Este deber ha sido puesto de manifiesto por la OIT para resolver los conflictos laborales que pudieran surgir con motivo de las normas nacionales, que impongan restricciones para impedir la propagación de la pandemia. Por este motivo recomienda que “salvo para el cumplimiento de las directrices gubernamentales, la capacidad de un empleador para variar los turnos o los calendarios de trabajo puede depender de los convenios colectivos o los contratos aplicables a sus trabajadores. Por ejemplo, es posible que algunos empleadores cuya fuerza laboral está cubierta por un convenio colectivo tengan que consultar previamente a sus trabajadores (y es probable que también a los sindicatos) si desean modificar un acuerdo laboral. Por lo tanto, se recomienda encarecidamente a los empleadores que impliquen al sindicato (si procede) al contemplar la posibilidad de introducir ciertas variaciones en su régimen de trabajo”²⁵.

6.12 En consecuencia, al haberse acreditado la existencia de un pacto específico entre la empresa y los trabajadores, para modificar temporalmente la jornada de trabajo para compensar los días de licencia con goce de haber, con horas de sobretiempo, así como para variar el régimen de jornadas atípicas, cambiando el sistema de 09 días de labor por 05 de descanso, por uno de 30 días de labor y 15 de descanso, se ha cumplido con lo previsto por la legislación, tanto en la forma como en el fondo, puesto que se justifican por la situación geográfica del centro de trabajo y la facultad que tenía el empleador para negociar la forma en que se compensarían los días no laborados, en el contexto de la pandemia del Covid-19 y la emergencia nacional sanitaria.

(...)

4. Tipicidad. - Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

(...)

²⁴ Cfr. Constitución del Perú, art. 28.3.

²⁵ OIT, *Cómo gestionar el lugar de trabajo...*, p.28.

6.13 El convenio colectivo se encuadra dentro de las atribuciones que competen a un sindicato²⁶, de acuerdo a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo²⁷. Asimismo, el ordenamiento laboral peruano no prohíbe el trabajo una vez cumplida la jornada máxima, sea diaria o semanal. Lo que ordena es pagar una sobretasa sobre la remuneración o compensar ese tiempo con descansos retribuidos²⁸. En el presente caso, el sindicato y la empresa acordaron, por ser la solución más adecuada a las dificultades de transporte, evitación de la propagación del virus y compensación de los días no laborados, el añadir dos horas a la jornada habitual, espaciando el plazo de retorno a sus hogares, a fin de disminuir al mínimo posible los desplazamientos del personal, evitando así crear más situaciones de posibles contagios del Covid-19.

6.14 En ese sentido, cobra especial relevancia el principio de razonabilidad²⁹, cuyo contenido se encuentra vinculado directamente con el principio de proporcionalidad, esto es, con la adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada³⁰, a la luz de los hechos antes referidos. Por los argumentos antes expuestos es amparable este extremo del recurso.

Respecto de la presunta vulneración al límite de horas de trabajo

6.15 De conformidad con la LGIT y su reglamento, el Sistema de Inspección del Trabajo se rige, entre otros principios ordenadores, por el Principio de Legalidad³¹ así como por el principio de Jerarquía³²; reconociéndose además en el artículo 52 del RLGIT, la remisión

²⁶ Celebrar convenciones colectivas: art. 8 c)

²⁷ Carácter vinculante: art. 42. Plazo de vigencia: el que acuerden las partes.

²⁸ Cfr. TUO Dec. Leg. 810, art. 10: "El tiempo trabajado que exceda a la jornada diaria o semanal se considera sobretiempo y se abona con un recargo a convenir, que para las dos primeras horas no podrá ser inferior al veinticinco por ciento (25%) por hora calculado sobre la remuneración percibida por el trabajador en función del valor hora correspondiente y treinta y cinco por ciento (35%) para las horas restantes. (...) El empleador y el trabajador podrán acordar compensar el trabajo prestado en sobretiempo con el otorgamiento de periodos equivalentes de descanso.

²⁹ Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa (...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;

(...)

b) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

c) El perjuicio económico causado

(.....)

f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y

g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

³⁰ ANDRÉS PÉREZ, María del Rocío. *El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo sancionador*. Barcelona: Bosch, 2008, p.8

³¹ Ley General de Inspección del Trabajo, Ley N° 28806

Artículo 2.- Principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo

El funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección del Trabajo, así como de los servidores que lo integran, se regirán por los siguientes principios ordenadores:

1. Legalidad, con sometimiento pleno a la Constitución Política del Estado, las leyes, reglamentos y demás normas vigentes.

(...)

³² Ley General de Inspección del Trabajo, Ley N° 28806

Artículo 2.- Principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 022-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

a los principios que regulan la potestad sancionadora según lo dispuesto por el TUO de la LPAG, en clara referencia a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1272, a través del cual la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, adquirió un carácter vinculante con respecto a todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales, no pudiéndose imponer "...condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley".³³

6.16 Así, el criterio de supletoriedad que caracterizaba la redacción inicial de la Ley N° 27444 fue dejado de lado por el legislador, a favor de un criterio unificador o regulador, encontrándose los procedimientos especiales sujetos a los alcances de esta Ley, y a los principios que ésta contiene, establecidos en el artículo IV del Título Preliminar. En esa misma línea argumentativa es importante tener en cuenta también que según el numeral 2 del artículo 247 del TUO de la LPAG³⁴, las disposiciones allí contenidas³⁵ son aplicables con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales y por ende, al procedimiento sancionador laboral.

6.17 Cabe precisar que mediante la modificación dispuesta por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1272 se eliminó el orden de prelación existente para la aplicación de los criterios de graduación precitados, de tal manera que actualmente estos pueden ser aplicados de manera indistinta³⁶.

El funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección del Trabajo, así como de los servidores que lo integran, se regirán por los siguientes principios ordenadores:
(...)

6. Jerarquía, con sujeción a las instrucciones y criterios técnicos interpretativos establecidos por la Autoridad Central del Sistema de Inspección del Trabajo para el desarrollo de la función inspectiva, así como cumpliendo las funciones encomendadas por los directivos y responsables de la Inspección del Trabajo, en atención a las competencias establecidas normativamente (a nivel nacional, regional o local)

³³ Numeral 2 del artículo II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

³⁴ *Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.*

Artículo 247.- Ámbito de aplicación de este capítulo
(...)

247.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 248, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.

Los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo.

(...)

³⁵ Esto es, los alcances del Capítulo III (Procedimiento Sancionador) del Título IV (Del procedimiento trilateral, del procedimiento sancionador y la actividad administrativa de fiscalización) del TUO de la LPAG.

³⁶ Mediante Decreto Legislativo N° 1029, del 24 de junio de 2008, se modificó el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, estableciéndose que los criterios a aplicar en el caso de la

6.18 En esa línea argumentativa, esta Sala considera que, al no haberse producido una real vulneración a los derechos invocados por las consideraciones antes señaladas, cabe amparar lo solicitado por la impugnante en este extremo.

Respecto de la responsabilidad por el no otorgamiento del descanso semanal obligatorio o su adecuada compensación

6.19 Sobre este extremo de la pretensión impugnatoria, la impugnante afirma que la autoridad inspectiva ha considerado únicamente la presencia de los trabajadores en la unidad minera, sin identificar si éstos han estado efectivamente laborando, habiendo basado su fallo en una mera suposición y no en la verificación de las restricciones en el transporte y de la cuarentena ordenada, que obligaron a muchos trabajadores a permanecer en la unidad minera, pero que la empresa cumplió con pagarles los días libres.

6.20 Como ejemplo de esta situación indica lo ocurrido con dos trabajadores: el señor Fredilberto Correa Ayay (según el reporte de asistencia, obrante a folios 11 a 12 del expediente inspectivo) del cual no sólo se registran los 54 días de permanencia, sino también se detallan las horas de ingreso y salida desde el 16 de marzo de 2020 al 09 de mayo de 2020. Igualmente, en el caso del señor Eddy Marcelino Cruz De la Cruz, no sólo se da cuenta de los 50 días de permanencia en la unidad minera, según se aprecia en los folios 12 a 13 del mismo expediente inspectivo, sino también de las horas de ingreso y salida desde el 16 de marzo de 2020 al 05 de mayo de 2020. Sin embargo, en otros casos se observa que existen días de descanso compensatorio, pero sin que se registren las horas de ingreso y salida, como es el caso del señor Jorge Luis Cusquisban Quispe, tal como se aprecia en los folios 17 y 18 del mencionado expediente.

6.21 En ese sentido, es atendible la pretensión en cuanto la autoridad competente no ha precisado con exactitud cuántos son los trabajadores que fueron afectados por extender la jornada de trabajo más allá de la convenida con los trabajadores, por la situación de cuarentena y emergencia nacional, violando así los principios de verdad material³⁷ y el de legalidad³⁸.

6.22 Por tanto, corresponde que la instancia de origen identifique a aquellos trabajadores que superan el periodo de treinta (30) días de labores efectivas continuas, y sobre éstos aplique la sanción correspondiente.

Respecto del incumplimiento de la medida de requerimiento

6.23 La Resolución de Intendencia, confirmando la de Sub Intendencia, ordenó a la empresa impugnante pagar tres multas por dos infracciones muy graves en materia de relaciones laborales: una por instaurar una jornada atípica, violatoria de los máximos establecidos en la Constitución, tipificada en el numeral 6 del artículo 25 del RLGIT; y otra, por no otorgar el descanso semanal obligatorio a los trabajadores, o su adecuada compensación, tipificada en el numeral 6 del artículo 25 del RLGIT. Y la tercera, por la infracción muy grave a la labor inspectiva, por no cumplir con la medida inspectiva de

razonabilidad se aplicarían en el orden de prelación contenida en la modificatoria en desarrollo. Posteriormente, mediante Decreto Legislativo N° 1272 se eliminó toda referencia a su aplicación de acuerdo al orden de prelación.

³⁷ Título Preliminar del TUO de la LGPA, 1.11.

³⁸ Título Preliminar del TUO de la LGPA, 1.1.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 022-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

requerimiento en relación con la restitución de una jornada máxima de ocho (8) horas diarias y cuarenta y ocho (48) horas semanales y otorgar la sobretasa del 100% por la labor efectuada en el día de descanso semanal obligatorio a los trabajadores afectados, de fecha 16 de octubre de 2020³⁹, tipificada en el numeral 46.7 del artículo 46 del RLGIT.

6.24 Sin embargo, tal como se ha podido determinar en el presente recurso, la empresa no incurrió en infracción por haber pactado una jornada atípica especial, más extensa que la ordinaria. A la vez, existen indicios de que cumplió con otorgar el descanso semanal sustitutorio a algunos de sus trabajadores, por lo que no se ha comprobado fehacientemente la comisión de la infracción en esta materia.

6.25 Por lo tanto, la medida inspectiva de requerimiento emitida a la impugnante vulnera el principio de legalidad⁴⁰, pues fue emitida en contravención de lo previsto en el artículo 14° de la LGIT, al no haberse acreditado fehacientemente el número de trabajadores afectados en cuanto al derecho al descanso, que respalde su emisión.

POR TANTO

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 29981 – Ley que crea la Sunafil, el artículo 41 de la Ley N° 28806 – Ley General de Inspección del Trabajo, los artículos 15 y 17 del Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2013-TR y sus modificatorias, y los artículos 2, 3 y 17 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2017-TR;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar FUNDADO EN PARTE el recurso de revisión interpuesto por MINERA LA ZANJA S.R.L., en contra de la Resolución de Intendencia N° 034-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ de fecha 31 de marzo de 2021, emitida por la Intendencia Regional de Cajamarca dentro del procedimiento administrativo sancionador recaído en el expediente N° 173-2020-PS-SUNAFIL/IRE-CAJ-SIA.

SEGUNDO.- En consecuencia, REVOCAR la Resolución de Intendencia N° 034-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ en el extremo en el que declara infundado el recurso de apelación y confirma la sanción impuesta, REFORMULÁNDOLA y DECLARÁNDOLA FUNDADA EN PARTE, dejando sin efecto la sanción impuesta por la Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 036-2021-SUNAFIL/IRE-

³⁹ Obrante a folios 180 del expediente inspectivo; se dio un plazo de tres (03) días hábiles para el cumplimiento de la medida, esto es el 22 de octubre de 2020.

⁴⁰ TUO de la LPAG, artículo IV. 1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

CAJ/SIRE de fecha 29 de enero de 2021, por las razones expuestas en los fundamentos 6.1 a 6.24.

TERCERO.- Devolver los actuados a la Intendencia Regional de Cajamarca, para que en virtud de los considerandos 6.14 a 6.21, identifique a aquellos trabajadores que han superado el período de treinta (30) días continuos de labores, adecuando la sanción al número de trabajadores identificados dentro de dicho supuesto.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a MINERA LA ZANJA S.R.L. y a la Intendencia Regional de Cajamarca, para sus efectos y fines pertinentes.

QUINTO.- Devolver los actuados a la Intendencia Regional de Cajamarca.

SEXTO.- Disponer la publicación de la presente resolución en el portal institucional de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – Sunafil (www.sunafil.gob.pe).

Regístrese y comuníquese

Documento firmado digitalmente
Luis Erwin Mendoza Legoas
Presidente
Tribunal de Fiscalización Laboral

Documento firmado digitalmente
Desirée Bianca Orsini Wisotzki
Vocal
Tribunal de Fiscalización Laboral

Documento firmado digitalmente
Luz Imelda Pacheco Zerga
Vocal
Tribunal de Fiscalización Laboral



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 013-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

EXPEDIENTE SANCIONADOR : 501-2018-SUNAFIL/ILM
PROCEDENCIA : INTENDENCIA DE LIMA METROPOLITANA
IMPUGNANTE : CORPORACIÓN LINDLEY S.A.
ACTO IMPUGNADO : RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA N° 519-2021-SUNAFIL/ILM
MATERIA : - RELACIONES LABORALES
- LABOR INSPECTIVA

Sumilla: Se declara *INFUNDADO* el recurso de revisión interpuesto por *CORPORACIÓN LINDLEY S.A* en contra de la Resolución de Intendencia N° 519-2021-SUNAFIL/ILM, de fecha 25 de marzo de 2021

Lima, 31 de mayo de 2021

VISTO: El recurso de revisión interpuesto por *CORPORACIÓN LINDLEY S.A.* (en adelante **la impugnante**) contra la Resolución de Intendencia N° 519-2021-SUNAFIL/ILM, de fecha 25 de marzo de 2021 (en adelante **la resolución impugnada**) expedida en el marco del procedimiento sancionador, y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante Orden de Inspección N° 9421-2017-SUNAFIL/ILM, se dio inicio a las actuaciones inspectivas de investigación respecto de la impugnante, con el objeto de verificar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral¹, las cuales culminaron con la emisión del Acta de Infracción N° 2421-2017-SUNAFIL/ILM (en adelante, el **Acta de Infracción**), mediante la cual se propuso sanción económica a la inspeccionada por comisión de infracciones en materia de relaciones laborales y contra la labor Inspectiva.
- 1.2 Con fecha 03 de setiembre de 2018 se notificó la Imputación de Cargos N° 603-2018-SUNAFIL/ILM/SIAI.
- 1.3 De conformidad con el numeral 53.2 del artículo 53° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo – Decreto Supremo N° 019-2006-TR (en adelante, el **RLGIT**), la autoridad instructora emitió el Informe Final de Instrucción N° 797-2018-SUNAFIL/LM/SIAI, (en adelante, el **informe final**) a través del cual llega a la conclusión que se ha determinado la existencia de las

¹ Se verificó el cumplimiento sobre las siguientes materias: Discriminación en el trabajo, Convenios Colectivos, Libertad Sindical.

conductas infractoras imputadas a la impugnante, recomendando continuar con el procedimiento administrativo sancionador en su fase sancionadora y procediendo a remitir el Informe Final y los actuados a la Sub Intendencia de Resolución, la cual mediante Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 076-2019-SUNAFIL/ILM/SIRE3 de fecha 18 de enero de 2019, multó a la impugnante por la suma de S/ 318,937.50 por haber incurrido en:

- Una infracción MUY GRAVE en materia de relaciones laborales, por afectar la libertad sindical, estando a que la inspeccionada los días 22 y 23 de marzo de 2016 y los días 28 y 29 de marzo de 2017 fueron considerados como inasistencias injustificadas y se procedió a amonestar por escrito a los trabajadores afiliados al Sindicato Nacional de Trabajadores de Embotelladora Corporación Lindley S.A. (en adelante SINATREL), tipificada en el numeral 25.10 del artículo 25 del RLGIT.
- Una infracción GRAVE en materia de relaciones laborales, por no cumplir con el convenio colectivo 2015-2017 (numeral 3), al no pagar el bono por cumplimiento de objetivos y resultados "Bono Copa", correspondiente a los trimestres enero- marzo de los años 2016 y 2017, tipificada en el numeral 24.4 del artículo 24 del RLGIT.
- Una infracción MUY GRAVE a la labor inspectiva, por no cumplir con la medida inspectiva de requerimiento adoptada el 04 de octubre de 2017, tipificada en el numeral 46.7 del artículo 46 del RLGIT.

1.4 Mediante escrito de fecha 04 de marzo de 2019, la impugnante interpuso recurso de apelación contra la Resolución de primera instancia, argumentando:

- i. Se ha vulnerado el derecho al debido procedimiento, toda vez que se le imputa haber sancionado a sus trabajadores por la huelga ilegal del año 2016 aun cuando ello no ha sido materia del procedimiento inspectivo. Sin embargo, no sancionó a sus trabajadores por haber asistido a la huelga del año 2016, lo cual se demuestra en el informe final, el cual mencionó solo la amonestación por la huelga del año 2017. Asimismo, la asistencia de los trabajadores a una huelga que es declarada como improcedente e ilegal no puede ser considerada como un comportamiento no sancionable del trabajador. Lo anterior evidencia que la sanción no se encuentra ajustada a los hechos verificados en la inspección, incurriendo en vicio de nulidad.
- ii. No ha sancionada ilegalmente a sus trabajadores, ya que la huelga por la cual se le sancionó fue declarada ilegal mediante Resolución General Directoral N° 042-2017-MTPE/2/14. Dado que la declaración de legalidad no fue impugnada y por tanto, causó estado, el día 25 de mayo de 2017 la empresa decidió amonestar por escrito a sus trabajadores por haber incurrido en las faltas injustificadas los días 28 y 29 de marzo de 2017 en ejercicio de la facultad disciplinaria; por ende, no se desprende que haya incurrido en un acto de injerencia antisindical, sino que las ausencias de dichos trabajadores fueron calificadas válidamente como inasistencia injustificada. Sobre el particular, a través de la Resolución de Intendencia N° 043-2015-SUNAFIL/ILM, se ha ratificado la validez de que el empleador sancione a sus trabajadores por incurrir en inasistencia injustificadas cuando estos acatan huelgas improcedentes o ilegales. Lo resuelto no es un



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 013-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

supuesto distinto al presente caso, como menciona la resolución apelada sin señalar ninguna razón.

- iii. La única razón con la que se ampara la resolución apelada es la del artículo 39 del Reglamento de la Ley de Fomento de empleo. Sin embargo, su motivación es contradictoria, toda vez que se indica que no tuvo la necesidad de efectuar el requerimiento colectivo de reincorporación de sus labores a los trabajadores, mediante cartelón ubicado en un lugar visible de la puerta principal del centro de trabajo, pues la huelga por la que se sancionó a sus trabajadores ya había culminado a la fecha de su declaratoria de ilegalidad, por lo que se encontraba en un supuesto de hecho distinto al establecido en la norma, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a lo establecido en la Resolución de Intendencia N° 043-2015-SUNAFIL/ILM. Por ende, la resolución apelada se ha basado en la interpretación antojadiza de un artículo que resulta inaplicable al caso en concreto. Sunafil considera que la ausencia de los trabajadores es legal, contraviniendo lo señalado por el Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo.
- iv. De igual modo, se descarta que la medida adoptada afecte la libertad sindical de los trabajadores afiliados al SINATREL ya que no se ha demostrado de manera objetiva que el hecho de que la empresa haya sancionado a los trabajadores que no asistieron a laborar injustificadamente es consecuencia directa de alguna afectación concreta a la esfera sindical.
- v. La medida tomada por la empresa para sancionar estas faltas laborales ha sido proporcional y razonable, consistiendo en tan solo una amonestación escrita, con la finalidad de exhortar a los trabajadores a enmendar su proceder en futuras ocasiones, sobre todo porque las inasistencias injustificadas en esos días de paralización conllevaron importantes pérdidas para la empresa.
- vi. En el presente caso, la única razón por la que no se pagó el Bono Copa a los trabajadores afiliados al SINATREL se debió porque no cumplían todos los requisitos establecidos para su entrega, los cuales no han sido analizados por los inspectores y la Sub Intendencia de Resolución. Sin perjuicio de ello, gran parte de los afiliados al SINATREL no percibieron dicho beneficio debido a que no cumplían con el requisito de no tener faltas injustificadas en el primer trimestre del año 2016 y 2017, lo cual es distinto a que dicho beneficio no se haya pagado únicamente por las inasistencias injustificadas derivadas de las huelgas declaradas improcedente e ilegales. Por ende, no es correcto afirmar que el Bono Copa no le fue entregado a los trabajadores de SINATREL sin una justificación válida.

- vii. Los inspectores toaron su decisión de sancionarle en base a presuntas declaraciones que su representante habría realizado y que no obran en el expediente, por lo que dicha declaración es un hecho no comprobado, pero que resulto siendo esencial para sancionarle. Es falso que se haya afirmado que el Bono Copa no fue pagado por el acatamiento de las huelgas de los años 2016 y 2017, conforme dicen los inspectores y la Autoridad instructora. Pese a ello, la resolución apelada no ha respondido a esta irregularidad que fue denunciada en el escrito de descargo, ya que en ninguno de sus considerandos se ha referido a ello, vulnerando su derecho a la defensa. Por ende, corresponde declarar la nulidad de la resolución apelada.
- viii. Del mismo modo, sobre lo mencionado en el considerando 35 de la resolución apelada, se advierte que se ha invertido ilegalmente la carga de la prueba en su contra. En lugar de que la administración pruebe el supuesto incumplimiento de la empresa, es ésta quien debe probar que no incumplió, lo cual vulnera los principios del debido procedimiento y la presunción de licitud, y pretende sancionarle en lugar de demostrar el incumplimiento de las reglas que rigen la inspección de trabajo.
- ix. En el supuesto negado de que se haya cometido alguna infracción, la resolución apelada también ha vulnerado el principio de concurso de infracciones al sancionarle por una misma conducta: considerar los días de huelga ilegal como días de inasistencia injustificada al multarle por afectar la libertad sindical, no pagar el Bono Copa y no cumplir con la medida de requerimiento. En este caso, solo procede que la autoridad sancione por la infracción más grave, lo cual vicia la nulidad el procedimiento.
- x. Todas las irregularidades antes denunciadas tienen incidencia directa en la motivación de la resolución apelado, esto es: (a) sancionarle por haber amonestado a los trabajadores por la huelga del año 2016 cuando se trataba de un hecho no probado en el procedimiento y sin sustento fáctico;(b) sancionarle sobre la base del artículo 39 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, que no resulta aplicable al presente caso;(c) la Sub Intendencia ha determinado que no resulta aplicable el precedente instaurado por la Intendencia de Lima Metropolitana en la Resolución de Intendencia N° 043-2015-SUNAFIL/ILM, sin haber dado un motivo válido para apartarse; (d) determinar que el Bono Copa no se pagó en base a una presunta declaración de su representante que no obra en el expediente y que, al ser un hecho no comprobado, no puede usarse como fundamento de una infracción administrativa; (e) se ignoró y no se pronunció sobre los denunciados en sus descargos respecto a que dicha declaración no se encontraba en el expediente; (f) pretender que cumpla con acreditar su no incumplimiento, lo cual estaba basado en una inversión de la carga de la prueba; (g) motivar indebidamente sus infracciones al indicar que la conducta en la que incurre debe ser sancionada con tres infracciones distintas, vulnerando el principio de concurso de sanciones, (h) se evidencia que en sus anexos 1 y 2, que integra la resolución apelada, hace referencia al pago de Bono Copa 2016, faltando el detalle de los supuestos trabajadores por el que se les estaría imputando las faltas de amonestaciones del año 2017 y el no pago del Bono Copa del mismo año. Es claro que la resolución debe ser declarada nula.
- xi. Asimismo, en el Acta de Infracción, se puede advertir que el Inspector Auxiliar ha realizado actuaciones inspectivas en forma excluyente y



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 013-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

exclusiva, lo cual constituye una extralimitación de su ámbito de competencia funcional establecido en los artículos 4 y 6 de la LGIT. Se realizó visitas el 25 de agosto y 04 de octubre de 2017 sin la presencia de un inspector de trabajo o Supervisor Inspector, lo cual no está permitido por el ordenamiento a la fecha en que se realizaron, pues solo estaba facultado para colaborar o apoyar. La Sub Intendencia pretende validar la actuación del Inspector auxiliar basándose en el numeral 6.6.4.4 de la Directiva N° 001-2016-SUNAFIL/INI; sin embargo, bajo ninguna interpretación puede considerarse una habilitación a los inspectores auxiliares para realizar actuaciones inspectivas, pues este describe el trámite de la convalidación de actuaciones inspectivas desarrolladas por un inspector auxiliar incompetente, que no es el supuesto. De acuerdo a lo establecido por el artículo 70 y siguientes de la Ley 27444, la competencia funcional se rige por la ley, reservando su reglamentación a las normas administrativas; por ello, no es posible que una interpretación antojadiza de la Directiva se pretenda otorgar mayores competencias al Inspector Auxiliar. Incluso cuando se pretenda aplicar el numeral 6.6.4.4 de la Directiva, es claro que no exime al Inspector de Trabajo de formar parte en todas las actuaciones inspectivas y que se puede prescindir del inspector auxiliar en una o más de ellas. Incluso la propia Dirección General de Inspección del Trabajo ha ratificado dicha posición en la Resolución Directoral General N° 230-2013-MTPE/1/20.4. En tal sentido, el procedimiento inspectivo es nulo, ya que contravino los principios de legalidad, jerarquía y probidad.

- xii. El procedimiento es nulo al haberse realizado una subsanación del Acta de Infracción contraria al principio de legalidad. Esta Subsanación procede únicamente ante las causales taxativas establecidas por el artículo 53 numeral 53.2 del RLGIT. En tal sentido, se emitió un Informe subsanatorio que no se dio conforme a los límites establecidos por la ley, sino que ocurrió en irregularidades: (a) por no notificar a la empresa de la decisión de la Autoridad Instructora de ordenar la subsanación del Acta de infracción, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 53 del RLGIT y (b) por no haberse emitido ante la ausencia o incumplimiento de los requisitos del artículo 54 del RLGIT, en tanto el informe tuvo como finalidad variar las imputaciones de tal forma que se produjo una *Reforma In Peius* de las infracciones identificadas inicialmente en el Acta de infracción. El informe propone infracciones totalmente distintas a las imputadas en el Acta de infracción. La infracción referida a haber amonestado por escrito a los trabajadores afiliados al SINATREL fue modificada en su integridad y es totalmente distinta a la señalada en la medida de requerimiento- Pese a que el Acta de infracción cumplía con todos los requisitos del artículo 54 del RLGIT, se dispuso la subsanación del Acta de Infracción con el único objeto de dar una nueva valoración a los hechos verificados por los inspectores, reformulando la imputación en forma más perjudicial. Por ello, es nulo el procedimiento.

- xiii. No puede ser sancionado en aplicación del principio de predictibilidad o de confianza legítima, en atención a que la Intendencia ha señalado en un procedimiento previo que es válido el uso de la facultad sancionadora de la Administración ante huelgas improcedentes e ilegales de sus trabajadores. Este caso es exactamente igual al ocurrido en la Resolución de Intendencia N° 043-2015-SUNAFIL/ILM en tanto los trabajadores amonestados habían acatado un huelga que había sido declarada improcedente, con posterioridad al acatamiento de la huelga improcedente e ilegal, se reconoció la ilegalidad de la misma, y una vez que la resolución declaratoria de ilegalidad quedó ejecutoriada al agotarse la vía administrativa se procedió a sancionar a sus trabajadores por considerar a los días de ausencia como faltas injustificadas. Es posible notar que no existe una Resolución de Intendencia publicada en un repositorio web que disponga lo contrario a lo resuelto por aquella. Aún si se considera que la Sub Intendencia decidió apartarse del precedente sentado por la Administración, ello no está justificado. Se sancionó al personal en base a la solución normativa brindada por la Resolución de Intendencia N° 043-2015-SUNAFIL/ILM, por lo que aun cuando se estime que la solución es la contraria a la inicialmente establecida se trata de un error inducido por la propia Administración porque la Resolución de Intendencia fue una disposición administrativa ilegal y confusa; por lo que corresponde declarar su nulidad.

1.5 Mediante Resolución de Intendencia N° 519-2021-SUNAFIL/ILM, de fecha 25 de marzo de 2021², la Intendencia de Lima Metropolitana declaró fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por la impugnante, revocando en parte la resolución de Sub Intendencia N° 076-2019-SUNAFIL/ILM/SIRE3, de fecha 18 de enero de 2019, confirmándola en lo demás que contiene. Asimismo, adecuó la sanción impuesta a CORPORACION LINDLEY S.A a la suma de S/ 282,487.50, por los siguientes fundamentos:

- i. No existe contradicción en la motivación cuando se ha señalado que la inspeccionada no tuvo la necesidad de efectuar el requerimiento colectivo de reincorporación de sus labores a los trabajadores, mediante cartelón, pues la huelga por la que se sancionó a sus trabajadores ya había culminado a la fecha de su declaratoria de ilegalidad. En ese entendido, la inspeccionada aplicó sanciones cuando las ausencias ocurrieron en forma anterior a la declaración de ilegalidad de huelga del 28 y 29 de marzo de 2017 realizada por medio de resolución administrativa firme.
- ii. Lo resuelto por la autoridad de primera instancia no contraviene lo señalado por la autoridad administrativa de trabajo en las huelgas llevadas a cabo en los años 2016 y 2017, pues su pronunciamiento solo aborda la ilegalidad de la huelga efectuada, pero no trata de si las ausencias incurridas por los trabajadores con motivo de la medida de fuerza son justificadas o injustificadas. Además, ello no se encuentra dentro del ámbito de competencia del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- iii. Solo es posible sancionar las ausencias injustificadas que ocurran luego de la resolución que resuelve la declaración de ilegalidad y que se encuentre firme, no así antes de ello. Por ende, la inspeccionada estaba vedada de aplicar sanciones disciplinarias, cualesquiera que sean estas, por aquellos días anteriores a la ilegalidad declarada mediante resolución firme.

² Notificada a la inspeccionada el 29 de marzo de 2021.



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 013-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

- iv. Ha quedado determinado que la inasistencia al centro de trabajo ocurrió en un contexto en que los trabajadores ejercieron el derecho a la huelga, por lo que no configura un incumplimiento de obligaciones de trabajo por parte de los afiliados al SINATREL, sino una suspensión colectiva de trabajo que se legitima por el ejercicio de sus derechos fundamentales a la libertad sindical y a la huelga; en ese sentido, el no haber pagado el Bono Copa a los trabajadores sindicalizados atenta contra lo acordado en el convenio colectivo 2015-2017.
 - v. Se aprecia que el hecho de haber calificado indebidamente a los días 22 y 23 de marzo de 2016 y 28 y 29 de marzo de 2017 como inasistencia injustificada no solo generó que se afecte la libertad sindical de SINATREL, al no reconocer el ejercicio legítimo del derecho de huelga en estos días, sino que ello también conllevó a que, posteriormente, la inspeccionada no otorgue el Bono Copa a los afiliados al SINATREL a consecuencia de que consideró erradamente que estos días calificaban como inasistencia injustificada, por lo que esta situación genera la aplicación del concurso de infracciones, debiendo por ello revocarse la multa impuesta por la infracción de menor gravedad, sin perjuicio de que la inspeccionada cumpla con subsanar este incumplimiento en tanto no desaparece su responsabilidad.
 - vi. Conforme al numeral 6.6.4.4 de la Directiva N° 001-2016-SUNAFIL/INII, no es necesario la participación de todos los miembros del equipo de inspectores en todas las diligencias inspectivas de investigación; sin embargo, antes de emitirse la medida Inspectiva de requerimiento deben haber participado en, por lo menos, una actuación Inspectiva de investigación, advirtiéndose que se ha dado cumplimiento a lo señalado en la Directiva; en consecuencia, no existe vicio de nulidad que recaiga en la competencia funcional del inspector auxiliar, careciendo de sustento legal lo señalado por la inspeccionada en este punto.
 - vii. Los argumentos esbozados en la apelación no desvirtúan la responsabilidad en las infracciones en la que ha incurrido la inspeccionada, las cuales ha sido debidamente determinadas por la autoridad de primera instancia, salvo en la sanción conforme a lo desarrollado en los considerandos 3.31 a 3.34 de la presente resolución.
- 1.6** Mediante escrito de fecha 20 de abril de 2021, la impugnante presentó ante la Intendencia de Lima Metropolitana el recurso de revisión en contra de la Resolución de Intendencia N° 519-2021-SUNAFIL/ILM.
- 1.7** La Intendencia de Lima Metropolitana admitió a trámite el recurso de revisión y elevó los actuados al Tribunal de Fiscalización Laboral, mediante Memorandum-

0615-2021-SUNAFIL/ILM, recibido el 27 de abril de 2021 por el Tribunal de Fiscalización Laboral.

II. DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

- 2.1** Mediante el artículo 1 de la Ley N° 29981³, se crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, **Sunafil**), disponiéndose en el artículo 7 de la misma Ley, que, para el cumplimiento de sus fines, la Sunafil contará dentro de su estructura orgánica con un Tribunal de Fiscalización Laboral.
- 2.2** Asimismo, de conformidad con el artículo 15 de la Ley N° 29981⁴, en concordancia con el artículo 41 de la Ley General de Inspección del Trabajo⁵ (en adelante, **LGIT**), el artículo 15 del Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2013-TR⁶, y el artículo 2 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2017-TR⁷ (en adelante, **el Reglamento del Tribunal**), el Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión, constituyéndose en última instancia administrativa.

III. DEL RECURSO DE REVISIÓN

- 3.1** El artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley de N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, **TUO de la LPAG**) establece que frente a un acto

³ "Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales"

Artículo 1. Creación y finalidad

Créase la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), en adelante Sunafil, como organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias."

⁴ "Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales"

Artículo 15. Tribunal de Fiscalización Laboral

El Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia.

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión. Expide resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

(...)"

⁵ "Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo"

Artículo 41.- Atribución de competencias sancionadoras

(...)

El Tribunal de Fiscalización Laboral resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que se interponga recurso de revisión. Las causales para su admisión se establecen en el reglamento.

El pronunciamiento en segunda instancia o el expedido por el Tribunal de Fiscalización Laboral, según corresponda, agotan con su pronunciamiento la vía administrativa."

⁶ "Decreto Supremo N° 007-2013-TR, Reglamento de Organización y Funciones de Sunafil"

Artículo 15.- Instancia Administrativa

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión."

⁷ "Decreto Supremo N° 004-2017-TR. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral"

Artículo 2.- Sobre el Tribunal

El Tribunal es un órgano colegiado que resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que proceda la interposición del recurso de revisión, según lo establecido en la Ley y el presente Reglamento. Sus resoluciones ponen fin a la vía administrativa.

El Tribunal tiene independencia técnica en la emisión de sus resoluciones y pronunciamientos, no estando sometido a mandato imperativo alguno.

Los pronunciamientos que así se determinen en Sala Plena del Tribunal constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria para todas las entidades conformantes del Sistema."



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 013-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede la contradicción en la vía administrativa mediante recursos impugnativos, identificándose dentro de éstos al recurso de revisión, entre otros. A diferencia de los otros recursos establecidos en dicha Ley, para su interposición, el legislador debe de otorgarle esta facultad al administrado mediante un ley o decreto legislativo específico, siéndole aplicable los términos generales para los recursos impugnativos, esto es, que el término de su interposición y el plazo para su resolución -en días hábiles- es de quince (15) y treinta (30) días respectivamente.

- 3.2** Así, el artículo 49 de la LGIT, modificada por el Decreto Legislativo N° 1499, define al recurso de revisión como un recurso administrativo del procedimiento administrativo sancionador con carácter excepcional, interpuesto ante la autoridad que resolvió en segunda instancia a efectos de que lo eleve al Tribunal de Fiscalización Laboral, estableciéndose en el artículo 55 del RGLIT, modificado por Decreto Supremo N° 016-2017-TR, que los requisitos de admisibilidad y procedencia se desarrollarían en el Reglamento del Tribunal.
- 3.3** En esa línea argumentativa, el Reglamento del Tribunal define al recurso de revisión como el recurso administrativo destinado a contradecir las resoluciones emitidas en segunda instancia por la Intendencia de Lima Metropolitana y las Intendencias Regionales de Sunafil, así como por las Direcciones de Inspección del Trabajo u órganos que cumplan esta función en las Direcciones y/o Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo, señalando de manera expresa que el recurso de revisión sólo procede por las causales taxativamente establecidas como materias impugnables en el artículo 14 de dicha norma, esto es: i) la inaplicación así como la aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral; y, ii) El apartamiento inmotivado de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de Fiscalización Laboral.
- 3.4** Así, el recurso de revisión se interpone contra las resoluciones de segunda instancia emitidas por autoridades del Sistema de Inspección del Trabajo que no son de competencia nacional, que sancionan las infracciones calificadas como muy graves en el RGLIT y sus modificatorias; estableciéndose en el artículo 17 del Reglamento del Tribunal que éste se encuentra facultado para rectificar, integrar, excluir e interpretar la resolución emitida por la segunda instancia administrativa, debiendo motivar la realización de cualquiera de las acciones antes descritas.

IV. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN POR PARTE DE CORPORACIÓN LINDLEY S.A.

- 4.1** De la revisión de los actuados, se ha identificado que CORPORACIÓN LINDLEY S.A. presentó el recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 519-

2021-SUNAFIL/ILM, emitida por la Intendencia de Lima Metropolitana, en la cual se impuso la sanción a la inspeccionada por la suma S/ 282,487.50 por la comisión de las infracciones, entre otras, tipificadas como MUY GRAVES, previstas en los artículos 25.10 y 46.7 el RLGIT, dentro del plazo legal de quince (15) días hábiles, computados a partir del 29 de marzo de 2021, fecha en que fue notificada la citada resolución⁸.

- 4.2 Así, al haberse identificado que el recurso interpuesto por el solicitante cumple con los requisitos legales previstos en el Reglamento del Tribunal y en las normas antes citadas, corresponde analizar los argumentos planteados por CORPORACIÓN LINDLEY S.A.

V. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REVISIÓN

- 5.1 Mediante escrito de fecha 20 de abril de 2021, la impugnante fundamenta su recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 519-2021-SUNAFIL/ILM, señalando que ha existido una aplicación errónea de las normas de protección de la Libertad Sindical, inaplicación del artículo 9 de la LPCL, inaplicación de las normas referente al debido procedimiento en el procedimiento inspectivo, así como tampoco se ha fundamentado el nexo causal entre la imposición de la sanción y la afectación a la libertad sindical, argumentando al respecto:

- Aplicación errónea de las normas de protección de la Libertad Sindical

Las huelgas llevadas a cabo el 2016 y el 2017, fueron declaradas improcedentes y aun así fueron llevadas a cabo, razón por la cual fueron declaradas ILEGALES. En ambas ocasiones, la organización sindical no acreditó el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 63 de la LRCT,

La organización sindical inició temerariamente no uno, sino dos procedimientos de declaración de huelga sin cumplir abiertamente con los requisitos establecidos en la LRCT y su Reglamento, es decir, el Sindicato sabía desde un inicio que no se encontraba dentro del ámbito de protección del derecho a la huelga y aun así paralizó sus labores. Es decir, realizó una paralización irregular que bajo ningún supuesto podía ser declarada como una huelga procedente, toda vez que se habían incurrido en omisiones insubsanables desde su inicio.

El Sindicato no cumplió con acreditar que la Empresa se haya negado a cumplir una resolución judicial consentida o ejecutoriada relativa al incumplimiento de disposiciones legales o convencionales de trabajo, requisito que no podía ser subsanado durante la tramitación de la declaración de la huelga, en tanto no existía ningún proceso judicial sobre las materias de reclamo que sustentaban la medida de fuerza. Es decir, las paralizaciones efectuadas o supuestas "huelgas" desde su origen fueron irregulares y no había ninguna posibilidad de adecuarla a la Ley, porque simplemente nuestro sistema legal no permite ejercer la huelga contra un acto que ni ocurre en el marco de una negociación colectiva ni constituye el incumplimiento de una resolución judicial consentida o firme, que resuelve un conflicto derivado del incumplimiento de una norma convencional.

⁸ Iniciándose el plazo el 30 de marzo de 2021.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 013-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

La organización sindical deliberadamente decidió promover paralizaciones a sabiendas que no se cumplían los requisitos para el ejercicio regular del derecho a la huelga.

La Intendencia omite que los trabajadores actuaron irregularmente. Las paralizaciones del 2016 y del 2017 nunca iban a ser aprobadas porque nunca fueron un supuesto legítimo de huelga. Es decir, no estábamos ante huelgas legítimas cuya ilegalidad se declaró ilegal por algún hecho posterior. Por el contrario, estábamos ante dos paralizaciones que nunca estuvieron amparadas por el ordenamiento, que simplemente siguieron el procedimiento de huelga para generar confusión pero que no cumplieron el primer y principal requisito: tener un incumplimiento del empleador declarado por el Poder Judicial, es decir omitieron un requisito que era insubsanable.

Es evidente que la Intendencia interpreta erróneamente el artículo 28 de la Constitución y del artículo 63 de la LRCT, en tanto amplía el velo protector del derecho a la huelga, a supuestos ilegales, que nacieron viciados y nunca iban a ser validados por la Administración de Trabajo.

La Corte Suprema deja en claro que es posible sancionar a los trabajadores que acaten una medida de fuerza como la huelga, a pesar de que esta sea declarada previamente improcedente. Ello es posible solamente debido a que se evidencia una actitud temeraria de la organización sindical que actúa en contra del ordenamiento vigente y que bajo ningún criterio podría ser amparado con la protección a la libertad sindical.

Inaplicación del artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

No es cierto que las inasistencias de los trabajadores se encontraran amparadas en la protección del ejercicio del derecho de huelga, en tanto ambas paralizaciones fueron adoptadas contraviniendo directamente los requisitos establecidos por ley, y bajo ningún escenario, cabía la posibilidad que fueran declaradas procedentes, y mucho menos legales.

No existe duda alguna de que los trabajadores incurren en una conducta grave cuando paralizan labores por una huelga declarada improcedente, y por tanto la Empresa tenía expedito su derecho, en el caso concreto, para imponer las sanciones que considerase conveniente, en tanto estábamos frente a paralizaciones completamente irregulares.

Al inaplicar los alcances de la potestad disciplinaria del empleador, contenida en el artículo 9 de la LCPL, la Intendencia intenta menoscabar los derechos como empleador de Lindley, en tanto convalida el ejercicio irregular e ilegal del derecho de huelga, lo que evidentemente, además de lo mencionado, supone un vicio de motivación. Sostener lo contrario significaría vaciar el contenido de la potestad disciplinaria del empleador en tanto se le obligaría a soportar actos ilegales, sin posibilidad a cuestionarlos de ninguna manera, más aún si en el caso concreto la paralización llevada a cabo por la organización sindical no tenía ninguna posibilidad de ser declarada procedente y legal, en tanto incurrió en defectos insubsanables desde su inicio.

Respecto al análisis de la sanción en sí misma, cabe recordar que esta no se encuentra dentro del ámbito de competencia de la Sunafil, sino que por el contrario dicha facultad, en aplicación al principio de legalidad, solo le correspondería al Poder Judicial.

- Inaplicación de las normas referentes al debido procedimiento en el procedimiento inspectivo

La resolución de intendencia excede las competencias otorgadas a SUNAFIL al analizar las sanciones impuestas a los trabajadores, las cuales solo pueden ser calificadas en sede judicial.

Esta inaplicación vulnera el principio de predictibilidad y rompe la uniformidad de la jurisprudencia administrativa del Sistema de Inspección del Trabajo, porque en este caso SUNAFIL está desconociendo lo que resolvió en otros casos, tal como se aprecia en los extractos antes presentados. Es decir, quebrantó- sin justificación- la expectativa legítima que generaron esos pronunciamientos.

No se ha fundamentado cuál ha sido el nexo causal entre la imposición de las sanciones y la afectación a la libertad sindical.

Observamos que en el considerando 3.4 de la Resolución se establece que la vulneración a la libertad sindical se habría producido por haber calificado como inasistencias injustificadas la ausencia de los trabajadores a sus labores, y además por haber sancionado dichas inasistencias en el año 2017. Sin embargo, más adelante, en el considerando 3.18 señala que la acción proscrita (que supuestamente podría vulnerar el derecho a la libertad sindical), sería la aplicación de las sanciones disciplinarias, criterio que repite en el considerando 3.19. Finalmente, en el considerando 3.20 pareciera que hace especial énfasis en la calificación de la inasistencia y no en la sanción impuesta.

La Intendencia no ha señalado el nexo causal entre la calificación de las ausencias de los trabajadores como faltas injustificadas, o incluso lo que es peor, por las amonestaciones escritas y la supuesta vulneración al derecho de huelga.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 013-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

La resolución no ha motivado por qué considera que existió una infracción a la labor Inspectiva

La Resolución no sustenta en qué medida el incumplimiento de la Medida Inspectiva de Requerimiento es una infracción a labor inspectiva, a pesar de que este extremo fue cuestionado en el escrito de apelación presentado, toda vez que se consideró que este supuesto se encontraba dentro del Concurso de Infracciones, y, por tanto, correspondía, en todo caso, solo acoger la más grave. De esta manera, la Intendencia ha omitido pronunciarse completamente respecto a este punto y por tanto ha incurrido en un error de motivación inexistente, al confirmar una infracción sin indicar el porqué.

VI. ANÁLISIS DEL RECURSO DE REVISIÓN

Sobre la aplicación errónea de las normas de protección de la Libertad Sindical

6.1. La impugnante señala que la organización sindical ha realizado una paralización irregular, que bajo ningún supuesto podía ser declarado como una huelga procedente, pues no acreditó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 63 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante TUO de la LRCT), el cual establece:

Artículo 63.- En caso de incumplimiento de disposiciones legales o convencionales de trabajo, los trabajadores podrán declarar la huelga cuando el empleador se negare a cumplir la resolución judicial consentida o ejecutoriada.

6.2. En ese entendido, la impugnante señala que existe una errónea aplicación de dicha norma, sin embargo, como se evidencia en autos, no es materia de cuestionamiento la legalidad o no de las huelgas ejercidas por la organización sindical, pues la declaración de la misma corresponde ser analizado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, tal cual lo ha efectuado en las Resolución Directoral General N° 49-2016-MTPE/2/14 y Resolución Directoral General N° 42-2017-MTPE/2/14 respectivamente.

6.3. Asimismo, la impugnante señala que siendo que las huelgas realizadas nacieron viciadas, resulta posible sancionar a los trabajadores que hayan acatado las mismas, pese a que hayan sido declaradas previamente improcedentes.

- 6.4.** Sobre el particular, debe considerarse que la libertad sindical es reconocida como un derecho laboral fundamental, la cual puede ser entendida como el *“derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y afiliarse a los de su elección, así como el derecho de los sindicatos ya constituidos al ejercicio libre de las funciones constitucionalmente atribuidas en defensa de los intereses de los trabajadores”*⁹.
- 6.5.** El derecho a la libertad sindical se encuentra reconocido en el inciso 1) del artículo 28 de la Constitución Política del Perú. Este derecho tiene un doble contenido: un aspecto orgánico, que consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales, y un aspecto funcional que consiste en la facultad de afiliarse o no a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado frente a actos que perjudiquen sus derechos y tengan como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga; es decir, la protección por pertenecer o participar de actividades sindicales.
- 6.6.** En ese entendido, “el contenido esencial de este derecho no puede agotarse en los aspectos orgánico y funcional, sino que a este núcleo mínimo e indisponible deben añadirse todos aquellos derechos de actividad o medios de acción que resulten necesarios, dentro del respeto a la Constitución y la ley, para que la organización sindical cumpla los objetivos que a su propia naturaleza corresponde, esto es, el desarrollo, la protección y la defensa de los derechos e intereses, así como el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros. Por consiguiente, cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la capacidad de obrar de un sindicato resultará atentatorio del derecho de libertad sindical”¹⁰.
- 6.7.** Por su parte, el derecho de huelga se encuentra consagrado en el inciso 3) del artículo 28° de la Constitución Política del Perú, que establece “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...) 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”.
- 6.8.** Asimismo, el TUO de la LRCT, en su artículo 72 establece que la “huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo. Su ejercicio se regula por el presente Texto Único Ordenado y demás normas complementarias y conexas”.
- 6.9.** En ese entendido, a los trabajadores les asiste el derecho de huelga, la misma que debe cumplir con los requisitos establecidos en dicha norma y su reglamento. Siendo materia de cuestionamiento, si los días en los que se efectivizan dicha medida, pese a haber sido declarado en primera instancia improcedente, son considerados como justificados o injustificados.

⁹ Palomeque, M. Carlos, "Derecho sindical español", Ed. Técnos, Madrid, 1986. pág. 73.

¹⁰ Séptimo considerando de la Sentencia recaída en el Expediente N°02211-2009-PA/TC.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 013-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

- 6.10. Así, el artículo 39° del Decreto Supremo N° 001- 96-TR, que aprueba el Reglamento de Ley de Fomento al Empleo (en adelante RLFE), establece lo siguiente:

“Artículo 39°: Los días de inasistencia injustificada en caso de huelga ilegal, se computan desde el día siguiente al requerimiento colectivo efectuado por el empleador a los trabajadores mediante cartelón colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de trabajo bajo constancia notarial o a falta de notario, bajo constancia policial, **siempre y cuando la resolución que declare ilegal la huelga haya quedado consentida o ejecutoriada.**

La resolución dictada en segunda y última instancia causa estado, desde el día siguiente a su notificación.

De no interponerse Recurso de Apelación de la resolución de primera instancia, en el término del tercer día contado a partir del día siguiente de su notificación, aquélla queda consentida”. (el énfasis es nuestro)

- 6.11. En similar sentido, el artículo 73° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N°011-92-TR (en adelante RLRCT), establece:

“Artículo 73.- Declarada la ilegalidad de la huelga mediante resolución consentida o ejecutoriada, los trabajadores deberán reincorporarse al día siguiente al del requerimiento colectivo efectuado por el empleador a los trabajadores, mediante cartelón colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de trabajo, bajo constancia notarial, o de Juez de Paz y a falta de éstos, bajo constancia policial. La resolución queda consentida a partir del vencimiento del plazo de apelación de la resolución de primera instancia, sin que esta se haya producido. La resolución dictada en segunda y última instancia causa ejecutoria desde el día siguiente a la fecha de su notificación”.

- 6.12. Así, para efectos que se considere ausencia injustificada cuando la huelga haya sido declarada ilegal, primero debe ser declarada consentida o ejecutoriada la resolución de su propósito, y luego, el empleador debe requerir a los trabajadores que vuelvan a laborar.

- 6.13. En tal sentido, “cuando la huelga sea declarada ilegal con fecha posterior a los días en que se produjo la suspensión colectiva de labores, dichos días no serán considerados como inasistencia injustificada, sino que debe entenderse su justificación en el derecho de huelga, por lo que ningún trabajador puede ser sancionado por dicho periodo”.¹¹

- 6.14. En similar sentido, el Tribunal Constitucional en el expediente recaído N° 02865-2010-PA/TC, en el voto dirimente del magistrado Vergara Gotelli, señaló:

“Tenemos entonces que los días de inasistencia injustificados-en caso de declararse la ilegalidad de la huelga- se computan desde el día siguiente de realizado el requerimiento colectivo por el empleador, cuando se tenga conocimiento que la declaratoria de ilegalidad de la huelga haya sido confirmada”.

¹¹ Casación Laboral N°15537-2015, Lima

- 6.15. Como se verifica de los medios de prueba obrantes en el expediente, mediante Resolución Directoral General N° 49-2016-MTPE/2/14 de fecha 31 de marzo de 2016 se declaró ilegal la huelga solicitada por SINATREL, la misma que fue llevada a cabo los días 22 y 23 de marzo de 2016. Asimismo, mediante Resolución Directoral General N° 42-2017-MTPE/2/14 de fecha 03 de abril de 2017 se declaró ilegal la huelga solicitada por SINATREL, la misma que fue llevada a cabo los días 28 y 29 de marzo de 2017.
- 6.16. Así, como se evidencia de lo antes señalado, si bien los trabajadores no concurrieron a laborar los días indicados, debe resaltarse que tal inasistencia y/o ausentismo, se produjo en el marco de una huelga convocada por el sindicato.
- 6.17. En relación a ello, y de acuerdo a las normas antes citadas, descritas en los considerandos precedentes, si bien de acuerdo al artículo 73° del TUO de la LRCT se ha señalado que es requisito que el Sindicato comunique a la Autoridad Administrativa su decisión de ejercer su derecho de huelga, requisito que SINATREL ha cumplido, y que dicha comunicación ha sido declarada improcedente mediante las resoluciones antes referidas, no obstante, es de señalar que dicho pronunciamiento por la Autoridad Administrativa no es definitivo, toda vez que no va a originar consecuencias a los trabajadores afiliados al sindicato, en tanto que esta parte puede ejercer su derecho de impugnación, como ha sido el caso, y solo cuando la autoridad declare ilegal la huelga y dicha decisión quede consentida, es que dicha medida se convertirá en irregular e ilegítima, y solo en dicho supuesto la inasistencia de los trabajadores a su centro de trabajo se convertirá en una inasistencia injustificada.
- 6.18. Siendo ello así, en el presente caso no se ha cumplido con los dos supuestos requeridos en el artículo 39° del Decreto Supremo N° 001-96-TR, en razón a que, respecto al primer supuesto, la declaración de ilegalidad de la huelga fue declarada con fecha posterior a los días en los que se hizo efectivas las huelgas convocadas y, respecto al segundo supuesto, no se advierte que la demandada, una vez consentida las resoluciones que declaran la ilegalidad de la huelga haya procedido con el requerimiento a los trabajadores para su reincorporación al centro de trabajo mediante la colocación de cartelones, dado que los trabajadores se reincorporaron antes de la emisión de dichas resoluciones directorales. Por lo que, no se puede considerar los días 22 y 23 de marzo de 2016 y, 28 y 29 de marzo de 2017 como inasistencia injustificada.
- 6.19. Por las consideraciones antedichas, no cabe acoger este extremo del recurso de revisión.

Sobre la inaplicación del artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

- 6.20. El artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR ha establecido el poder sancionador del empleador, señalándose que este tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 013-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador, entre otros.

- 6.21. Al respecto, Américo Plá refiere “debe existir una razonable proporcionalidad entre las sanciones aplicadas y la conducta del trabajador, tanto en lo que se refiere a la entidad de la falta como a su reiteración, como a los restantes antecedentes del trabajador sancionado¹²”. De lo que se desprende, que el empleador si bien tiene potestad sancionadora, esta potestad no es absoluta, sino que se encuentra sujeta a límites derivados de la propia naturaleza de la relación laboral, pues dicha potestad debe encontrarse dentro de los límites de la razonabilidad y proporcionalidad entre la sanción impuesta y el hecho sancionado.
- 6.22. Sobre el particular, como se evidencia de los actuados, las acciones adoptadas por la impugnante resulta lesiva al ejercicio de la libertad sindical, por tanto, la decisión adoptada lesiona abiertamente el derecho al trabajo que tienen los trabajadores afiliados a SINATREL, toda vez que los días 22 y 23 de marzo de 2016 y, 28 y 29 de marzo de 2017 se encuentran justificadas por la huelga acatada por dicho sindicato, los cuales no pueden considerarse como faltas injustificadas.
- 6.23. En esa misma línea, el Informe N° 230-2015-MTPE/4/8 señala que **“los días en los que se lleve a cabo una huelga que haya sido declarada improcedente, sea cual sea el estado de dicha declaratoria, así como los días de efectivización de una huelga que haya sido declarada ilegal en un pronunciamiento que no sea definitivo porque esté pendiente la interposición de un recurso o la resolución del mismo, no pueden ser sujeto de sanción alguna por parte del empleador. Por lo que, dichos días no pueden ser considerados como inasistencia injustificada”**. (el énfasis es nuestro)
- 6.24. Asimismo, el Informe N° 150-2018-MTPE/2/14.1, señala:

“Como se aprecia del art. 73 del RLRCT, **la obligación de retorno al centro de labores se origina a raíz de un pronunciamiento firme en sede administrativa sobre la ilegalidad de la huelga y el correspondiente llamado del empleador a retomar las labores**; en este contexto, que la comunicación de huelga tenga o no una calificación previa de improcedencia no resulta relevante para efectos de determinar la obligación de retorno de los trabajadores. Originada la obligación de retorno de los trabajadores, puede configurarse en adelante las inasistencias injustificadas, conforme se desprende del artículo 39 del RLFE.

¹² Plá Rodríguez, A. Los Principios del Derecho del Trabajo. 2da Edición. Buenos Aires. 1991. Pág. 298.

De una lectura sistemática del artículo 73 del RLRCT y 39 del RLFE conducen a entender que las sanciones por inasistencia injustificada en contexto de huelga solo pueden basarse en las ausencias posteriores a la declaratoria firme de ilegalidad de la huelga y el llamado de retorno del empleador.

En tal sentido, una suspensión disciplinaria del trabajador por ausentarse los días que corresponden a una huelga improcedente aún no declarada ilegal de manera firme excede la potestad sancionadora del empleador.

Por tanto, la suspensión disciplinaria por supuesto abandono de trabajo, sustentada en ausencia que corresponden a una huelga que no ha sido declarada ilegal de manera firme, excede la potestad sancionadora del empleador". (el énfasis es nuestro)

- 6.25. Es oportuno señalar que, la Constitución y la ley establecen que toda organización sindical tiene derecho a cumplir los objetivos inherentes a su propia naturaleza, esto es, el desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses, así como el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros. Por consiguiente, cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la capacidad de obrar de un sindicato, resulta vulneratorio del derecho de libertad sindical.
- 6.26. Wilfredo Sanguinetti señala que "(...) cabe precisar que las conductas antisindicales son de tal amplitud que pueden abarcar cualquier tipo de comportamiento capaz de lesionar el derecho a la libertad sindical, independientemente de la forma que se adopten, y al margen de toda tipificación"¹³, tal como se advierte en el presente caso, independiente de que se haya declarado improcedente o materializado la huelga, hecho que se encuentra al margen de los actos que atentan las libertades sindicales efectuada por la inspeccionada.
- 6.27. Cabe señalar, que partir de una interpretación en contrario, esto es, de que se permita sancionar disciplinariamente a los trabajadores, que como en este caso acataron una huelga que fue comunicada al empleador y luego a la Autoridad Administrativa de Trabajo oportunamente, pero que fue declarada improcedente, puede generar actos adversos al desalentar a los trabajadores a que ejerzan el derecho de huelga reconocido Constitucionalmente.
- 6.28. Respecto a lo señalado por la impugnante, sobre el ámbito de competencia para analizar las sanciones impuestas, debemos tener en consideración lo precisado en los fundamentos anteriores, así como en el contenido de las resoluciones y actuados emitidos en el presente procedimiento, que determinan que la infracción es en materia de Libertad Sindical, no siendo materia de análisis el extremo señalado por la impugnante.
- 6.29. Por las consideraciones antedichas, no cabe acoger este extremo del recurso de revisión.

Sobre la inaplicación de las normas referentes al debido procedimiento en el procedimiento inspectivo

- 6.30. La impugnante señala que se ha vulnerado el principio de predictibilidad y se ha roto la uniformidad de la jurisprudencia administrativa del Sistema de Inspección de Trabajo.

¹³ Sanguinetti Raymond, Wilfredo; Lesión de la Libertad Sindical y Comportamientos Antisindicales. Estudio de Estructura y el Contenido del Juicio de Antisindicalidad, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pp. 70-71.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 013-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

6.31. Sobre el particular, artículo IV, numeral 1.15 del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley 27444, Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, señala:

"1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables."

6.32. Así, la predictibilidad "constituye una garantía por la que se da valor jurídico a la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cual ha de ser la futura actuación del poder en aplicación del Derecho. Obviamente no se trata de dar valor a meras expectativas subjetivas, sino aquellas que surgen a partir de signos externos o bases objetivas suficientemente concluyentes dadas dentro de la ley por la autoridad, para que los administrados se orienten hacia determinada posición, tales como antecedentes, absolución de consultas, publicación de normas, difusión de requisitos, procedimientos, trámites, autoridades, etc."¹⁴

6.33. En tal sentido, como se evidencia de la resolución impugnada y de las demás actuaciones realizadas en el presente procedimiento, el fundamento de la decisión se encuentra contenida en las normas citadas como sustento, constituyendo la misma una base objetiva para la toma de decisión en cada instancia. Asimismo, se evidencia que en la resolución impugnada se ha motivado de manera adecuada lo referente al principio de predictibilidad, encontrándonos acorde a los fundamentos vertidos, no existiendo vulneración a dicho principio.

6.34. Respecto al nexo causal invocada por la impugnante, referente a la calificación de las ausencias de los trabajadores como faltas injustificadas y la supuesta vulneración al derecho de huelga, como se evidencia de la resolución impugnada en los fundamentos 3.1 al 3.20, se ha cumplido con motivar dicho principio de causalidad, por lo que concordamos con la motivación vertida en dicha resolución, aunado a los fundamentos contemplados en la presente.

6.35. Asimismo, respecto al concurso de infracciones¹⁵ invocado por la impugnante, referente a la infracción a la libertad sindical y el incumplimiento de la medida

¹⁴ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 126

¹⁵ Artículo 248° del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General: La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...) 6. Concurso de Infracciones. - Cuando

inspectiva, debemos señalar que el artículo 48-A del RLGIT, establece “que cuando una misma acción u omisión del empleador constituya más de una infracción prevista por dicho reglamento, se aplica la sanción establecida para la infracción de mayor gravedad”.

6.36. Ahora bien, cabe indicar que las conductas que han configurado las infracciones imputadas a la inspeccionada son diferentes, pues la primera se refiere a la afectación de la libertad sindical (incumplimiento de las obligaciones sociolaborales). Mientras que la segunda se refiere a no cumplir con la medida inspectiva de requerimiento de fecha 04 de octubre de 2017, que se adopta para garantizar el cumplimiento de las normas sociolaborales.

6.37. Por las consideraciones antedichas, no cabe acoger este extremo del recurso de revisión.

Sobre la solicitud de informe oral

6.38. Sobre el particular, el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, reconoce a los administrados el goce de los derechos y garantías del debido procedimiento administrativo, que comprende de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; **a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda**; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten¹⁶. *(el énfasis es nuestro)*

6.39. Al respecto, el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia recaída en el expediente N° 01147-2012-PA/TC, en sus fundamentos décimo sexto y décimo octavo señala que:

“Décimo Sexto.- De igual manera este Tribunal en constante jurisprudencia ha precisado que el derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando a los titulares de los derechos e intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa; pero no cualquier imposibilidad de ejercer estos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Este hecho se produce cuando al justiciable se le impide, de modo injustificado argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos (Exp. N.º 0582-2006-PA/TC; Exp. N.º 5175-2007-HC/TC, entre otros)”.

(...)

“Décimo Octavo.- Sobre el particular es importante precisar que el recurrente cuestiona el hecho de que se le haya privado o impedido ejercer su derecho de defensa por medio del informe oral; sin embargo, ello no constituye una vulneración de este derecho constitucional toda vez que no significó un impedimento para el ejercicio del derecho de defensa del recurrente, ya que este Colegiado en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado a este respecto manifestando que en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorios del derecho de defensa la imposibilidad del informe oral; dado que el accionante ha podido presentar sus alegatos

una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

¹⁶ Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS “Artículo IV.-Principios del procedimiento administrativo 1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...) 1.2. Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 013-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

por escrito a fin de sustentar su impugnación. En consecuencia, no se ha producido vulneración alguna del derecho constitucional de defensa del recurrente."

- 6.40.** En similar sentido, el Tribunal Constitucional en la resolución recaída en el Expediente N° 00789-2018-PHC/TC, en el literal d) del fundamento 9 señala que:

"...no resulta vulneratorio del derecho de defensa, la imposibilidad de realizar el informe oral, siempre que el interesado haya tenido la oportunidad de ejercer el derecho de defensa por escrito a través de un informe..."

- 6.41.** Ahora bien, los informes orales se sujetan a las particularidades de cada expediente, esto es, "cuando corresponda", sin que ello implique una denegatoria arbitraria, sino que se analice cuáles son los posibles efectos de la aplicación de la oralidad en el mismo, esto es si pueden agilizar el procedimiento o facilitar el entendimiento del caso debido a su complejidad, entre otras razones.
- 6.42.** Así tenemos que, el Tribunal puede prescindir del informe oral, sin que ello constituya vulneración de derechos de los administrados, debido a que éstos han podido presentar sus argumentos por escrito, así como todo documento u otro instrumento de prueba, que les haya permitido fundamentar sus actos y/o pronunciamientos.
- 6.43.** En ese entendido, este colegiado considera que cuenta con elementos de juicio suficientes para poder resolver el presente recurso, por lo que no considera pertinente llevar a cabo el informe oral solicitado por la impugnante.

POR TANTO

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 29981 – Ley que crea la Sunafil, el artículo 41 de la Ley N° 28806 – Ley General de Inspección del Trabajo, los artículos 15 y 17 del Decreto Supremo N° 007-2013-TR – Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil y sus modificatorias, y los artículos 2, 3 y 17 del Decreto Supremo N° 004-2017-TR – Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral,

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADO el recurso de revisión interpuesto por CORPORACIÓN LINDLEY S.A. en contra de la Resolución de Intendencia N° 519-2021-SUNAFIL/ILM, de fecha 25 de marzo de 2021, emitida por la Intendencia de Lima Metropolitana dentro del procedimiento administrativo sancionador recaído en el expediente N° 501-2018-SUNAFIL/ILM.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la Resolución de Intendencia N° 519-2021-SUNAFIL/ILM, en todos sus extremos, por las razones expuestas en los fundamentos 6.1 a 6.37 de la presente resolución.

TERCERO.- Declarar agotada la vía administrativa debido a que el Tribunal de Fiscalización Laboral constituye última instancia administrativa.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a CORPORACIÓN LINDLEY S.A. y a la Intendencia de Lima Metropolitana, para sus efectos y fines pertinentes.

QUINTO.- Remitir los actuados a la Intendencia de Lima Metropolitana.

SEXTO.- Disponer la publicación de la presente resolución en el portal institucional de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – Sunafil (www.sunafil.gob.pe).

Regístrese y comuníquese

Documento firmado digitalmente
Luis Erwin Mendoza Legoas
Presidente
Tribunal de Fiscalización Laboral

Documento firmado digitalmente
Desirée Bianca Orsini Wisotzki
Vocal
Tribunal de Fiscalización Laboral

Documento firmado digitalmente
Luz Imelda Pacheco Zerga
Vocal
Tribunal de Fiscalización Laboral



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 018-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

EXPEDIENTE SANCIONADOR : 1098-2016-SUNAFIL/ILM/SIRE4
PROCEDENCIA : INTENDENCIA DE LIMA METROPOLITANA
IMPUGNANTE : TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
ACTO IMPUGNADO : RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA N° 537-2021-SUNAFIL/ILM
MATERIA : LABOR INSPECTIVA

Sumilla: Se declara **FUNDADO** el recurso de revisión interpuesto por **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** en contra de la Resolución de Intendencia N° 537-2021-SUNAFIL/ILM, de fecha 25 de marzo de 2021.

Lima, 08 de junio de 2021

VISTO: El recurso de revisión interpuesto por **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** (en adelante **la impugnante**) contra la Resolución de Intendencia N° 537-2021-SUNAFIL/ILM, de fecha 25 de marzo de 2021 (en adelante **la resolución impugnada**) expedida en el marco del procedimiento sancionador, y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante Orden de Inspección N° 18924-2015-SUNAFIL/ILM, se dio inicio a las actuaciones inspectivas de investigación respecto de la impugnante, con el objeto de verificar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral¹, las cuales culminaron con la emisión del Acta de Infracción N° 037-2020-SUNAFIL/IRE-CUS (en adelante, el **Acta de Infracción**), mediante la cual se propuso sanción económica a la impugnante por la comisión de una (01) infracción muy grave a la normativa sociolaboral, y dos (02) infracciones muy graves a la labor inspectiva.
- 1.2 El 31 de mayo de 2017, se notificó al sujeto inspeccionado el acta de infracción y el proveído de fecha 24 de abril de 2017 mediante el cual se dio inicio al procedimiento sancionador, otorgándole un plazo de quince (15) días hábiles para que presente sus descargos, el mismo que fue presentado mediante escrito con registro N° 9567 presentado el 21 de julio de 2017.
- 1.3 Asimismo, con fecha 07 de noviembre de 2017, el sujeto inspeccionado presentó un escrito de téngase presente.

¹ Se verificó el cumplimiento sobre las siguientes materias: Convenios Colectivos.

1.4 En merito a los actuados y al descargo presentado, la Sub Intendencia de Resolución emitió la Resolución de Sub Intendencia N° 025-2018-SUNAFIL/ILM/SIRE4 de fecha 16 de enero de 2018, con la que se multó a la impugnante por la suma de S/ 95,392.50 por haber incurrido en:

- Una infracción GRAVE en materia de relaciones laborales, por no acreditar lo establecido en las cláusulas primera (aumento general de remuneraciones), segunda (aumento adicional de remuneraciones) y sexta (asignación por movilidad y por refrigerio) del Convenio Colectivo de Trabajo 2014-2016, así como lo dispuesto en la cláusula tercera (adelanto de utilidades 2015) del Convenio Colectivo Complementario de Trabajo 2014-2016, y lo pactado en la cláusula tercera (gratificación extraordinaria) y en la cláusula décimo novena (bonificación extraordinaria por cierre de pliego) del Convenio Colectivo de Trabajo 2014-2016, tipificada en el numeral 24.4 del artículo 24 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo – Decreto Supremo N° 019-2006-TR (en adelante, **el RLGIT**).
- Una infracción MUY GRAVE a la labor inspectiva por no cumplir con la medida inspectiva de requerimiento, de fecha 27 de abril de 2016, tipificada en el numeral 46.7 del artículo 46 del RLGIT.
- Una infracción MUY GRAVE a la labor inspectiva por inasistencia a la comparecencia programada para el 21 de abril de 2016, tipificada en el numeral 46.10 del artículo 46 del RLGIT.

1.5 Mediante escrito de fecha 23 de marzo de 2018, la impugnante interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 025-2018-SUNAFIL/ILM/SIRE4, argumentando lo siguiente:

- i. La resolución apelada es nula, ya que no se ha evaluado con profundidad la documentación que se presentó a lo largo del procedimiento inspectivo. Así, lejos de explicar de manera suficiente y motivada las razones por las que entiende que no se cumplió con desvirtuar las imputaciones realizadas, se han limitado a realizar afirmaciones que no cuentan con respaldo fáctico no jurídico.
- ii. Al evaluar las constancias de depósito bancario que se presentó con el escrito con registro N° 9567, la Sub Intendencia concluyó que la información contenida en dichas constancias no identifica a que conceptos corresponde los montos abonados a los trabajadores. Sobre este punto, resulta lógico que no se pueda advertir ello, pues reflejan el abono del monto neto que los trabajadores perciben luego de las deducciones legales, convencionales y/o judiciales.
- iii. Se ha relativizado por completo los argumentos expuestos en sus descargos sobre el hecho de que el procedimiento inspectivo tuvo como origen una denuncia interpuesta por el Sindicato único de Trabajadores de Telefónico del Perú S.A.A – SUTTP, en un acto reñido con la buena fe.
- iv. La delimitación prevista por ambas partes se explica en el hecho de que hasta antes de la fecha de su afiliación al SUTTP, las remuneraciones de los trabajadores involucrados en el Acta de Infracción se regulaban bajo los



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 018-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

alcances de la Política de Revisión Salarial y de beneficios vigentes. En el mes de junio de 2015, la compañía cumplió con otorgar a los trabajadores mencionados los beneficios previstos en la política; por ello, la delimitación convenida entre la compañía y el SUTTP tenía como objetivo evitar la duplicidad en la percepción de determinados beneficios, razón por la que el SUTTP no actuó con buena fe.

- v. La resolución apelada busca superar este argumento, validando con ello la ausencia de buena fe laboral del SUTTP, de acuerdo con el artículo 42 del Decreto Supremo N° 010-2002-TR. De esta manera, la Sub Intendencia pierde de vista lo señalado por Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 008-2005-AI/TC, al referirse al carácter y alcance del convenio colectivo, así como a lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto Supremo N° 011-92-TR y la Casación Laboral N° 4255-2017-LIMA.
- vi. Se ha incurrido en error en el considerando 40 de la resolución apelada, al señalar que hay contravención al artículo 42 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR respecto a lo sostenido por la compañía en su escrito de fecha 18 de marzo de 2016 en el que se señaló que los trabajadores involucrados en las diligencias inspectivas no fueron acreedores del pago del Bono por Cierre de Pliego 2014-2015 y 2015-2016, en tanto no cumplían con las condiciones establecidas por las partes en el convenio, para tener derecho al pago.
- vii. El incumplimiento que se le imputa por no pagar el Bono por Cierre de Pliego en la resolución apelada desnaturaliza la razón de ser de este beneficio, cuyo pago se realiza con motivo de haberse cumplido el objetivo principal de la negociación colectiva (arribar a un producto negocial); por lo que resulta razonable que se limite la entrega a solo los afiliados del SUTTP al momento de la suscripción del convenio. Admitir que el beneficio debe pagarse a todos aquellos trabajadores que se afilien a un sindicato con posterioridad al cierre del pliego, resultaría un despropósito, pues se estaría desvirtuando la esencia del beneficio.
- viii. La Compañía sí cumplió con efectuar los pagos de los beneficios económicos a los que tenían derecho los 110 trabajadores involucrados en el Acta de Infracción a partir de su correspondiente fecha de afiliación al SUTTP, lo cual es verificable con las tablas que elaboró a partir de la información contenida en las boletas y planillas de pago que obran en el expediente, de los cuales se puede verificar:
 - En el mes de diciembre de 2015, la compañía efectuó el pago de adelanto de utilidades del año 2015. A pesar de que el acuerdo de partes

estableció que el referido beneficio no iba a ser otorgado a los trabajadores que se afilien con posterioridad al 4 de setiembre de 2015. El beneficio se pagó con anterioridad al Acuerdo de Partes.

- A partir del mes de enero de 2016, el subsidio por refrigerio y movilidad que era pagado a los trabajadores en virtud de sus políticas, se empezó a pagar de conformidad con lo pactado en la cláusula sexta del convenio; por ello, se aprecia el pago diferenciado de la asignación por refrigerio y la asignación por movilidad por cada día efectivo de trabajo.
 - En el mes de enero de 2016, se puede observar la actualización de las remuneraciones percibidas, observándose un incremento de sus remuneraciones.
 - A aquellos trabajadores cuyos hijos se encontraban cursando estudios a nivel inicial, primaria y/o secundaria se les pagó la asignación escolar de acuerdo a los términos previstos en la cláusula sexta del convenio colectivo.
 - En el mes de febrero de 2016, se efectuó el pago del reintegro del incremento de remuneraciones del periodo 2015-2016, que se pactó con carácter retroactivo a diciembre de 2015.
- ix. La resolución apelada señala que las tablas presentadas no reflejan los montos de los beneficios pactados en los convenios colectivos, lo que constituye una grave inobservancia a los principios de primacía de la realidad, imparcialidad y objetividad.
- x. La Sub Intendencia también ha descartado de plano la manifestación del Secretario General Adjunto del SUTTP en la diligencia de fecha 8 de marzo de 2014. La autoridad administrativa ha señalado que la infracción atribuida se ha configurado en forma independiente a lo indicado por los representantes de la organización sindical, cuando a partir de la manifestación de dichos dirigente sindical, se advierte que al 8 de marzo de 2016, el SUTTP únicamente habría reconocido como beneficios pendientes de pago los siguientes conceptos: i) reintegro de beneficios económicos establecidos en el Convenio por el periodo 2014-2015 respecto a seis trabajadores; y, ii) bonificación por cierre de pliego correspondiente al periodo 2015-2016 respecto de los trabajadores comprendidos en la denuncia presentada por el SUTTP (126 trabajadores en total), lo que vulnera el principio de presunción de veracidad.
- xi. La Sub Intendencia ha desestimado las constancias de depósito en las cuentas de haberes de los trabajadores. El plazo de 4 días otorgado resulta irrazonable e insuficiente para recabar de las entidades financieras la documentación correspondiente. Así la presentación de dicha documentación sin haber previamente testear la información de los trabajadores no comprendidos, exponía a la compañía a transgredir la obligación de mantenerla en reserva al amparo de la ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales.
- xii. Calificar como infracción a la labor inspectiva el hecho de no cumplir oportunamente con el requerimiento de fecha 27 de abril de 2016 constituye



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 018-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

una violación al principio de *non bis in idem*, pues se estaría imponiendo una doble sanción por un solo hecho, respecto de la cual se ha fijado una sanción en forma individual. Si ya existe una sanción que se impone por el hecho de no haber acreditado el pago de los beneficios pactados en los convenios, no puede sancionársele por no presentar dentro del plazo concedido en la medida inspectiva de requerimiento los documentos que acrediten - precisamente- el pago de los referidos beneficios.

- xiii. El artículo 46 numeral 46.7 del RLGIT se refiere a la imputación del incumplimiento de una norma laboral, pero no al requerimiento en sí mismo, por cuanto las medidas de requerimiento constituyen actos administrativos; en consecuencia, su incumplimiento no constituye, en esencia, el incumplimiento de una norma legal. De ahí que no exista norma legal que sancione al empleador por esta infracción.
- xiv. La Directiva Nacional de Inspección del Trabajo mediante Oficio Circular N° 0038-2008-MTPE/2/11.4 prohíbe la imposición de este tipo de multas, lo cual fue aplicado en la Resolución Sub Directoral 948-2009 emitida por la Tercera Sub Dirección de Inspección Laboral.

1.6 Mediante Resolución de Intendencia N° 537-2021-SUNAFIL/ILM, de fecha 25 de marzo de 2021², la Intendencia de Lima Metropolitana declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por la impugnante, revocando en parte la Resolución de Sub Intendencia N° 025-2018-SUNAFIL/ILM/SIRE4, y confirmándola en los demás extremos, por considerar que:

- i. La inspeccionada alega haber dado cumplimiento a los acuerdos arribados en las cláusulas de los convenios colectivos que se le imputan como incumplidas, por medio de la presentación del backup de la planilla electrónica correspondiente a los años 2013, 2014, 2015 y 2016 y el formato TR5 de la planilla electrónica – Plame; al respecto, debe hacerse mención a que luego de culminada la investigación, la autoridad inspectiva hizo expresa mención en la medida inspectiva de requerimiento a que el cumplimiento de las remuneraciones y los beneficios laborales establecidos en los convenios colectivos debía acreditarse con las boletas de pago de remuneraciones desde las fechas de afiliación de los trabajadores afectados hasta marzo de 2016, así como con las constancias de depósitos bancarios u otros medios de pagos idóneos que acrediten fehacientemente el cumplimiento de lo pactado en los convenios colectivos de trabajo. Por ende, lo que haya declarado la inspeccionada en las planillas electrónicas no resultan ser medios probatorios que sean idóneos para acreditar el cumplimiento del

² Notificada a la inspeccionada el 29 de marzo de 2021.

convenio colectivo 2014-2016 y el convenio colectivo complementario de trabajo 2014-2016.

- ii. Esta Intendencia concuerda con lo fundamentado por el inferior en grado en tanto para acreditar el pago de los conceptos señalados en los convenios colectivos se debe estar a lo dispuesto por el artículo 18 del Decreto Supremo N° 001-98-TR.
- iii. Las boletas de pago presentadas mediante escrito de fecha 21 de junio del 2017, con las que la inspeccionada pretende acreditar el pago de los conceptos analizado, corresponden solo 10 trabajadores, documentos que no se encuentran firmados por los mismos; asimismo, tampoco es posible desprender los conceptos remunerativos pactados en los convenios colectivos en las boletas de pago a fin de luego contrastarlo con otros medios probatorios que acrediten el cumplimiento a los acuerdos arribados en el convenio colectivo 2014-2016 y su convenio colectivo complementario, esto es el incremento de remuneraciones, el incremento adicional de remuneraciones, las asignaciones por movilidad y refrigerio y la bonificación por cierre de pliego, al no estar expresamente consignados como tales, salvo el conceto de pago de adelanto de utilidades. Así, esta observación no está vinculada con el monto neto consignado en las boletas de pago, sino porque la inspeccionada debió disgregar en las mismas todos los conceptos del convenio colectivo que incluyen por cada trabajador según convenio colectivo.
- iv. Los documentos aportados por la inspeccionada en su escrito de fecha 07 de noviembre de 2017, esto es, constancias bancarias (reportes de telebanca emitidas por el Scotiabank y BBVA) respecto a siete trabajadores, no es posible determinar si dichos pagos incluyen los conceptos remunerativos que han sido materia de sanción en favor de los siete trabajadores afectados; por lo que, conforme lo ha determinado la autoridad de primera instancia, la inspeccionada no cumplió con acreditar el cumplimiento de los acuerdos arribados en las cláusulas de los convenios colectivos respecto de todos los trabajadores afectados.
- v. Se ha acreditado el pago de utilidades respecto de los trabajadores: María Alcántara Barreto, Víctor Bustillos Zevallos, Félix Cortez Falvy, Evelyn García Alvarado, Luis Larrañaga Calmet, Carmen Montero Pinillos y Franz Vela Guimac.
- vi. En cuanto a los cuadros que la Inspeccionada elaboró y que presentó en su escrito de fecha 21 de junio de 2017, debe mencionarse que esta información para ser tenida por cierta debió acompañarse con las boletas de pago y constancia de depósito de la totalidad de trabajadores afectados según cláusula de los convenios colectivos; en tal sentido, al no poder contrastarse con otros documentos que se han efectuado todos los pagos de los conceptos remunerativos que ha versado la resolución apelada.
- vii. La autoridad de primera instancia no ha sancionado por la falta de pago de la asignación por escolaridad en tanto que, de acuerdo a lo señalado en el considerando 22 de su pronunciamiento, no se verificó si los trabajadores afectados tenían dependientes en edad escolar o cursando estudios superiores.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 018-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

- viii. Es la inspeccionada quien debió facilitar en el procedimiento sancionador toda aquella información y documentación pormenorizada de la totalidad de afectados para verificar el cumplimiento de los convenios colectivos, pues en ella recae la carga de la prueba sobre las obligaciones legales en su calidad de empleador.
- ix. El personal inspectivo, a diferencia de lo planteado en la denuncia, solo determinó incumplimiento de los convenios colectivos y no actos contrarios a la libertad sindical.
- x. No puede plantearse que la denuncia es de mala fe si en este procedimiento sancionador no existe una resolución firme que señale que los hechos denunciados no tienen una base objetiva y real.
- xi. En el procedimiento, no se está evaluando la aplicación de la Política de Revisión Salarial y de beneficios de la inspeccionada, sino el cumplimiento de los convenios colectivos a favor del personal que se encuentra dentro del ámbito de aplicación.
- xii. Esta intendencia concuerda con lo planteado por el personal inspectivo al cuestionar que cuando el alcance del convenio colectivo se limita solo a los trabajadores afiliados a la organización sindical al momento de su celebración privando a los futuros afiliados de los alcances del convenio, resulta una práctica que lesiona la naturaleza normativa del convenio colectivo de trabajo, afectando directamente el artículo 28 numeral 2) de la Constitución y los artículos 42 y 43 literal a) del TUO de la LRCT.
- xiii. A la luz de las disposiciones constitucionales, legales y la jurisprudencia citada, alegar que el incremento general de remuneraciones y el adelanto de utilidades era solo para los trabajadores que se encontraban afiliados a la fecha de la firma del convenio colectivo, esto es, al 4 de setiembre de 2015, resulta una conducta que desconoce el carácter normativo y la fuerza vinculante de estos pactos, debiendo precisarse que por la vía de las cláusulas delimitadoras del convenio no se puede desconocer las normas imperativas y su interpretación sentada por los órganos jurisdiccionales.
- xiv. En el Convenio Colectivo 2014-2016 las partes acordaron, además de hacer constar expresamente que dicho beneficio no tiene naturaleza remunerativa, restringir la aplicación del bono por cierre de pliego a aquellos trabajadores que mantenga la afiliación al SUTTP a la fecha de suscripción del mismo. Sobre el particular, estando a las opiniones vertidas por los órganos técnicos del MTPPE, dicha posibilidad no se encontraría prohibida en el marco de la negociación colectiva; por lo que esta intendencia no puede exigir la

aplicación de este beneficio a trabajadores que se afiliaron con posterioridad a la suscripción del convenio colectivo, en función a la naturaleza de la cláusula que tiene más características obligacionales que normativas, y a la finalidad que es arribar al producto negocial, lo que justificaría su ámbito de aplicación subjetivo de carácter restringido, a diferencia de las otras cláusulas analizadas. Por ende, se deberá revocar este extremo de lo resuelto por la autoridad de primera instancia.

- xv. Es cierto que en la diligencia del 03 de marzo de 2016 uno de los dirigentes sindicales del SUTTP hizo referencia a que la inspeccionada habría cumplido con el pago de algunos beneficios derivados del convenio colectivo 2014-2016 y acuerdos complementarios. Sin embargo, debe traerse a colación que, en aras de cautelar el principio de irrenunciabilidad de derechos, la inspeccionada no se libera de acreditar el cumplimiento de estas obligaciones mientras no aporte los medios de prueba que lo acrediten de manera cierta, considerando que el denunciante no tiene condición de parte interesada en las actuaciones inspectivas y que las actuaciones son llevadas a cabo íntegramente por el personal inspectivo, quien está facultado a exigir la presentación de documentos que acrediten el cumplimiento de los convenios colectivos materia de fiscalización. Por ende, lo alegado en este extremo en nada enerva su responsabilidad por las infracciones no desvirtuadas.
- xvi. No se ha transgredido el principio de *non bien in ídem*, en tanto no concurre la identidad de sujetos, hechos y fundamentos que exige el mismo. Así, la multa impuesta por la infracción en materia de relaciones laborales radica en el hecho de que no se ha cumplido con el pago de los conceptos establecidos en los convenios colectivos fiscalizados; mientras que la sanción por la infracción a la labor inspectiva cometida se sustenta en el hecho de que la inspeccionada no dio cumplimiento a la medida inspectiva de requerimiento que ordenó revertir la ilegalidad de la conducta cometida por la inspeccionada. En cuanto a los fundamentos, entendiéndose como tales a los bienes jurídicos protegidos, la multa impuesta por la primera infracción cautela los derechos laborales reconocidos en la Constitución y la ley, en tanto la sanción por el segundo incumplimiento se sustenta en la protección de bienes jurídicos atribuibles al Sistema de Inspección del Trabajo.
- xvii. Que el Oficio Circular N° 0038-2008-MTPE/2/11.4 fue dejado sin efecto por medio de las Disposiciones Complementarias y Transitorias previstas en el Lineamiento General que regula la adopción y seguimiento de la medida inspectiva de requerimiento y la aplicación de los principios de concurso de infracciones y *non bis in ídem* en el procedimiento inspectivo sancionador, aprobado por Resolución Directoral N° 124-2011-MTPE/2/16. Por lo que, el pronunciamiento que aplica dicho Oficio Circular no vincula a esta intendencia.
- xviii. En consecuencia, los argumentos esbozados en la apelación no desvirtúan las infracciones en las que ha incurrido la inspeccionada, salvo lo señalado en los considerandos 3.29 a 3.31, las cuales han sido debidamente determinados por la autoridad de primera instancia. Por tanto, corresponde confirmar la multa impuesta en la resolución apelada, la cual no se ve afectada estando a la revocación en parte de la infracción en materia de relaciones laborales.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 018-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

- 1.7 Mediante escrito de fecha 20 de abril de 2021, la impugnante presentó ante la Intendencia de Lima Metropolitana el recurso de revisión en contra de la Resolución de Intendencia N° 537-2021-SUNAFIL/ILM.
- 1.8 La Intendencia de Lima Metropolitana admitió a trámite el recurso de revisión y elevó los actuados al Tribunal de Fiscalización Laboral, mediante Memorandum-000622-2021-SUNAFIL/ILM, recibido el 27 de abril de 2021 por el Tribunal de Fiscalización Laboral

II. DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

- 2.1 Mediante el artículo 1 de la Ley N° 29981³, se crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, **Sunafil**), disponiéndose en el artículo 7 de la misma Ley, que, para el cumplimiento de sus fines, la Sunafil contará dentro de su estructura orgánica con un Tribunal de Fiscalización Laboral.
- 2.2 Asimismo, de conformidad con el artículo 15 de la Ley N° 29981⁴, en concordancia con el artículo 41 de la Ley General de Inspección del Trabajo⁵ (en adelante, **LGIT**), el artículo 15 del Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2013-TR⁶, y el artículo 2 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2017-TR⁷ (en adelante, **el Reglamento del Tribunal**), el

³ "Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales
Artículo 1. Creación y finalidad

Créase la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), en adelante Sunafil, como organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias."

⁴ "Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales
Artículo 15. Tribunal de Fiscalización Laboral

El Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia.

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión. Expide resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.
(...)"

⁵ "Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo
Artículo 41.- Atribución de competencias sancionadoras
(...)

El Tribunal de Fiscalización Laboral resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que se interponga recurso de revisión. Las causales para su admisión se establecen en el reglamento.

El pronunciamiento en segunda instancia o el expedido por el Tribunal de Fiscalización Laboral, según corresponda, agotan con su pronunciamiento la vía administrativa."

⁶ "Decreto Supremo N° 007-2013-TR, Reglamento de Organización y Funciones de Sunafil
Artículo 15.- Instancia Administrativa

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión."

⁷ "Decreto Supremo N° 004-2017-TR. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral

Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión, constituyéndose en última instancia administrativa.

III. DEL RECURSO DE REVISIÓN

- 3.1 El artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley de N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, **TUO de la LPAG**) establece que frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede la contradicción en la vía administrativa mediante recursos impugnativos, identificándose dentro de éstos al recurso de revisión, entre otros. A diferencia de los otros recursos establecidos en dicha Ley, para su interposición, el legislador debe de otorgarle esta facultad al administrado mediante un ley o decreto legislativo específico, siéndole aplicable los términos generales para los recursos impugnativos, esto es, que el término de su interposición y el plazo para su resolución -en días hábiles- es de quince (15) y treinta (30) días respectivamente.
- 3.2 Así, el artículo 49 de la LGIT, modificada por el Decreto Legislativo N° 1499, define al recurso de revisión como un recurso administrativo del procedimiento administrativo sancionador con carácter excepcional, interpuesto ante la autoridad que resolvió en segunda instancia a efectos de que lo eleve al Tribunal de Fiscalización Laboral, estableciéndose en el artículo 55 del RGLIT, modificado por Decreto Supremo N° 016-2017-TR, que los requisitos de admisibilidad y procedencia se desarrollarían en el Reglamento del Tribunal.
- 3.3 En esa línea argumentativa, el Reglamento del Tribunal define al recurso de revisión como el recurso administrativo destinado a contradecir las resoluciones emitidas en segunda instancia por la Intendencia de Lima Metropolitana y las Intendencias Regionales de Sunafil, así como por las Direcciones de Inspección del Trabajo u órganos que cumplan esta función en las Direcciones y/o Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo, señalando de manera expresa que el recurso de revisión sólo procede por las causales taxativamente establecidas como materias impugnables en el artículo 14 de dicha norma, esto es: i) la inaplicación así como la aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral; y, ii) El apartamiento inmotivado de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de Fiscalización Laboral.
- 3.4 Así, el recurso de revisión se interpone contra las resoluciones de segunda instancia emitidas por autoridades del Sistema de Inspección del Trabajo que no son de competencia nacional, que sancionan las infracciones calificadas como muy graves en el RGLIT y sus modificatorias; estableciéndose en el artículo 17 del Reglamento del Tribunal que éste se encuentra facultado para rectificar, integrar, excluir e interpretar la resolución emitida por la segunda instancia

Artículo 2.- Sobre el Tribunal

El Tribunal es un órgano colegiado que resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que proceda la interposición del recurso de revisión, según lo establecido en la Ley y el presente Reglamento. Sus resoluciones ponen fin a la vía administrativa.

El Tribunal tiene independencia técnica en la emisión de sus resoluciones y pronunciamientos, no estando sometido a mandato imperativo alguno.

Los pronunciamientos que así se determinen en Sala Plena del Tribunal constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria para todas las entidades conformantes del Sistema."



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 018-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

administrativa, debiendo motivar la realización de cualquiera de las acciones antes descritas.

IV. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN POR PARTE DE TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

4.1 De la revisión de los actuados, se ha identificado que TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. presentó el recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 537-2021-SUNAFIL/ILM, emitida por la Intendencia de Lima Metropolitana, en la cual se confirmó la sanción impuesta de S/ 95,392.50 por la comisión entre otras, de las infracciones tipificadas como MUY GRAVES, previstas en los numerales 46.10 y 46.7 del artículo 46 del RLGIT, dentro del plazo legal de quince (15) días hábiles, computados a partir del 29 de marzo de 2021, fecha en que fue notificada la citada resolución⁸.

4.2 Así, al haberse identificado que el recurso interpuesto por el solicitante cumple con los requisitos legales previstos en el Reglamento del Tribunal y en las normas antes citadas, corresponde analizar los argumentos planteados por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

V. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REVISIÓN

5.1 Mediante escrito de fecha 20 de abril del presente, la impugnante fundamenta su recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 537-2021-SUNAFIL/ILM, señalando que solicita la revisión parcial de la resolución de intendencia, en el extremo que dispone multar a la Compañía por no haber acreditado el cumplimiento de lo dispuesto en la medida de requerimiento de fecha 27 de abril de 2016, infracción tipificada como muy grave, de acuerdo a lo previsto en el numeral 46.10 del artículo 46 del RLGIT, por haber incurrido en las siguientes infracciones normativas:

- Inaplicación del numeral 11 del artículo 248 del TUO de la LPAG

Se nos ha impuesto una doble sanción por un solo hecho, que es propiamente el supuesto incumplimiento de normas sociolaborales (no haber acreditado el pago oportuno e íntegro de los beneficios pactados en el Convenio Colectivo de Trabajo y el Convenio Complementario), respecto del cual ya se ha fijado una sanción en forma individual, ascendente a S/ 59,250.00.

Se ha realizado una interpretación extensiva de lo regulado en el inciso 7 de artículo 46 del RLGIT, el cual al tipificar como infracción el "no cumplir

⁸ Iniciándose el plazo el 30 de marzo de 2021.

oportunamente con el requerimiento de la adopción de medidas en orden el cumplimiento de la normativa de orden sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo”, se refiere a la imputación del incumplimiento de una norma laboral, pero no al requerimiento en sí mismo, por cuanto siendo que las medidas de requerimiento constituyen un acto administrativo, su incumplimiento no constituye el incumplimiento de una norma legal. De ahí que no exista norma legal que sancione al empleador por el incumplimiento del requerimiento.

Se ha omitido valorar el hecho que uno de los extremos del requerimiento cuyo incumplimiento se sanciona (pago de la bonificación por cierre de pliego) fue posteriormente dejado sin efecto por una instancia superior de la Autoridad Inspectiva, hecho que dota de razonabilidad al hecho de no haber atendido la exigencia de reintegro en los términos previstos en la medida inspectiva de requerimiento.

Los incumplimientos imputados son: i) no haber cumplido con el pago de los beneficios establecidos en los convenios colectivos fiscalizados (en tanto no cumplimos con presentar las constancias de abono en las cuentas de haberes de los 110 trabajadores involucrados en el Acta de Infracción); y, ii) no haber cumplido con acreditar de manera fehaciente y dentro del plazo otorgado (cuatro días hábiles) el cumplimiento del pago de los beneficios colectivos observados, presentando para ello, las constancias de abono en las cuentas de haberes de los trabajadores.

La información que la compañía puso a disposición de la inspectora actuante durante las diligencias inspectivas resultaba suficiente para acreditar el cumplimiento del pago de los beneficios económicos regulados en el Convenio Colectivo y en el Convenio Complementario. Resulta pertinente resaltar que en la medida inspectiva de requerimiento de fecha 27 de abril de 2016, la inspectora actuante nos concedió cuatro días hábiles para acreditar el pago de los beneficios, solicitándonos exhibir las boletas de pago de los trabajadores comprendidos en la medida de requerimiento, desde la fecha de su afiliación hasta marzo de 2016 y las constancias de los depósitos bancarios.

En el presente procedimiento inspectivo, se ha atribuido la comisión de dos infracciones tras una sola constatación cuando en los hechos sólo cabe que se sancione por una. Si ya existe una sanción que se impone por el hecho de no haber acreditado el pago de los beneficios pactados en el Convenio Colectivo y en el Convenio Complementario, no puede sancionarse por no presentar dentro del plazo concedido en la medida inspectiva de requerimiento los documentos que acrediten el pago.

Nos encontramos frente a un solo y único acto de incumplimiento: no haber cumplido con acreditar el pago de los beneficios colectivos, con la presentación de la documentación que la Autoridad Inspectiva entiende como la única información idónea para acreditar el pago de los referidos beneficios, esto es, las constancias de abono en las cuentas de haberes de los trabajadores, el cual indebida e ilegalmente nos está siendo imputado como dos infracciones distintas entre sí, actuar que comporta una clara violación al Principio de *Non Bis In Idem*, pues se nos impone una doble sanción por un



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 018-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

solo hecho, cumpliéndose de esta manera la triple identidad (sujeto, hecho y fundamento) cuya concurrencia es requerida para su configuración.

- 5.2 Finalmente, solicita se deje sin efecto la multa por el supuesto incumplimiento oportuno de la medida inspectiva de requerimiento de fecha 27 de abril de 2016.

VI. ANÁLISIS DEL RECURSO DE REVISIÓN

- 6.1 Es oportuno señalar, que el recurso de revisión fue interpuestos solo referente a la infracción tipificada en el numeral 46.7 del artículo 46⁹ del RLGIT, por lo que esta Sala solo se pronunciará sobre dicho extremo. Por tanto, las demás infracciones contenidas en la resolución impugnada no serán materia de pronunciamiento, sujetándose a las consecuencias previstas conforme a Ley.

Sobre la medida inspectiva de requerimiento

- 6.2 Respecto a lo señalado por la inspeccionada, sobre la omisión en la valoración del requerimiento, referente a que el pago de la bonificación por cierre de pliego fue dejado sin efecto. Debemos precisar, que como se ha establecido en los considerados 3.30 y 3.31 de la resolución impugnada, se revocó la sanción por dicha imputación, motivo por el cual no se sancionó a la impugnante en dicho extremo. En tal sentido, no cabe acoger este extremo del recurso de revisión.

- 6.3 Respecto a lo alegado por la inspeccionada, sobre la no valoración de los medios probatorios, con la que acredita el cumplimiento de sus obligaciones. Al respecto, de las actuaciones inspectivas se evidencia:

- a) Con fecha 21 de abril de 2016 se emitió medida inspectiva de requerimiento a la impugnante, requiriendo acredite el cumplimiento de sus obligaciones en materia de relaciones colectivas referentes a la: cláusula primera (aumento general de remuneraciones), segunda (aumento adicional de remuneraciones), sexta (asignación por movilidad, por refrigerio y escolaridad) y lo pactado en la cláusula tercera (gratificación extraordinaria) del Convenio Colectivo de Trabajo 2014-2016, así como lo dispuesto en la cláusula tercera (adelanto de utilidades 2015) del Convenio Colectivo Complementario de Trabajo 2014-2016, cláusula Décimo Novena (Bonificación Extraordinaria por Cierre de Pliego del Convenio Colectivo de Trabajo 2014-2016) y Quinta (Bonificación por Vacaciones).

⁹ Artículo 46 del RLGIT: Son infracciones muy graves, los siguientes incumplimientos: (...) 46.7 No cumplir oportunamente con el requerimiento de la adopción de medidas en orden al cumplimiento de la normativa de orden sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo.

- b) El inspector comisionado señaló, que como medio de prueba del cumplimiento de la medida impuesta, que debía realizarse, en el plazo de cuatro días hábiles, la impugnante debería presentar los siguientes documentos: a) Boletas de pago de remuneraciones desde sus respectivas fechas de afiliación a marzo de 2016, b) Constancias de los depósitos bancarios u otros medios de pago idóneos, que acrediten fehacientemente el cumplimiento de lo señalado precedentemente¹⁰.
- c) En la diligencia de comparecencia de fecha 04 de mayo de 2016, la inspeccionada presentó un backup de la planilla electrónica correspondiente a los años 2013, 2014, 2015 y 2016 y el formato TR5 de la planilla electrónica.

6.4 Sobre el particular, en el ejercicio de la labora inspectiva, los inspectores de trabajo se encuentran facultados a realizar sus labores orientas a la vigilancia y exigencia del cumplimiento del ordenamiento sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo. Por lo que, pueden adoptar acciones orientas a la misma, entre las que se encuentra la emisión de medidas inspectivas de requerimiento.

6.5 Al respecto, el artículo 14 de la LGIT, establece:

"Las medidas inspectivas de advertencia y requerimiento se reflejarán por escrito en la forma y modelo oficial que se determine reglamentariamente, debiendo notificarse al sujeto inspeccionado a la finalización de las actuaciones de investigación o con posterioridad a las mismas. Cuando el inspector actuante compruebe la existencia de una infracción al ordenamiento jurídico sociolaboral, requerirá al sujeto responsable de su comisión la adopción, en un plazo determinado, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas. En particular y en materia de prevención de riesgos laborales, requerirá que se lleven a cabo las modificaciones necesarias en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo para garantizar el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores. Los requerimientos que se practiquen se entienden siempre sin perjuicio de la posible extensión de acta de infracción y de la sanción que, en su caso, pueda imponerse". (el énfasis es añadido)

6.6 En similar sentido, el artículo 17 del RLGIT, establece en su numeral 17.2:

*"Si en el desarrollo de las actuaciones de investigación o comprobatorias se advierte la comisión de infracciones, los inspectores del trabajo emiten medidas de advertencia, **requerimiento**, cierre temporal del área de una unidad económica o de una unidad económica, paralización o prohibición de trabajos o tareas, según corresponda, a fin de garantizar el cumplimiento de las normas objeto de fiscalización". (el énfasis es añadido)*

6.7 Como se evidencia de la norma acotada, la naturaleza jurídica de la medida inspectiva de requerimiento es la de ser una medida correctiva que tiene como objeto revertir los efectos de la ilegalidad de la conducta cometida por el inspeccionado de manera previa al inicio del procedimiento sancionador. Por tanto, el requerimiento de ordenar el pago de sumas de dinero por incumplimiento de leyes laborales, sólo puede ser realizada en base a las pruebas que el inspector haya actuado en su investigación, que pongan de manifiesto dicho incumplimiento.

6.8 Así, de la revisión de los actuados se ha evidenciado que el inspector comisionado no ha realizado un correcto análisis del Convenio Colectivo materia de inspección, pues ha efectuado el requerimiento sin tener en cuenta los alcances y requisitos para la percepción de los beneficios derivados de dicho convenio. Motivo por el cual, en las instancias anteriores se determinó que las Cláusulas Décimo Novena (Bonificación Extraordinaria por Cierre de Pliego del Convenio Colectivo de Trabajo 2014-2016), Quinta (Bonificación por Vacaciones) y Sexta (Asignación por Escolaridad y Estudios Superiores), de

¹⁰ Cfr. Acta de Infracción N°1860-2016-SUBNAFIL/ILM, foja 37.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 018-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

acuerdo a lo solicitado en el requerimiento, queden desestimadas, esto en mérito a que no se requirió la documentación necesaria para acreditar la aplicación de dichos beneficios a los trabajadores de la organización sindical denunciante. Lo señalado se desprende de las resoluciones emitidas por las instancias anteriores, que establecieron:

- Resolución de Sub Intendencia N° 025-2018-SUNAFIL/ILM/SIRE4,
 21. En cuanto a la cláusula quinta, se pactó que el beneficio de bonificación por vacaciones será aplicable a aquellos trabajadores cuyo récord vacacional se haya iniciado a partir del 1 de diciembre de 2014 y que al 30 de noviembre de 2015 o con posterioridad a dicha fecha hayan cumplido con dicho récord vacacional y **hagan uso de su descanso físico luego de la firma del Convenio Colectivo 2014-2016, por un periodo mínimo de siete (7) días**. No obstante, los Inspectores comisionados no verificaron si los trabajadores hicieron uso de su descanso físico luego de la firma del Convenio Colectivo 2014-2016; requisito establecido para la percepción de la bonificación por vacaciones; en consecuencia, al no tenerse acreditado de forma fehaciente el incumplimiento de pago de la bonificación por vacaciones, no se acoge este extremo de la propuesta de sanción del acta de infracción.
 22. En cuanto a la cláusula sexta, se tiene acreditado el incumplimiento de la asignación por movilidad y por refrigerio. Sin embargo, respecto a la asignación por escolaridad y estudios superiores; los Inspectores comisionados no verificaron ni fundamentaron en el acta de infracción el sustento para su entrega, ya sea por tener dependientes a su cargo en etapa escolar o cursando estudios superiores. De la mencionada cláusula se desprende que este beneficio se cancela cuando el trabajador tiene dependientes a su cargo⁶; en consecuencia, tampoco se acoge este extremo de la propuesta de sanción, careciendo de objeto, sobre el particular emitir pronunciamiento respecto a los argumentos de descargo.
- Resolución de Intendencia N° 537-2021-SUNAFIL/ILM
 - 3.31. En base a lo antes expuesto, esta Intendencia advierte que en el Convenio Colectivo 2014-2016 las partes acordaron, además de hacer constar expresamente que dicho beneficio no tiene naturaleza remunerativa, restringir la aplicación del bono por cierre de pliego a aquellos trabajadores que mantenga la afiliación al SUTTP a la fecha de suscripción del mismo. Sobre el particular, estando a las opiniones vertidas por los órganos técnicos del MTPPE, dicha posibilidad no se encontraría prohibida en el marco de la negociación colectiva; por lo que esta Intendencia no puede exigir la aplicación de este beneficio a trabajadores que se afiliaron con posterioridad a la suscripción del convenio colectivo, en función a la naturaleza de la cláusula que tiene más características obligacionales que normativas, y a la finalidad que es arribar al producto negocial, lo que justificaría su ámbito de aplicación subjetivo de carácter restringido, a diferencia de las otras cláusulas analizadas. Por ende, se deberá revocar este extremo de lo resuelto por la autoridad de primera instancia.

6.9 En tal sentido, se evidencia que el inspector comisionado no ha realizado una correcta aplicación de los artículos 14° de la LGIT y 17.2 del RLGIT, referente a que para la extensión de una medida inspectiva de requerimiento, resulta de vital importancia que se compruebe la existencia de una infracción al ordenamiento jurídico sociolaboral, supuesto que no ha ocurrido en autos, pues, en fase inspectiva no se ha realizado una correcta actuación probatoria de cara a que la Administración Pública acredite la existencia de las infracciones imputadas.

6.10 Por lo tanto, la medida inspectiva de requerimiento emitida a la impugnante, vulnera el principio de legalidad¹¹, pues fue emitida en contravención de lo previsto en el artículo 14° de la LGIT, al no haberse acreditado fehacientemente la existencia de infracción que respalde su emisión.

6.11 En tal sentido, cabe acoger este extremo del recurso de revisión.

Sobre el deber de colaboración a la labor inspectiva

6.12 Sobre el particular, el TUO de LPAG establece “la autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la **colaboración** y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental”¹². (el énfasis es añadido)

6.13 Del mismo modo, el artículo 15 numeral 15.1 de la LGIT, establece “que durante el desarrollo de las actuaciones inspectivas los empleadores, los trabajadores y los representantes de ambos, así como los demás sujetos obligados al cumplimiento de las normas sociolaborales, prestarán la colaboración que precisen los inspectores del trabajo para el adecuado ejercicio de las funciones encomendadas, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 9 de la Ley”. Concordante con el artículo 36¹³ de la misma norma que establece que las acciones u omisiones de los sujetos obligados, contrarias al deber de colaboración de los sujetos inspeccionados, constituyen infracción a la labor inspectiva.

6.14 Así, de autos se desprende que la inspeccionada, en atención a la medida de inspectiva de requerimiento, presento en el plazo otorgado por el inspector comisionado, un backup de la planilla electrónica correspondiente a los años

¹¹ TUO de la LPAG, artículo IV. 1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

¹² TUO de la LPAG, artículo IV. Numeral 1.8.

¹³ LGIT: Artículo 36 - Infracciones a la labor inspectiva:

Son infracciones a la labor inspectiva las acciones u omisiones de los sujetos obligados, sus representantes, personas dependientes o de su ámbito organizativo, sean o no trabajadores, contrarias al deber de colaboración de los sujetos inspeccionados por los Supervisores Inspectores, Inspectores del Trabajo o Inspectores Auxiliares, establecidas en la presente Ley y su Reglamento. Tales infracciones pueden consistir en:

1. La negativa injustificada o el impedimento a que se realice una inspección en un centro de trabajo o en determinadas áreas del mismo, efectuado por el empleador, su representante o dependientes, trabajadores o no de la empresa, por órdenes o directivas de aquél. El impedimento puede ser directo o indirecto, perjudicando o dilatando la labor del Inspector del Trabajo de manera tal que no permita el cumplimiento de la fiscalización, o negándose a prestarle el apoyo necesario. Constituye acto de obstrucción, obstaculizar la participación del trabajador o su representante o de los trabajadores o la organización sindical.

2. El abandono de la diligencia inspectiva, que se produce cuando alguna de las partes, luego de iniciada ésta, deja el lugar de la diligencia.

3. La inasistencia a la diligencia, cuando las partes hayan sido debidamente citadas, por el Inspector del Trabajo o la Autoridad Administrativa de Trabajo y éstas no concurren.



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 018-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

2013, 2014, 2015 y 2016 y el formato TR5 de la planilla electrónica, con las cuales señala haber cumplido con sus obligaciones sociolaborales referente a lo contemplado en la cláusula primera (aumento general de remuneraciones), segunda (aumento adicional de remuneraciones), sexta (asignación por movilidad y por refrigerio) y cláusula tercera (gratificación extraordinaria) del Convenio Colectivo de Trabajo 2014-2016, así como lo dispuesto en la cláusula tercera (adelanto de utilidades 2015) del Convenio Colectivo Complementario de Trabajo 2014-2016. Asimismo, señala que ha realizado los depósitos correspondientes a dichos conceptos, pero que, al ser la información abundante, no ha podido cumplir con presentar la misma dentro del plazo otorgado.

6.15 Debemos precisar que uno de los principios sobre los cuales se sustenta el procedimiento administrativo es el de Presunción de Veracidad preceptuado en el artículo IV del TUO de la LPAG¹⁴; por el cual la autoridad administrativa de trabajo debe presumir que, los documentos y declaraciones formulados por los administrados, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Cabe señalar, que en caso la documentación presentada no satisfaga la presunción de licitud¹⁵ y veracidad, el inspector comisionado podrá adoptar las acciones correspondientes, al amparo de la LGIT, debiendo para dicho efecto motivar con hechos y pruebas su decisión.

6.16 En tal sentido, en consideración a la documentación presentada por la inspeccionada con fecha 04 de mayo de 2016, el inspector de trabajo debió tener por cierto el contenido de los mismos, dando por cumplida la medida inspectiva de requerimiento o de lo contrario fundamentar con hechos y pruebas el motivo de la subsistencia del incumplimiento. Sin embargo, como desprende del Acta de Infracción, solo se precisa que no se ha acreditado la subsanación de los incumplimientos señalados en la medida inspectiva de requerimiento¹⁶, no existiendo mayor fundamentación que permita corroborar que las infracciones imputadas no fueron subsanadas, vulnerando de tal forma los principios antes invocados.

6.17 Cabe señalar que, mediante escrito de descargo al Acta de Infracción, de fecha 21 de junio de 2017, la impugnante adjunta boletas de pago de remuneración de sus trabajadores¹⁷. Asimismo, con fecha 07 de noviembre de 2017 presenta

¹⁴ TUO de la LPAG, "Artículo IV. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...) 1.7. Principio de presunción de veracidad. - En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario."

¹⁵ TUO de la LPAG, "Artículo 248. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...) 9. Presunción de licitud. - Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario".

¹⁶ Véase considerando Decimonoveno del Acta de Infracción, folio 37

¹⁷ Véase folios 70 a 129.

escrito adjuntando las constancias de depósito¹⁸, señalando que ha cumplido con las obligaciones imputadas.

6.18 En tal sentido, verificadas las actuaciones inspectivas realizadas, no se ha evidenciado por parte de la impugnante, intención de no colaborar con las mismas, pues a lo largo del procedimiento ha cumplido con presentar documentación con la finalidad de acreditar el cumplimiento de sus obligaciones.

6.19 Por las consideraciones antedichas, corresponde acoger el recurso de revisión.

Sobre la presunta afectación al Principio Non bis in idem

6.20 Sobre el particular, la inspeccionada señala que se le ha impuesto una doble sanción por un solo hecho, que es propiamente el incumplimiento de normas sociolaborales (no haber acreditado el pago oportuno e íntegro de los beneficios pactados en el Convenio Colectivo de Trabajo y el Convenio Complementario), respecto del cual ya se le había fijado una sanción en forma individual.

6.21 Al respecto, estando al contenido de la presente resolución, por la que se deja sin efecto la sanción a la labor inspectiva tipificada en el numeral 46.7 del artículo 46 de la LGIT, resulta innecesario desarrollar la supuesta vulneración al principio invocado.

POR TANTO

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 29981 – Ley que crea la Sunafil, el artículo 41 de la Ley N° 28806 – Ley General de Inspección del Trabajo, los artículos 15 y 17 del Decreto Supremo N° 007-2013-TR – Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil y sus modificatorias, y los artículos 2, 3 y 17 del Decreto Supremo N° 004-2017-TR – Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral,

SE RESUELVE:

PRIMERO. - Declarar FUNDADO el recurso de revisión interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., en contra de la Resolución de Intendencia N° 537-2021-SUNAFIL/ILM, de fecha 25 de marzo de 2021, emitida por la Intendencia de Lima Metropolitana dentro del procedimiento administrativo sancionador recaído en el expediente N° 1098-2016-SUNAFIL/ILM/SIRE4.

SEGUNDO.- En ese sentido, REVOCAR EN PARTE la Resolución de Intendencia N° 537-2021-SUNAFIL/ILM, en el extremo referente a la sanción impuesta por incumplimiento a la labor inspectiva, tipificada en el numeral 46.7 del artículo 46 de la LGIT, dejando sin efecto la multa impuesta por dicha infracción, en consideración a los fundamentos señalados en los considerandos 6.2. a 6.22.

TERCERO.- Declarar agotada la vía administrativa debido a que el Tribunal de Fiscalización Laboral constituye última instancia administrativa.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. y a la Intendencia de Lima Metropolitana, para sus efectos y fines pertinentes.

QUINTO.- Remitir los actuados a la Intendencia de Lima Metropolitana.

¹⁸ Véase folios 167 a 454.



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 018-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

SEXTO.- Disponer la publicación de la presente resolución en el portal institucional de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – Sunafil (www.sunafil.gob.pe).

Regístrese y comuníquese

Documento firmado digitalmente
Luis Erwin Mendoza Legoas
Presidente
Tribunal de Fiscalización Laboral

Documento firmado digitalmente
Desirée Bianca Orsini Wisotzki
Vocal
Tribunal de Fiscalización Laboral

Documento firmado digitalmente
Luz Imelda Pacheco Zerga
Vocal
Tribunal de Fiscalización Laboral



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 025-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

EXPEDIENTE SANCIONADOR : 160-2020-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIAI
PROCEDENCIA : INTENDENCIA REGIONAL DE CAJAMARCA
IMPUGNANTE : PROSEGURIDAD S.A.
ACTO IMPUGNADO : RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA N° 041-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ
MATERIA : LABOR INSPECTIVA

Sumilla: Se declara FUNDADO el recurso de revisión interpuesto por PROSEGURIDAD S.A. en contra de la Resolución de Intendencia N° 041-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, de fecha 09 de abril de 2021.

Lima, 14 de junio de 2021

VISTO: El recurso de revisión interpuesto por PROSEGURIDAD S.A. (en adelante **la impugnante**) contra la Resolución de Intendencia N° 041-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, de fecha 09 de abril de 2021 (en adelante **la resolución impugnada**) expedida en el marco del procedimiento sancionador, y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante Orden de Inspección N° 904-2020-SUNAFIL/IRE-CAJ, se dio inicio a las actuaciones inspectivas de investigación respecto de la impugnante, con el objeto de verificar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral¹, las cuales culminaron con la emisión del Acta de Infracción N° 160-2020-SUNAFIL/IRE-CAJ (en adelante, el **Acta de Infracción**), mediante la cual se propuso sanción económica a la impugnante por la comisión de una (01) infracción grave en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, y una (01) infracción muy grave a la labor inspectiva.
- 1.2 Con fecha 07 de noviembre de 2020 se notificó la Imputación de Cargos N° 208-2020-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIAI.
- 1.3 De conformidad con el numeral 53.2 del artículo 53° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo – Decreto Supremo N° 019-2006-TR (en adelante, el **RLGIT**), la autoridad instructora emitió el Informe Final de Instrucción N° 206-2020-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIAI, a través del cual llega a la conclusión que se ha determinado la existencia de las

¹ Se verificó el cumplimiento sobre las siguientes materias: Condiciones de seguridad en lugares de trabajo, instalaciones civiles y maquinaria, Identificación de Peligros y Evaluación de Riesgos (IPER), Equipo de Protección Personal, Seguridad y Salud en el Trabajo, Planes y Programas de Seguridad y Salud en el Trabajo, Formación e Información sobre Seguridad y Salud en el Trabajo.

conductas infractoras imputadas a la impugnante, recomendando continuar con el procedimiento administrativo sancionador en su fase sancionadora y procediendo a remitir el Informe Final y los actuados a la Sub Intendencia de Resolución, la cual mediante Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 024-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE de fecha 22 de enero de 2021, multó a la impugnante por la suma de S/ 71,074.70 por haber incurrido en:

- Una infracción GRAVE en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, incumplimiento de la elaboración de la Identificación de Peligros, Evaluación de Riesgos y Determinación de Controles (IPERC), tipificadas en el numeral 27.3 del artículo 27 del RLGIT.
- Una infracción MUY GRAVE a la labor inspectiva, por no cumplir con la medida inspectiva de requerimiento, tipificada en el numeral 46.7 del artículo 46 del RLGIT, multa ascendente a S/ 60,974.00 soles.

1.4 Mediante escrito de fecha 10 de marzo de 2021, la impugnante interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 024-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, argumentando lo siguiente:

- i. Se cumplió con presentar oportunamente el IPERC solicitado en la medida inspectiva de requerimiento.
- ii. Existe una vulneración del deber de motivación, pues en la resolución no se advierte argumento alguno que sustente o desvirtúe porqué se nos extiende multas por infracciones que ya habían sido subsanadas oportunamente.
- iii. No procede la multa porque la infracción se debe a una disposición ilegal del inspector.

1.5 Mediante Resolución de Intendencia N° 041-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, de fecha 09 de abril de 2021², la Intendencia Regional de Cajamarca declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por la impugnante, confirmando la Resolución de Sub Intendencia N° 024-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, por considerar que:

- i. El inspector de trabajo notifica una medida inspectiva de requerimiento, otorgando al administrado, un plazo razonable a fin de que subsane las infracciones detectadas durante el desarrollo de las actuaciones inspectivas, esto a fin de que pueda proceder de manera diligente y adoptar las medidas necesarias y previsoras para garantizar el cumplimiento de lo ordenado por la autoridad inspectiva.
- ii. El inspector comisionado no pudo verificar el cumplimiento íntegro de la medida inspectiva de requerimiento de fecha 22 de setiembre de 2020, esto debido a que la inspeccionada no desarrolló una conducta diligente a fin de asegurar los medios disponibles (archivos no defectuosos), para la verificación del cumplimiento de la medida inspectiva de requerimiento a pesar de que se le otorgo 10 días hábiles, en los cuales pudo verificar previamente al envío.
- iii. No se considera que se ha vulnerado la debida motivación toda vez que, el Acta de Infracción, cumple con el contenido mínimo exigido en por el artículo 46° de la Ley General de Inspección del Trabajo, concordante con el artículo 54° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo; esto es, reflejando los hechos constatados que motivaron el acta, la calificación de la

² Notificada a la inspeccionada el 12 de abril de 2021.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 025-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

infracción imputada con expresión de la norma vulnerada, la graduación de la infracción, la propuesta de sanción y su cuantificación; por otro lado, se advierte que la autoridad de primera instancia ha emitido su pronunciamiento tomando en cuenta los hechos constatados en la etapa inspectiva, también los documentos ofrecidos por la inspeccionada, por lo que lo alegado en este punto carece de sustento debiendo confirmarse la sanción en este extremo.

- iv. Lo alegado por la inspeccionada carece de veracidad siendo que la subsanación de la que hace mención fue realizada durante el presente procedimiento sancionador y no durante las actuaciones inspectivas, por lo que debe confirmarse la sanción establecida en la resolución apelada en todos sus extremos.
- v. Teniendo en cuenta que los argumentos esbozados en la apelación no desvirtúan las infracciones en que ha incurrido la inspeccionada, las cuales han sido debidamente determinadas por la autoridad de primera instancia; corresponde confirmar la resolución venida en grado en todos sus extremos.

1.6 Mediante escrito de fecha 03 de mayo de 2021, la impugnante presentó ante la Intendencia Regional de Cajamarca el recurso de revisión en contra de la Resolución de Intendencia N° 041-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ.

1.7 La Intendencia Regional de Cajamarca admitió a trámite el recurso de revisión y elevó los actuados al Tribunal de Fiscalización Laboral, mediante Memorandum-000205-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, recibido el 05 de mayo de 2021 por el Tribunal de Fiscalización Laboral.

II. DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

2.1 Mediante el artículo 1 de la Ley N° 29981³, se crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, **Sunafil**), disponiéndose en el artículo 7 de la misma Ley que, para el cumplimiento de sus fines, la Sunafil contará dentro de su estructura orgánica con un Tribunal de Fiscalización Laboral.

³ "Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales
Artículo 1. Creación y finalidad

Créase la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), en adelante Sunafil, como organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias."

2.2 Asimismo, de conformidad con el artículo 15 de la Ley N° 29981⁴, en concordancia con el artículo 41 de la Ley General de Inspección del Trabajo⁵ (en adelante, **LGIT**), el artículo 15 del Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2013-TR⁶, y el artículo 2 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2017-TR⁷ (en adelante, **el Reglamento del Tribunal**), el Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión, constituyéndose en última instancia administrativa.

III. DEL RECURSO DE REVISIÓN

3.1 El artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley de N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, **TUO de la LPAG**) establece que frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede la contradicción en la vía administrativa mediante recursos impugnativos, identificándose dentro de éstos al recurso de revisión, entre otros. A diferencia de los otros recursos establecidos en dicha Ley, para su interposición, el legislador debe de otorgarle esta facultad al administrado mediante un ley o decreto legislativo específico, siéndole aplicable los términos generales para los recursos impugnativos, esto es, que el término de su interposición y el plazo para su resolución -en días hábiles- es de quince (15) y treinta (30) días respectivamente.

3.2 Así, el artículo 49 de la LGIT, modificada por el Decreto Legislativo N° 1499, define al recurso de revisión como un recurso administrativo del procedimiento administrativo sancionador con carácter excepcional, interpuesto ante la autoridad que resolvió en segunda instancia a efectos de que lo eleve al Tribunal de Fiscalización Laboral, estableciéndose en el artículo 55 del RGLIT, modificado por Decreto Supremo N° 016-2017-TR, que los requisitos de admisibilidad y procedencia se desarrollarían en el Reglamento del Tribunal.

⁴“Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales”

Artículo 15. Tribunal de Fiscalización Laboral

El Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia.

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión. Expide resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

(...)”

⁵“Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo

Artículo 41.- Atribución de competencias sancionadoras

(...)”

El Tribunal de Fiscalización Laboral resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que se interponga recurso de revisión. Las causales para su admisión se establecen en el reglamento.

El pronunciamiento en segunda instancia o el expedido por el Tribunal de Fiscalización Laboral, según corresponda, agotan con su pronunciamiento la vía administrativa.”

⁶“Decreto Supremo N° 007-2013-TR, Reglamento de Organización y Funciones de Sunafil

Artículo 15.- Instancia Administrativa

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión.”

⁷“Decreto Supremo N° 004-2017-TR. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral

Artículo 2.- Sobre el Tribunal

El Tribunal es un órgano colegiado que resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que proceda la interposición del recurso de revisión, según lo establecido en la Ley y el presente Reglamento. Sus resoluciones ponen fin a la vía administrativa.

El Tribunal tiene independencia técnica en la emisión de sus resoluciones y pronunciamientos, no estando sometido a mandato imperativo alguno.

Los pronunciamientos que así se determinen en Sala Plena del Tribunal constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria para todas las entidades conformantes del Sistema.”



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 025-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

- 3.3 En esa línea argumentativa, el Reglamento del Tribunal define al recurso de revisión como el recurso administrativo destinado a contradecir las resoluciones emitidas en segunda instancia por la Intendencia de Lima Metropolitana y las Intendencias Regionales de Sunafil, así como por las Direcciones de Inspección del Trabajo u órganos que cumplan esta función en las Direcciones y/o Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo, señalando de manera expresa que el recurso de revisión sólo procede por las causales taxativamente establecidas como materias impugnables en el artículo 14 de dicha norma, esto es: i) la inaplicación así como la aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral; y, ii) El apartamiento inmotivado de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de Fiscalización Laboral.
- 3.4 Así, el recurso de revisión se interpone contra las resoluciones de segunda instancia emitidas por autoridades del Sistema de Inspección del Trabajo que no son de competencia nacional, que sancionan las infracciones calificadas como muy graves en el RGLIT y sus modificatorias; estableciéndose en el artículo 17 del Reglamento del Tribunal que éste se encuentra facultado para rectificar, integrar, excluir e interpretar la resolución emitida por la segunda instancia administrativa, debiendo motivar la realización de cualquiera de las acciones antes descritas.

IV. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN POR PARTE DE PROSEGURIDAD S.A.

- 4.1 De la revisión de los actuados, se ha identificado que PROSEGURIDAD S.A. presentó el recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 041-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, emitida por la Intendencia Regional de Cajamarca, en la cual se confirmó la sanción impuesta de S/ 71,074.70 soles por la comisión, entre otras, de la infracción tipificada como MUY GRAVE, prevista en el artículos 46 numeral 46.7 el RLGIT, dentro del plazo legal de quince (15) días hábiles, computados a partir del 12 de abril de 2021, fecha en que fue notificada la citada resolución⁸.
- 4.2 Así, al haberse identificado que el recurso interpuesto por el solicitante cumple con los requisitos legales previstos en el Reglamento del Tribunal y en las normas antes citadas, corresponde analizar los argumentos planteados por PROSEGURIDAD S.A.

V. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REVISIÓN

- 5.1 Mediante escrito de fecha 03 de mayo de 2021, la impugnante fundamenta su recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 041-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, señalando que:

Remisión del IPERC con ocasión del cumplimiento de la medida de requerimiento se dio en cumplimiento de lo exigido por el inspector actuante

⁸ Iniciándose el plazo el 13 de abril de 2021.

- Nuestra empresa cumplió con entregar el IPERC en la oportunidad que se solicitó, esto es, en la medida de requerimiento.
- La entidad deberá tener en cuenta que, si la persona de la Intendencia de Cajamarca no podía visualizar bien el documento, ya sea por un tema de vista o por un tema de apreciación subjetiva, ello no puede repercutir en un perjuicio contra nosotros.
- Dicha conducta inquisidora no corresponde a la misión y visión para la cual fue creada la Sunafil, lo que deberá ser tomado en cuenta para efectos de revocar la multa impuesta a nuestra empresa.

Se ha aplicado, indebidamente, el artículo 46.7 del Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo

- Al multarnos por no cumplir la medida de requerimiento, se vulnera el principio de Ne Bis In Ídem y, como consecuencia de ello, se aplica, indebidamente, el artículo 46.7° del RLGIT toda vez que en el caso de autos no procede la imposición de multa por esta supuesta infracción muy grave a la labor inspectiva.
- Como podrá advertirse, en el presente caso concurre la triple identidad exigida para este supuesto y con ello se está aplicando una doble sanción por el mismo hecho, esto es, se estaría vulnerando el principio non bis in ídem, correspondiendo señalar lo siguiente: i) Identidad de Sujetos: En las infracciones imputadas, la pretensión punitiva se ejerce contra el mismo sujeto Proseguridad S.A. ii) Identidad de Hechos: En las infracciones imputadas, los hechos que se le atribuyen a la inspeccionada son los mismos, toda vez que se nos sanciona por no contar con el IPERC y, al mismo tiempo, por no acreditar la subsanación de dicha infracción. Iii) Identidad de fundamentos: El fundamento es el mismo, no contar con IPERC, más allá que el inspector señale que en uno se afecta al trabajador y en otro al inspector. ¿El inspector o su labor en qué se afecta, concretamente, si no contamos con IPERC? Es, evidente, que el perjudicado es el trabajador solamente.
- Resulta manifiesto, pues, que en el presente caso la imposición de una multa por esta infracción resulta violatoria del principio de imposibilidad de doble sanción por un mismo hecho y, en consecuencia, se aplica indebidamente, el artículo 46.7° del RLGIT, lo que solicitamos tener en cuenta y se proceda a revocar esta infracción.

Inaplicación del inciso f) del artículo 257° del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General aprobado mediante Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS

- Nuestra empresa cumplió con presentar el IPERC ante el requerimiento efectuado por la autoridad, esto es, antes de la notificación del Acta de Infracción. Que ello no haya sido debidamente valorado por la inspección escapa a nuestro control.
- Antes de la notificación del acta de infracción nuestra empresa había dado cumplimiento a la medida y en atención a ello debió tener por cumplida la medida y no imponer sanciones a nuestra empresa.
- A la luz de lo que se aprecia en el expediente administrativo, que nuestra empresa cumplió oportunamente con acreditar la existencia del IPERC, con sus exigencias legales, no siendo procedente ninguna de las dos multas que se nos impone en el presente procedimiento.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 025-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

- Es claro que todos estos aspectos nos eximen de responsabilidad y originan que las infracciones imputadas deban ser revocadas, tal como lo señala el inciso f) del artículo 257° del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS que no ha sido aplicado por el inspector en ninguna de las etapas previas en que han sido invocadas, por lo que solicitamos se sirvan revocar las multas impuestas.

VI. ANÁLISIS DEL RECURSO DE REVISIÓN

- 6.1** Es oportuno señalar, que en merito al recurso de revisión, esta Sala solo es competente para resolver respecto a las infracciones calificadas como Muy Graves, en el presente caso, la infracción tipificada en el numeral 46.7 del artículo 46° del RLGIT. En tal sentido, si bien el incumplimiento de la medida inspectiva de requerimiento reposa en la no elaboración de la Identificación de Peligros, Evaluación de Riesgos y Determinación de Controles (IPERC), sancionada como infracción grave, no será materia de análisis al no tener competencia para emitir pronunciamiento.

Sobre la medida inspectiva de requerimiento

- 6.2** La inspeccionada alega haber dado cumplimiento a la medida de requerimiento, y que la no visualización de los documentos presentados, escapa a su responsabilidad, más aún que no fueron requeridos de subsanación. Al respecto, de las actuaciones inspectivas se evidencia:

- a) Con fecha 22 de setiembre de 2020 se emitió medida inspectiva de requerimiento a la impugnante¹⁰, requiriendo cumpla con acreditar: i) entrega de Equipos de Protección Personal (en adelante, EPPs) a sus trabajadores en cantidad suficiente, teniendo en cuenta los riesgos de exposiciones a SARS-COV-2 de los diferentes puestos de trabajo; ii) elaboración de la identificación de peligros, evaluación de riesgos y determinación de controles (en adelante, IPERC) por cada centro de trabajo en el que laboran sus trabajadores destacados. Para dicho efecto, otorgó el plazo máximo de diez (10) días hábiles, bajo apercibimiento de sanción en caso de incumplimiento, por constituir infracción a la labor inspectiva.
- b) Con correo electrónico de fecha 07 de octubre de 2020¹¹, dentro del plazo otorgado, la impugnante remite documentación adjuntando pruebas del cumplimiento del requerimiento efectuado. Cabe señalar, que dicha documentación fue remitida mediante el siguiente enlace:

⁹ Artículo 46 del RLGIT: Son infracciones muy graves, los siguientes incumplimientos: (...) 46.7 No cumplir oportunamente con el requerimiento de la adopción de medidas en orden al cumplimiento de la normativa de orden sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo.

¹⁰ Véase folios 170 a 171 del expediente inspectivo.

¹¹ Véase folio 358 del expediente inspectivo

<https://drive.google.com/drive/folders/19Gv2H2Oz4wavpc6xillnfvLDTzTUyh3L?usp=sharing>, solicitando dar conformidad de recepción y descarga de los documentos.

c) Con fecha 07 de octubre de 2020 se emitió el Acta de Infracción N° 160-2020-SUNAFIL/IRE-CAJ, señalando la propuesta de sanción por no acreditar la elaboración del IPERC y por incumplimiento de la medida de inspectiva de requerimiento.

6.3 Sobre el particular, en el ejercicio de la labor inspectiva, los inspectores de trabajo se encuentran facultados a realizar sus labores orientadas a la vigilancia y exigencia del cumplimiento del ordenamiento sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo. Por lo que, pueden adoptar acciones orientadas a la misma, entre las que se encuentra la emisión de medidas inspectivas de requerimiento.

6.4 Al respecto, el artículo 14 de la LGIT, establece:

“Las medidas inspectivas de advertencia y requerimiento se reflejarán por escrito en la forma y modelo oficial que se determine reglamentariamente, debiendo notificarse al sujeto inspeccionado a la finalización de las actuaciones de investigación o con posterioridad a las mismas. Cuando el inspector actuante compruebe la existencia de una infracción al ordenamiento jurídico sociolaboral, requerirá al sujeto responsable de su comisión la adopción, en un plazo determinado, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas. En particular y en materia de prevención de riesgos laborales, requerirá que se lleven a cabo las modificaciones necesarias en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo para garantizar el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores. Los requerimientos que se practiquen se entienden siempre sin perjuicio de la posible extensión de acta de infracción y de la sanción que, en su caso, pueda imponerse”. (el énfasis es añadido)

6.5 En similar sentido, el artículo 17 del RLGIT, establece en su numeral 17.2:

“Si en el desarrollo de las actuaciones de investigación o comprobatorias se advierte la comisión de infracciones, los inspectores del trabajo emiten medidas de advertencia, requerimiento, cierre temporal del área de una unidad económica o de una unidad económica, paralización o prohibición de trabajos o tareas, según corresponda, a fin de garantizar el cumplimiento de las normas objeto de fiscalización”. (el énfasis es añadido)

6.6 Como se evidencia de las normas acotadas, la naturaleza jurídica de la medida inspectiva de requerimiento es la de ser una medida correctiva que tiene como objeto revertir los efectos de la ilegalidad de la conducta cometida por el inspeccionado de manera previa al inicio del procedimiento sancionador. Por tanto, dicha medida de requerimiento sólo puede ser emitida en base a las pruebas que el inspector haya actuado en su investigación, que pongan de manifiesto dicho incumplimiento.

6.7 En el caso en particular, respecto al incumplimiento de la entrega de EPPs, en el Acta de infracción se ha establecido:

4.13 En el plazo otorgado en la medida inspectiva de requerimiento, el sujeto inspeccionado presentó los cargos de entrega de equipo de protección personal; con base a los cuales se evidencia que los trabajadores comprendidos en la presente orden de inspección firmaron la recepción de mascarillas quirúrgicas en cantidad suficiente para un solo uso (26 unidades en cada oportunidad), teniendo en cuenta la cantidad de días que laboran en el mes. Las mascarillas fueron entregadas los días 31.07.2020, 29.08.2020 y 28.09.2020. Asimismo, firmaron la recepción de lentes de seguridad y alcohol. En consecuencia, el sujeto inspeccionado acredita la subsanación de la infracción detectada en materia de equipo de protección personal.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 025-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

- 6.8** En tal sentido, se evidencia el cumplimiento por parte de la impugnante de lo requerido en la medida inspectiva de requerimiento. Cabe señalar que, en base al criterio principal para la emisión de dicha medida, referente a la comprobación de la existencia de una infracción al ordenamiento jurídico sociolaboral, el inspector comisionado realizó un análisis de los hechos y documentos presentados antes de su emisión, determinando que existía una infracción que debe ser subsanada, justificando en dicho extremo la emisión del requerimiento efectuado.
- 6.9** Respecto a la infracción por no elaboración del IPERC, en el Acta de infracción se ha establecido:
- 4.14 Con respecto a la materia identificación de peligros y evaluación de riesgos, el sujeto inspeccionado presentó, en el plazo otorgado en la medida inspectiva de requerimiento, 36 archivos en formato PDF titulados todos "IDENTIFICACIÓN DE PELIGROS EVALUACIÓN DE RIESGOS, DETERMINACIÓN DE CONTROLES – SEGURIDAD Y SALUD OCUPACIONAL". Sin embargo, no es posible determinar si el empleador, en cumplimiento de la medida inspectiva de requerimiento, ha realizado el procedimiento de identificación de peligros y evaluación de riesgos en cada centro de trabajo donde se encuentran destacados los trabajadores. Pues, los referidos archivos han sido generados con una resolución deficiente que hace imposible la visualización de los peligros identificados, los riesgos evaluados y las medidas de control propuestas.
- 6.10** En el acta de infracción referida, se precisa que la impugnante cumplió con presentar la documentación solicitada. Sin embargo, al encontrarse los archivos con una resolución deficiente, no se acredita el cumplimiento de lo solicitado en la medida de requerimiento. Esto es, el fundamento principal para determinar el incumplimiento y por ende atribuir la infracción a la labor inspectiva no es la falta de colaboración o ausencia en la presentación de la documentación, ni mucho menos el evidente incumplimiento de la impugnante. El fundamento principal está determinado por la aparente deficiencia en la presentación de los documentos remitidos por medio virtual.
- 6.11** Sobre el particular, debemos señalar que en el procedimiento administrativo se debe observar las reglas que lo informan y regulan, entre ellas la del debido procedimiento. Conforme ha precisado el Tribunal Constitucional Peruano, dicha obligación radica en la Constitución Política del Perú, que en su artículo 139 establece como un derecho de la función jurisdiccional, aplicable en sede administrativa, la "observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional"¹².
- 6.12** Asimismo, el TUO de la LPAG es clara en señalar en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar que los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, comprendiéndose entre estos el derecho "a exponer

¹² Fundamento 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 4944-2011-AA, "el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.9° de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos".

argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten”.

- 6.13** La misma norma consagrado dicho derecho como un elemento de validez del acto administrativo, de modo que su ausencia determinaría su nulidad¹³, así como también lo consagra como uno de los principios rectores de toda actuación administrativa¹⁴.
- 6.14** De lo señalado, se desprende que la Administración tiene el deber de producir sus decisiones mediante el cumplimiento de las reglas que conforman el procedimiento, de modo que es flagrantemente violatorio de este principio, la producción de actos administrativos de plano o sin escuchar a los administrados¹⁵.
- 6.15** Así, el principio del debido procedimiento se constituye como garante de una serie de derechos procesales de los administrados, dentro de los cuales se encuentra el derecho a ofrecer y producir pruebas, y que las mismas sean debidamente valoradas por la Administración. Como lo señala Ariano Deho, “el derecho a la prueba no se agota en la admisión y en la práctica de los medios probatorios. Se tiene, además, derecho a la valoración de la prueba”¹⁶.
- 6.16** Al respecto, el Tribunal Constitucional del Perú ha sido claro en señalar que “el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución Política del Perú”. Sin embargo, su ejercicio no es absoluto, por cuanto “se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho”¹⁷. Así, lo establece el numeral 2 del artículo 248 del TUO de la LPAG cuando, al regular el principio de la potestad sancionadora administrativa relativo al debido procedimiento, señala que “no se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. (...)”.
- 6.17** De otro lado, el principio del debido procedimiento exige a la Administración el respeto a las reglas propias del derecho a la prueba que asiste a los administrados, lo que implica, como lo señala Morón Urbina, el “*derecho a que la decisión se emita sobre la base de la probanza actuada y no existencia de pruebas tasadas, derecho a la no exigencia de probanza sobre hechos que la Administración Pública debe tener por ciertos o debe actuar prueba de oficio, derecho al ofrecimiento y actuación de pruebas de parte, derecho al control de la prueba de cargo, derecho a la valoración de la prueba de cargo, derecho a no declarar en su contra (...)*”¹⁸.

¹³ TUO de la LPAG, Artículo 10: “Son vicio del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14. (...)”

¹⁴ TUO de la LPAG, Título Preliminar, artículo II.- Contenido: 1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales. 2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley. 3. Las autoridades administrativas, al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley.

¹⁵ Juan Morón Urbina, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Tomo I (Lima: Grijley, 2019), 83.

¹⁶ Eugenia Ariano Deho, Problemas del Proceso Civil (Lima: Jurista, 2003), 196.

¹⁷ Fundamentos 148 y 149 de la STC recaída en el Expediente 010-2002-AI/TC.

¹⁸ Al respecto, Cfr. Morón Urbina, Comentarios a la Ley del Procedimiento..., Tomo II, 405.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 025-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

- 6.18** En ese entendido, uno de estos derechos fundamentales en materia sancionadora, es el derecho a la presunción de inocencia, regulado en el literal e), inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política¹⁹. Este derecho, recogido en el numeral 9 del artículo 248 del TUO de la LPAG bajo la denominación de presunción de licitud²⁰, proscribe que se sancione a una persona en tanto su responsabilidad sobre el hecho imputado no haya sido debidamente acreditada, más allá de toda duda razonable²¹.
- 6.19** Al respecto, el Tribunal Constitucional, señala que el derecho a la presunción de inocencia lleva también consigo una regla probatoria, por lo “que no pueda trasladarse la carga de la prueba quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el proceso o procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia”²².
- 6.20** Así, “la carga de la prueba del hecho objeto de sanción corresponde a la Administración, no al administrado. No cabe en este punto ninguna clase de “matiz”. No es posible la imposición de sanción alguna con el fundamento de meras sospechas, y tampoco sobre la base de que el imputado no ha demostrado su inocencia”²³.
- 6.21** El TUO de la LPAG recoge esta regla probatoria al disponer que la carga de la prueba se rige por el denominado “principio de impulso de oficio”, en virtud del cual es a la autoridad a quien corresponde “dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias”²⁴. A decir de Morón Urbina, “el principio de impulso de oficio impone a la Administración la obligación de verificar y probar los hechos que se imputan o que han de servir de base a la resolución del procedimiento, así como la obligación de proceder a la realización de la actividad probatoria misma cuando lo requiera el procedimiento”²⁵.
- 6.22** En tal sentido, el estándar de valoración de la prueba es definido por el Principio de Presunción de Licitud, en virtud del cual solo puede sancionarse a los administrados cuando cuenten con evidencia que acredite la comisión de la infracción que se les imputa.

¹⁹ Constitución Política del Perú, artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia: (...) e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

²⁰ TUO de la LPAG, Título Preliminar, artículo IV. Principios del procedimiento administrativo: (...) 9. Presunción de licitud. - Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

²¹ En el fundamento 3 de la STC recaída en el Expediente 08811-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional señaló que el derecho a la presunción de inocencia “obliga al órgano jurisdiccional a realizar una actividad probatoria suficiente que permita desvirtuar el estado de inocente del que goza todo imputado, pues este no puede ser condenado solo sobre la base de simples presunciones”

²² Fundamento 45 de la STC recaída en el Expediente 00156-2012-PHC/TC.

²³ Miguel Carmona Ruano, “Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental a la presunción de inocencia”, Jueces para la democracia N° 9 (1990): 24.

²⁴ TUO de la LPAG, Título Preliminar, artículo IV. Principios del procedimiento administrativo: (...) 1.3. Principio de impulso de oficio. - Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

²⁵ Morón Urbina, Comentarios a la Ley del Procedimiento..., Tomo II, 18.

- 6.23** De acuerdo con el Tribunal Constitucional, el Principio de Presunción de Licitud, termina convirtiéndose en este caso “en un límite al principio de libre apreciación de la prueba por parte del juez, puesto que dispone la exigencia de un mínimo de suficiencia probatoria para declarar la culpabilidad, más allá de toda duda razonable”²⁶.
- 6.24** En ese sentido, resulta de vital importancia que la administración cuente con evidencia que demuestre que la inspeccionada cometió la infracción que se le imputa, teniendo en cuenta que el nivel de probanza de la acusación es que ésta se encuentre probada más allá de toda duda razonable. Por lo que, la Administración Pública no solo debe encargarse de mostrar pruebas de la acusación, sino que tiene que encargarse de demostrar que ésta es la única que explica los hechos probados del caso.
- 6.25** En el presente caso, la configuración de la infracción es debido a que el archivo digital remitido presentaba deficiencias, no permitiendo su visualización ni mucho menos verificar si la impugnante cumplió con lo solicitado en la medida de requerimiento. Asimismo, no se evidencia el traslado de dicha observación a fin de que sea subsanada²⁷.
- 6.26** Debemos precisar que, en consideración a las circunstancias generadas, con la presentación de documentos por medio digital, cabe la posibilidad de que la misma presente algunas deficiencias que deben ser advertidas y comunicadas a fin de poder lograr su subsanación. Admitir lo contrario, implicaría vulnerar el debido procedimiento, pues se recortaría el derecho de defensa, y en el presente caso afectaría la carga probatoria atribuida a la inspeccionada. Supuesto que no fue valorado ni motivado por la instancia de apelaciones.
- 6.27** Cabe señalar que, en la Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 024-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, se determinó que la impugnante ha cumplido con subsanar la infracción imputada, precisando lo siguiente:

22. Por lo expresado en los considerandos precedentes, esta Sub Intendencia de Resolución concluye que la inspeccionada incurrió en falta grave en materia de seguridad y salud en el trabajo, tipificado en el Numeral 27.3 del Artículo 27° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, por no acreditar la elaboración de identificación de peligros, evaluación de riesgos y determinación de controles (IPERC) por cada centro de trabajo en el que laboran sus trabajadores destacados, afectando a (122) trabajadores; no obstante, el sujeto inspeccionado ha cumplido con subsanar dicha infracción con fecha 18 de noviembre de 2020; por lo que, al haberse realizado dicha subsanación con fecha posterior a la notificación de la imputación de cargos (17.11.2020), corresponde a este órgano sancionador aplicar el atenuante de reducción de multa conforme lo establecido en el artículo 40° literal a) de la Ley general de inspección del trabajo, el cual establece la reducción al treinta por ciento (30%) de la multa originalmente propuesta o impuesta cuando se acredite la subsanación de infracciones detectadas, desde la notificación del acta de infracción y hasta antes del plazo de vencimiento para interponer el recurso de apelación.

- 6.28** Por lo tanto, la sanción por incumplimiento de la medida inspectiva de requerimiento emitida a la impugnante, vulnera el principio de legalidad²⁸, pues fue impuesta en contravención del Debido Procedimiento, al no acreditarse fehacientemente la existencia

²⁶ Fundamento 2 de la STC recaída en el Expediente 1172-2003-HC/TC

²⁷ TUO de la LPAG, Título Preliminar, “artículo IV. Principios del procedimiento administrativo: (...) 1.6. Principio de informalismo. - Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público”. Concordante con el “Artículo 136.- Observaciones a documentación presentada: 136.1 Deben ser recibidos todos los formularios o escritos presentados, no obstante incumplir los requisitos establecidos en la presente Ley, que no estén acompañados de los recaudos correspondientes o se encuentren afectados por otro defecto u omisión formal prevista en el TUPA, que amerite corrección. En un solo acto y por única vez, la unidad de recepción al momento de su presentación realiza las observaciones por incumplimiento de requisitos que no puedan ser salvadas de oficio, invitando al administrado a subsanarlas dentro de un plazo máximo de dos días hábiles. (...)”

²⁸ TUO de la LPAG, artículo IV. 1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 025-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

de infracción que respalde su emisión, habiéndose generado solo en base a la presunción del incumplimiento.

6.29 En tal sentido, cabe acoger este extremo del recurso de revisión, al evidenciarse la de falta de motivación en la resolución impugnada.

Sobre el deber de colaboración a la labor inspectiva

6.30 Sobre el particular, el TUO de LPAG establece “la autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, **la colaboración** y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental”²⁹. (el énfasis es añadido)

6.31 Del mismo modo, el artículo 15 numeral 15.1 de la LGIT, establece “que durante el desarrollo de las actuaciones inspectivas los empleadores, los trabajadores y los representantes de ambos, así como los demás sujetos obligados al cumplimiento de las normas sociolaborales, prestarán la colaboración que precisen los inspectores del trabajo para el adecuado ejercicio de las funciones encomendadas, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 9 de la Ley”. Concordante con el artículo 36³⁰ de la misma norma que establece que las acciones u omisiones de los sujetos obligados, contrarias al deber de colaboración de los sujetos inspeccionados, constituyen infracción a la labor inspectiva.

6.32 Así, de autos se desprende que la inspeccionada, en atención a la medida de inspectiva de requerimiento, cumplió con presentar en el plazo otorgado por el inspector comisionado, documentación aparentemente en cumplimiento de lo requerido. Se señala la apariencia de dicha la documentación, pues la misma no fue visualizada por el inspector comisionado, por deficiencias en el soporte digital, presupuesto no advertido inmediatamente a la imputada.

²⁹ TUO de la LPAG, artículo IV. Numeral 1.8.

³⁰ LGIT: Artículo 36.- Infracciones a la labor inspectiva:

Son infracciones a la labor inspectiva las acciones u omisiones de los sujetos obligados, sus representantes, personas dependientes o de su ámbito organizativo, sean o no trabajadores, contrarias al deber de colaboración de los sujetos inspeccionados por los Supervisores Inspectores, Inspectores del Trabajo o Inspectores Auxiliares, establecidas en la presente Ley y su Reglamento. Tales infracciones pueden consistir en:

1. La negativa injustificada o el impedimento a que se realice una inspección en un centro de trabajo o en determinadas áreas del mismo, efectuado por el empleador, su representante o dependientes, trabajadores o no de la empresa, por órdenes o directivas de aquél. El impedimento puede ser directo o indirecto, perjudicando o dilatando la labor del Inspector del Trabajo de manera tal que no permita el cumplimiento de la fiscalización, o negándose a prestarle el apoyo necesario. Constituye acto de obstrucción, obstaculizar la participación del trabajador o su representante o de los trabajadores o la organización sindical.
2. El abandono de la diligencia inspectiva, que se produce cuando alguna de las partes, luego de iniciada ésta, deja el lugar de la diligencia.
3. La inasistencia a la diligencia, cuando las partes hayan sido debidamente citadas, por el Inspector del Trabajo o la Autoridad Administrativa de Trabajo y éstas no concurren.

6.33 Debemos precisar que uno de los principios sobre los cuales se sustenta el procedimiento administrativo es el de Presunción de Veracidad preceptuado en el artículo IV del TUO de la LPAG³¹; por el cual la autoridad administrativa de trabajo debe presumir que, los documentos y declaraciones formulados por los administrados, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Cabe señalar, que en caso la documentación presentada no satisfaga la presunción de licitud y veracidad, el inspector comisionado podrá adoptar las acciones correspondientes, al amparo de la LGIT, debiendo para dicho efecto motivar con hechos y pruebas su decisión.

6.34 En tal sentido, si el inspector comisionado determino que la información presentada por la impugnante no era factible de visualizar, con la finalidad de poder contar con elementos fehacientes del incumplimiento a la medida de requerimiento, debió solicitar la subsanación de dicha deficiencia, acción orientada a contar con los fundamentos suficientes que acrediten la configuración de la infracción imputada, al amparo de lo previsto en el artículo 14 de la LGIT y numeral 17.2 del 17 del RLGIT.

6.35 En tal sentido, verificadas las actuaciones inspectivas realizadas, no se ha evidenciado por parte de la impugnante, intención de no colaborar con las mismas, pues a lo largo del procedimiento ha cumplido con presentar documentación con la finalidad de acreditar el cumplimiento de sus obligaciones.

6.36 Por las consideraciones antedichas, corresponde acoger el recurso de revisión.

POR TANTO

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 29981 – Ley que crea la Sunafil, el artículo 41 de la Ley N° 28806 – Ley General de Inspección del Trabajo, los artículos 15 y 17 del Decreto Supremo N° 007-2013-TR – Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil y sus modificatorias, y los artículos 2, 3 y 17 del Decreto Supremo N° 004-2017-TR – Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral,

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar FUNDADO el recurso de revisión interpuesto por PROSEGURIDAD S.A. contra la Resolución de Intendencia N° 041-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, de fecha 09 de abril de 2021, emitida por la Intendencia Regional de Cajamarca dentro del procedimiento administrativo sancionador recaído en el expediente N° 160-2020-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIAI.

SEGUNDO.- En ese sentido, REVOCAR EN PARTE la Resolución de Intendencia N° 041-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, en el extremo referente a la sanción impuesta por incumplimiento a la labor inspectiva, tipificada en el numeral 46.7 del artículo 46 de la LGIT, dejando sin efecto la multa impuesta por dicha infracción.

TERCERO.- Declarar agotada la vía administrativa debido a que el Tribunal de Fiscalización Laboral constituye última instancia administrativa.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a PROSEGURIDAD S.A. y a la Intendencia Regional de Cajamarca, para sus efectos y fines pertinentes.

³¹ TUO de la LPAG, "Artículo IV. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...) 1.7. Principio de presunción de veracidad. - En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario."



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 025-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

QUINTO.- Remitir los actuados a la Intendencia Regional de Cajamarca.

SEXTO.- Disponer la publicación de la presente resolución en el portal institucional de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – Sunafil (www.sunafil.gob.pe).

Regístrese y comuníquese

Documento firmado digitalmente
Luis Erwin Mendoza Legoas
Presidente
Tribunal de Fiscalización Laboral

Documento firmado digitalmente
Desirée Bianca Orsini Wisotzki
Vocal
Tribunal de Fiscalización Laboral

Documento firmado digitalmente
Luz Imelda Pacheco Zerga
Vocal
Tribunal de Fiscalización Laboral



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 026-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

EXPEDIENTE SANCIONADOR : 152-2020-SUNAFIL/IRE-CAJ
PROCEDENCIA : INTENDENCIA REGIONAL DE CAJAMARCA
IMPUGNANTE : PACOSA S.A.C.
ACTO IMPUGNADO : RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA N° 110-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE
MATERIA : - LABOR INSPECTIVA

Sumilla: "Declarar INFUNDADO el recurso de revisión interpuesto por PACOSA S.A.C., en contra de la Resolución de Intendencia N° 045-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, de fecha 16 de abril de 2021, emitida por la INTENDENCIA REGIONAL DE CAJAMARCA dentro del procedimiento administrativo sancionador recaído en el expediente N° 157-2020-PS/SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, por las consideraciones expuestas en los fundamentos 6.1 al 6.13 de la presente resolución"

Lima, 14 de junio de 2021

VISTO: El recurso de revisión interpuesto por PACOSA S.A.C. (en adelante **la impugnante**) contra la Resolución de Intendencia N° 110-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, de fecha 17 de marzo de 2021 (en adelante **la resolución impugnada**), expedida en el marco del procedimiento sancionador, y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante Orden de Inspección N° 873-2020-SUNAFIL/IRE-CAJ, se dio inicio a las actuaciones inspectivas de investigación respecto de la impugnante, con el objeto de verificar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral¹, las cuales culminaron con la emisión del Acta de Infracción N° 157-2020-SUNAFIL/IRE-CAJ (en adelante, el **Acta de Infracción**), mediante la cual se propuso sanción económica a la impugnante por la comisión, entre otras, de dos (2) infracciones sociolaborales Muy Graves, una por no registrar en su planilla al trabajador Jimmy Vladimiro Vásquez Santos, además otra por no pagar sus vacaciones truncas por el periodo allí indicado, y una (1) infracción a la labor inspectiva Muy Grave, al no haberse cumplido con la medida de requerimiento.

¹ Se verificó el cumplimiento sobre las siguientes materias: Registro de control de asistencia, así como Jornada, Horario de trabajo y descansos remunerados, y remuneraciones



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 026-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

- 1.2 Que, mediante Imputación de Cargos N° 200-2020-SUNAFIL/IRE-CAJ/SAI, de fecha 21 de octubre de 2020, la autoridad instructora da inicio al procedimiento sancionador, notificando a la entidad el acta de infracción, notificación efectuada el 25 de enero de 2021.
- 1.3 De conformidad con el numeral 53.2 del artículo 53° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo – Decreto Supremo N° 019-2006-TR (en adelante, **el RLGIT**), la autoridad instructora emitió el Informe Final de Instrucción N° 053-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SAI, a través del cual llega a la conclusión que se ha determinado la existencia de la conducta infractora imputada a la impugnante, recomendando continuar con el procedimiento administrativo sancionador, en su fase sancionadora, y procediendo a remitir el Informe Final y los actuados a la Sub Intendencia de Resolución la cual, mediante Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 110-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, de fecha 17 de marzo de 2021, multó a la impugnante por la suma de S/. 11,309.00, por haber incurrido en una infracción calificada como MUY GRAVE, tipificada en el numeral 25.20 del artículo 25 del RLGIT, por no acreditar haber registrado en la planilla al trabajador afectado; además, multó a la impugnante por la suma de S/. 11,309.00, por haber incurrido en una infracción calificada como MUY GRAVE, tipificada en el numeral 25.6 del artículo 25 del RLGIT, por no acreditar el cumplimiento de sus obligaciones respecto a las vacaciones a favor del trabajador afectado; finalmente, multó a la impugnante por la suma de S/. 11,309.00, por haber incurrido en una infracción calificada como MUY GRAVE, tipificada en el numeral 46.7 del artículo 46 del RLGIT, por no cumplir con la adopción de medida de requerimiento, todas las infracciones en agravio de un (1) trabajador.
- 1.4 Mediante escrito de fecha 9 de abril de 2021, la impugnante interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Sub Intendencia N° 110-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, argumentando lo siguiente:
- i. Respecto a la infracción en materia de relaciones laborales, indican que dicha persona ha mantenido un contrato de locación de servicios, el mismo que se rige por lo estipulado en los artículos 1764 al 1770 del Código Civil. Que el mismo fue celebrado dentro del marco de lo que establece el Art. 2 inc. 14 A de nuestra Constitución Política del Estado que prescribe que toda persona tiene derecho "A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público." Por tanto, sostiene que no le corresponde haber ingresado a planilla, en función a la naturaleza del contrato.
 - ii. También manifiesta que, en materia de la labor inspectiva, se habría cometido una presunta infracción al no cumplir con el requerimiento de la adopción de medidas en orden al cumplimiento de la normativa de orden socio laboral, hecho que niegan



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 026-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

considerando que, hasta la fecha y desde un inicio, se advierte una vez más el error en el que incurre el ente fiscalizador al catalogar como una relación de carácter laboral a una que es de carácter civil, en tanto no mantenido con nosotros mas que un contrato de locación de servicios.

- iii. Finalmente alega que en la Resolución De Intendencia No. 087-2021-SUNAFIL/ILM, de fecha 19 de enero de 2021, se establece que si bien, de acuerdo a lo establecido en los artículos 16 y 47 de la LGIT, los hechos constatados por los Inspectores de Trabajo que se formalicen en las Actas de Infracción, observándose los requisitos que se establezcan, merecen fe y se presumen cierto, dicha presunción admite prueba en contrario.

1.5 Mediante Resolución de Intendencia N° 045-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, de fecha 16 de abril de 2021², la INTENDENCIA REGIONAL DE CAJAMARCA declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por la impugnante, confirmando la Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 110-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, por considerar que:

- i. En el procedimiento inspectivo, el personal asignado al procedimiento, a través de los hechos verificados del Acta de Infracción, dejó constancia sobre la existencia de la relación de naturaleza laboral entre la inspeccionada y el supuesto locador de servicios St. Jimmy Vladimiro Vásquez santos, identificado con DNI N° 19943608, durante el periodo que venía prestando servicios a la empresa inspeccionada, para lo cual transcribimos la parte pertinente del acta de infracción.
- ii. Señala que la relación contractual civil que, aparentemente habría existido entre el recurrente y la inspeccionada, ha quedado desnaturalizada toda vez que, del contenido mismo de los contratos civiles presentados durante el procedimiento inspectivo, se ha verificado la existencia de los tres elementos de la relación laboral, como son:
 - a. La prestación personal de servicio, tal como se puede apreciar de las cláusulas tercera y cuarta de los contratos presentados, donde se establece el objeto de la contratación de los servicios personalísimos del recurrente, tal como se puede apreciar de la lectura de los extractos de las cláusulas contenidas en la segunda columna del cuadro que aparece en el 2.2. hecho verificado.
 - b. Remunerada, tal como se aprecia de la cláusula sexta citada en la tercera columna del cuadro contenido en el hecho verificado anterior, pues por la

² Notificada a la inspeccionada el 19 de abril de 2021.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 026-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

prestación de los servicios contratados del recurrente, la empresa inspeccionada se obligó a cancelar las contraprestaciones allí precisadas.

- c. Subordinada, elemento de la relación laboral que se encuentra contenido expresamente dentro de los contratos civiles específicamente dentro de su cláusula quinta), donde se han establecido, a detalle, las labores que debía efectuar el recurrente durante la vigencia del vínculo contractual. De las mismas se denota que el denunciante se encontraba sujeto a subordinación, pues las actividades impuestas en nada se condicen con los servicios para los cuales supuestamente fue contratado, y que habrían sido los de "asesoría", pues no se debe olvidar que las actividades de asesoría consisten en brindar recomendaciones, sugerencias y consejos dentro de un determinado ámbito de especialización, lo cual no se ha efectuado en el caso del recurrente.
- iii. Sustenta el que, ante la concurrencia copulativa de los tres elementos constitutivos de la relación laboral y en aplicación estricta del principio de la primacía de la realidad, por el cual en caso de discordancia entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados, se acredita que el Sr. Jimmy Vladimiro Vásquez santos, identificado con DNI N° 19943608, se encontraba ejecutando labores inherentes a un contrato de naturaleza laboral y no de locación de servicios, por lo que corresponde a la inspeccionada cumplir con sus obligaciones en su condición de empleador, tal como ordena la resolución apelada 110-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE
- iv. Señala, además, que la jurisprudencia constitucional y judicial, en cuanto a la aplicación del principio de la primacía de la realidad en casos idénticos, que resuelven situaciones legales donde el empleador pretende validar la existencia de un contrato de locación de servicios cuando en realidad corresponde a una relación laboral, requiere el que se deba verificar la existencia de una relación de trabajo entre las partes, para lo cual resulta indiscutible la aplicación del principio de la primacía de la realidad, tal como lo recoge la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0018-2016 PA/TC, y recogiendo la definición de dicho principio contenida en la sentencia emitida en el expediente N° 1944 2002-AA/TC. Concluye, por tanto, que para el presente caso, y en atención a los argumentos vertidos en el acta de infracción y la resolución apelada, se acreditó la existencia de la relación laboral entre Sr. Jimmy Vladimiro Vásquez santos, identificado con DNI N° 19943608, y la inspeccionada.
- v. Además de ello, sustenta su decisión en la determinación de la existencia de los rasgos de laboralidad que el mismo Tribunal Constitucional recoge en la sentencia



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 026-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

N° 0018-2016 PA/TC. Al respecto, la resolución apelada, en su fundamento 7, indica que para determinar si existió una relación de trabajo entre las partes encubierta mediante un contrato civil, se debe evaluar si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: a) control sobre la prestación a la forma en que ésta se ejecutó; b) integración de la demandante en la estructura organizacional de la emplazada; c) prestación ejecutada dentro de un horario determinado; d) prestación de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales al demandante para la prestación del servicio, f) pago de remuneración al demandante, y, g) reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para el sistema de pensiones y salud". Finalmente indica que, para el caso en concreto, se cumplen con los presupuestos descritos en los numerales señalados, conforme a los argumentos sustentados en dicha resolución, cumpliendo de tal forma con las exigencias legales para acreditar la existencia de una relación de naturaleza laboral entre el denunciante y la inspeccionada

- vi. Sobre el incumplimiento de la medida inspectiva de requerimiento, se precisa que el inspector comisionado notificó, el 20 de agosto de 2020, la medida de requerimiento al comprobarse la existencia de infracciones al ordenamiento jurídico sociolaboral, para lo cual otorgó el plazo de 07 días hábiles a fin de que la recurrente subsane las infracciones detectadas. Sin embargo, señala, vencido dicho plazo, la inspeccionada no acreditó la subsanación de las mismas, configurándose así la infracción muy grave a la labor inspectiva prevista por el numeral 46.7 del artículo 46 del RIGIT.

1.6 Mediante escrito de fecha 4 de mayo de 2021, la impugnante presentó ante la INTENDENCIA REGIONAL DE CAJAMARCA el recurso de revisión en contra de la Resolución de Intendencia N° 045-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ

1.7 La INTENDENCIA REGIONAL DE CAJAMARCA admitió a trámite el recurso de revisión y elevó los actuados al Tribunal de Fiscalización Laboral, mediante Memorandum N° 203-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, ingresando el 04 de mayo de 2021 a evaluación por parte del Tribunal.



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 026-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

II. DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

- 2.1 Mediante el artículo 1 de la Ley N° 29981³, se crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, Sunafil), disponiéndose en el artículo 7 de la misma Ley que, para el cumplimiento de sus fines, la Sunafil contará dentro de su estructura orgánica con un Tribunal de Fiscalización Laboral.
- 2.2 Asimismo, de conformidad con el artículo 15 de la Ley N° 29981⁴, en concordancia con el artículo 41 de la Ley General de Inspección del Trabajo⁵ (en adelante, **la LGIT**), el artículo 15 del Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2013-TR⁶, y el artículo 2 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2017-TR⁷ (en adelante, el

³ "Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

Artículo 1. Creación y finalidad

Créase la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), en adelante Sunafil, como organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias."

⁴ "Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

Artículo 15. Tribunal de Fiscalización Laboral

El Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia.

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión. Expide resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

(...)"

⁵ "Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo

Artículo 41.- Atribución de competencias sancionadoras

(...)

El Tribunal de Fiscalización Laboral resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que se interponga recurso de revisión. Las causales para su admisión se establecen en el reglamento.

El pronunciamiento en segunda instancia o el expedido por el Tribunal de Fiscalización Laboral, según corresponda, agotan con su pronunciamiento la vía administrativa."

⁶ "Decreto Supremo N° 007-2013-TR, Reglamento de Organización y Funciones de Sunafil

Artículo 15.- Instancia Administrativa

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión."

⁷ "Decreto Supremo N° 004-2017-TR. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral

Artículo 2.- Sobre el Tribunal



Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 026-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

Reglamento del Tribunal), el Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión, constituyéndose en última instancia administrativa.

III. DEL RECURSO DE REVISIÓN

- 3.1 El artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley de N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, **TUO de la LPAG**) establece que frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede la contradicción en la vía administrativa mediante recursos impugnativos, identificándose dentro de éstos al recurso de revisión, entre otros. A diferencia de los otros recursos establecidos en dicha Ley, para su interposición, el legislador debe de otorgarle esta facultad al administrado mediante un ley o decreto legislativo específico, siéndole aplicable los términos generales para los recursos impugnativos, esto es, que el término de su interposición y el plazo para su resolución -en días hábiles- es de quince (15) y treinta (30) días respectivamente.
- 3.2 Así, el artículo 49 de la LGIT, modificada por el Decreto Legislativo N° 1499, define al recurso de revisión como un recurso administrativo del procedimiento administrativo sancionador con carácter excepcional, interpuesto ante la autoridad que resolvió en segunda instancia a efectos de que lo eleve al Tribunal de Fiscalización Laboral, estableciéndose en el artículo 55 del RLGIT, modificado por Decreto Supremo N° 016-2017-TR, que los requisitos de admisibilidad y procedencia se desarrollarían en el Reglamento del Tribunal.
- 3.3 En esa línea argumentativa, el Reglamento del Tribunal define al recurso de revisión como el recurso administrativo destinado a contradecir las resoluciones emitidas en segunda instancia por la Intendencia de Lima Metropolitana y las Intendencias Regionales de Sunafil, así como por las Direcciones de Inspección del Trabajo u órganos que cumplan esta función en las Direcciones y/o Gerencias Regionales de Trabajo y

El Tribunal es un órgano colegiado que resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que proceda la interposición del recurso de revisión, según lo establecido en la Ley y el presente Reglamento. Sus resoluciones ponen fin a la vía administrativa.

El Tribunal tiene independencia técnica en la emisión de sus resoluciones y pronunciamientos, no estando sometido a mandato imperativo alguno.

Los pronunciamientos que así se determinen en Sala Plena del Tribunal constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria para todas las entidades conformantes del Sistema.”



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 026-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

Promoción del Empleo, señalando de manera expresa que el recurso de revisión sólo procede por las causales taxativamente establecidas como materias impugnables en el artículo 14 de dicha norma, esto es: i) la inaplicación así como la aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral; y, ii) El apartamiento inmotivado de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de Fiscalización Laboral.

- 3.4 Así, el recurso de revisión se interpone contra las resoluciones de segunda instancia emitidas por autoridades del Sistema de Inspección del Trabajo que no son de competencia nacional, que sancionan las infracciones calificadas como muy graves en el RLGIT y sus modificatorias; estableciéndose en el artículo 17 del Reglamento del Tribunal que éste se encuentra facultado para rectificar, integrar, excluir e interpretar la resolución emitida por la segunda instancia administrativa, debiendo motivar la realización de cualquiera de las acciones antes descritas.

IV. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN POR PARTE DE PACOSA S.A.C.

- 4.1 De la revisión de los actuados, se ha identificado que PACOSA S.A.C. presentó el recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 045-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, emitida por la INTENDENCIA REGIONAL DE CAJAMARCA, en la cual se confirmó la sanción impuesta de S/. 60,931.00 por la comisión, entre otras, de dos (2) infracciones sociolaborales Muy Graves, una por no registrar en su planilla al trabajador Jimmy Vladimiro Vásquez Santos, además de otra por no pagar sus vacaciones trancas por el periodo allí indicado, y una (1) infracción a la labor inspectiva Muy Grave, al no haberse cumplido con la medida de requerimiento, dentro del plazo legal de quince (15) días hábiles, computados a partir del 19 de abril de 2021⁸, fecha en que fue notificada la citada resolución.
- 4.2 Así, al haberse identificado que el recurso interpuesto por el solicitante cumple con los requisitos legales previstos en el Reglamento del Tribunal y en las normas antes citadas, corresponde analizar los argumentos planteados por PACOSA S.A.C..

V. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REVISIÓN

- 5.1 Mediante escrito de fecha 4 de mayo de 2021, la impugnante fundamenta su recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 045-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ, en los siguientes argumentos:

⁸ Contabilizándose a partir del día siguiente de la notificación, según lo dispuesto por el TUO de la LPAG.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 026-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

- i. Respecto a la infracción en materia de relaciones laborales, reitera los argumentos planteados en su recurso de apelación, respecto a que el trabajador afectado, durante el periodo comprendido entre el 19 de junio de 2018 y 31 de enero de 2020, mantuvo un contrato de locación de servicios, regido por lo estipulado en los artículos 1764 al 1770 del Código Civil. Por tanto, sostiene, al estar éste celebrado dentro del marco de lo que establece el Art. 2 inc. 14 A de nuestra Constitución Política, no le corresponde el ingreso a planilla, en función a la naturaleza del contrato, constituyendo un error en el que incurre el ente fiscalizador, al catalogar de una relación de carácter laboral cuando se trata de una de carácter civil. Por ello, tampoco le corresponde el pago de beneficios sociales cuyo incumplimiento se sanciona en la resolución venida en grado.
- ii. También manifiesta que, en materia de labor inspectiva, niegan el que se haya incurrido en una presunta infracción al no cumplir con el requerimiento de la adopción de medidas en orden al cumplimiento de la normativa de orden socio laboral, considerando el error en el que incurre el ente fiscalizador al catalogar como una relación de carácter laboral a una que es de carácter civil, en tanto no mantuvo con la empresa mas que un contrato de locación de servicios.
- iii. Respecto a la desnaturalización del contrato de locación de servicios, niegan la existencia de los tres elementos para la existencia de la relación laboral. Respecto a la prestación personal del servicio y la remuneración, indica que en la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios, por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución. Por tanto, se encuentra dentro de los alcances del artículo 1764 del Código Civil, concordante con el 1766 del mismo cuerpo legal. Respecto al tercer elemento, la subordinación, para la empresa resulta subjetivo e hipotético que se haya determinado que las labores que debería efectuar el trabajador afectado impliquen una subordinación, considerando que por el tipo de contrato, dicha subordinación no es admitida.

VI. ANÁLISIS DEL RECURSO DE REVISIÓN

Sobre la desnaturalización de contrato de Locación de servicios del prestador de servicios que laboró del 19 de junio de 2018 al 31 de enero de 2020.

- 6.1 El contrato de trabajo constituye un *“negocio jurídico bilateral que tiene por finalidad la creación de una relación jurídico– laboral constituida por el cambio continuado entre una prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena y una prestación salarial”*⁹.

⁹ MONTROYA, Alfredo. Derecho del Trabajo. 15° Edición, Ed. Tecnos. España - Madrid, Pág 268.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 026-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

- 6.2 Al respecto, el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral precisa que toda relación laboral se configura al concurrir y comprobarse la existencia de tres elementos esenciales: i) la prestación personal por parte del trabajador; ii) la remuneración y iii) la subordinación, la cual le otorga al empleador *"las facultades de dirección, fiscalización y sanción que tiene el empleador frente a un trabajador, las que se exteriorizan mediante: cumplimiento de un horario y jornada de trabajo, utilización de uniformes, existencia de documentos que demuestren la dirección del empleador, imposición de sanciones disciplinarias, sometimiento a los procesos productivos, comunicación indicando el lugar y horario de trabajo o las nuevas funciones, entre otras conductas de subordinación"*¹⁰.
- 6.3 Por otro lado, el artículo 1764 del Código Civil Peruano, ha definido el contrato de locación de servicios como aquel acuerdo de voluntades por el cual *"el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución"*.
- 6.4 Por tanto, el elemento esencial en el contrato de locación de servicios es la independencia, que tiene el locador frente al comitente, en la prestación de sus servicios. Por otro lado, dicho elemento determinante, característico y diferenciador en el contrato de trabajo, en relación con el contrato de locación de servicios, es la subordinación del trabajador con respecto al empleador.
- 6.5 De esta manera, tal como se ha detallado en la resolución venida en grado, resulta esencial determinar si existió una relación de trabajo entre las partes, encubierta mediante un contrato civil, es necesario verificar si en los hechos se presentó evidencia de sujeción del prestador de servicios al poder de dirección de su contraparte contractual. Así, sirve tener como indicios, entre otros, a los siguientes rasgos de laboralidad, que pueden presentarse alternativamente: *"a) control sobre la prestación o la forma en que esta se ejecuta; b) integración de la demandante en la estructura organizacional de la emplazada; c) Prestación ejecutada dentro de un horario determinado; d) prestación de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales a la demandante para la prestación del servicio; f) pago de remuneración a la demandante; y g) reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud"*.¹¹

¹⁰ GONZALES, Luis. El contrato de trabajo y sus modalidades, Ed. Gaceta Jurídica S.A. Perú – Lima, Pág. 11.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00018-2016-PA/TC. Caso GREGORIO ERNESTO IPANAQUE SERNAQUE. Fundamento 7. Obtenido en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00018-2016-AA.pdf>



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 026-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

- 6.6 Además de ello, y también citado en la resolución venida en grado, se deberá tomar en cuenta el principio de primacía de la realidad, tomando en consideración que, por el mismo, “(...) *en caso de discordia entre lo que ocurre en la realidad y lo que aparece en los documentos o contratos, debe otorgarse preferencia a lo que sucede y se aprecia en los hechos (...)*”¹².
- 6.7 En su recurso, el administrado expone la base legal del contrato de locación de servicios, motivo por el que, alega, no debió imponérsele la sanción por falta de registro en la planilla de dicha persona, ni acreditarse el pago de vacaciones; ni cumplir el requerimiento que incidía sobre éstas y otras materias consideradas como “infracciones graves”.
- 6.8 En particular, la impugnante basa su recurso en la contradicción de lo establecido por el inspector actuante, a saberse: que la prestación de servicios fue subordinada o asalariada. Así, en el octavo punto del recurso de revisión, se aprecia que la impugnante busca encuadrar las características del servicio desplegado por el prestador en las normas del Código Civil que regulan al contrato de locación de servicios. Estas alegaciones —que únicamente refieren que la detección de la subordinación responde a un criterio subjetivo e hipotético— en tanto que no reposan en una prueba idónea que logre desvirtuar lo establecido en la investigación, no resultan estimables, máxime si se considera que lo desarrollado en el Acta de Infracción emitida para el presente caso.
- 6.9 De la revisión del Acta de Infracción N° 157-2020-SUNAFIL/IRE-CAJ, de fecha 1 de setiembre de 2020, se aprecia en el punto 4.4. de los hechos constatados que, de la documentación y manifestaciones actuadas en el procedimiento, el inspector llega a concluir que el trabajador afectado, señor Jimmy Vladimiro Vásquez Santos, identificado con DNI N° 19943608, tuvo vínculo contractual formal durante los periodos, en dicho punto detallados¹³, para prestar los servicios de asesoría y percibiendo las remuneraciones detalladas en cuadro que se indica a continuación:

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1944-2002-AA/TC. Caso Eduardo Enrique Chinchay Puse. Fundamento 3. Obtenido en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01944-2002-AA.html>

¹³ Se especifica que, si bien existía un vínculo contractual durante el periodo comprendido entre el 19 de junio de 2018 al 30 de junio de 2020, se llegó a determinar la culminación del vínculo contractual el día 31 de enero de 2020, conforme se corrobora de la carta de renuncia exhibida durante el procedimiento inspectivo.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 026-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

PERIODO CONTRATADO	SERVICIOS A PRESTAR	MONTO DE LAS CONTRAPRESTACIONES PACTADAS
Del 19.06.2018 al 03.12.2019	Clausula cuarta: "Por este instrumento LA EMPRESA contrata los servicios de Asesoría de EL LOCATARIO, como Ingeniero de Obras, el cual deberá conocer las bases del Contrato de Obra comprometiéndose a cumplir con las obligaciones del contratista principal"	Clausula sexta: "Como contraprestación mensual por los servicios que EL LOCATARIO realice a favor de LA EMPRESA está le entregará la suma de NUEVE MIL y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 9,000.00.)"
Del 04.12.2019 al 30.06.2020	Clausula cuarta: "Por este instrumento LA EMPRESA contrata los servicios de Asesoría de EL LOCATARIO, como Ingeniero de Obras, el cual deberá conocer las bases del Contrato de Obra comprometiéndose a cumplir con las obligaciones del contratista principal"	Clausula sexta: "Como contraprestación mensual por los servicios que EL LOCATARIO realice a favor de LA EMPRESA está le entregará la suma de NUEVE MIL y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 9,000.00.)"

6.10 Respecto a ello, en el punto 4.5 de los hechos contratados del acta de infracción, el inspector actuante indica que, respecto a la relación contractual de naturaleza civil, indica que se encuentra desnaturalizada, toda vez que, del contenido de los mismos contratos civiles presentados, se verifica la existencia de los tres elementos de la relación laboral:

- 1. La prestación personal de servicio, que se constata de las cláusulas tercera y cuarta de los contratos presentados, donde se establece el objeto de la contratación de los servicios personalísimos del recurrente.
- 2. Remunerada, la cual queda acreditada en la cláusula sexta citada en la tercera columna del cuadro descrito en el considerando anterior de la presente resolución, donde la empresa inspeccionada se obligó a cancelar las contraprestaciones allí precisadas al trabajador afectado.
- 3. Subordinada, considerando que dicho elemento de la relación laboral se encuentra contenido expresamente dentro de los contratos civiles presentados, específicamente dentro de su cláusula quinta, donde se establece, a detalle, las "labores" que debía efectuar el trabajador durante la vigencia del vínculo contractual. Éstas, de por sí, denotan que el afectado se encontraba sujeto a subordinación, pues las actividades impuestas en nada se condicen con los servicios



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 026-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

para los cuales supuestamente fue contratado, y que habrían sido los de "asesoría". En este caso, el supuesto prestador de servicios autónomos debía, entre otros deberes, presentar reportes técnicos-económicos periódicos a la oficina principal; gestionar ante autoridades las solicitudes de licencia de construcción; programar los trabajos diarios y elaborar la hoja de programación dirigida a los supervisores; reportar semanalmente avances ejecutados para el control de las obras; exigir, auditar y verificar el control diario de movimientos de almacenes; entre varios otros indicativos del ejercicio delegado de funciones que implican un trabajo de confianza por el que, la impugnante, reposó en esta persona importantes funciones para que las cumpla en el marco de la ejecución de un contrato de trabajo.

- 6.11** De esta forma, no puede sino coincidir con el razonamiento inferencial que consta en el Acta de Infracción (punto 4.6), que integra correctamente los indicios de laboralidad anotados para establecer la existencia de una relación de trabajo subordinado, cuestión que no ha logrado ser desvirtuada por la recurrente a lo largo del presente procedimiento sancionador: es decir, que de la lectura de las obligaciones establecidas expresamente en los contratos civiles, se denota que éstas no son actividades propias de un servicio de asesoría como el que supuestamente efectuó el recurrente, sino que están estrictamente vinculadas a la naturaleza misma de las actividades que desempeña la empresa y que, de manera también expresa, se encuentran detalladas en la primera cláusula de los contratos presentados. Además, sobre dichas actividades, concluye, la impugnante ha tenido un control sobre la forma cómo se debían ejecutar, pues la entonces inspeccionada le impuso obligaciones propias de un contrato de trabajo. Así, se le indico expresamente y a detalle qué tareas debía efectuar. Dichas tareas, además, tuvieron una continuidad, durante el periodo junio de 2018 a enero de 2020, a cambio de la contraprestación pactada, la misma que se hizo efectiva, previa presentación de los recibos por honorarios correspondientes, tal como se aprecia de éstos, así como de los formatos R12 del Plame presentados durante el procedimiento inspectivo.
- 6.12** Por tanto, si bien formalmente la empresa inspeccionada contaba con documentos que establecían la existencia de un contrato de locación de servicio entre ella y el denunciante, en la práctica, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se ha acreditado la existencia de los elementos que determinan la existencia de una relación laboral, correspondiendo, con ello que la empresa registrara en la planilla al trabajador afectado, además del cumplimiento del pago de los beneficios laborales como gratificaciones legales, bonificaciones extraordinarias, compensación de servicio (CTS) y vacaciones. Con ello, habiéndose establecido que incumplió con el



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 026-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

requerimiento efectuado por el personal inspectivo, quedan acreditados todos los incumplimientos por los cuales se le ha sancionado.

- 6.13** No puede dejarse de lado que, como bien informa la doctrina, el contrato de locación de servicios puede prestarse a fórmulas evasivas de la aplicación de la legislación laboral, particularmente allí donde *“en aquellos supuestos en que, por tratarse de labores que se ejecutan con una cierta autonomía organizativa y técnica, como ocurre con cierta frecuencia tratándose de técnicos y profesionales, sea posible poner en duda, al menos inicialmente, la existencia de subordinación”*.¹⁴
- 6.14** Finalmente, conforme se ha desarrollado en los párrafos precedentes, y dada la conducta desplegada por el sujeto responsable, este tribunal llega a la conclusión que corresponde mantener la subsistencia de las infracciones señaladas en el Acta de Infracción N°157-2020-SUNAFIL/IRE-CAJ, de fecha 1 de setiembre de 2020, documento que goza de una presunción de certeza respecto de su contenido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la LGIT. En este punto, se debe resaltar que, si bien dicha presunción admite prueba en contrario a ser actuada dentro del procedimiento inspectivo y del procedimiento sancionador, el sujeto responsable no ha presentado elementos ni ha aportado medios de prueba que permitan desvirtuar lo señalado en los párrafos precedentes. Con ello corresponde confirmar la Resolución de Intendencia N° 045-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, de fecha 16 de abril de 2021, que a su vez confirmó la sanción impuesta por la Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 110-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, del 17 de marzo de 2021, misma que estableció la sanción económica por la suma de S/. 60,931.00 (Sesenta Mil Novecientos Treinta y Uno con 00/100 Soles)

POR TANTO

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 29981 – Ley que crea la Sunafil, el artículo 41 de la Ley N° 28806 – Ley General de Inspección del Trabajo, los artículos 15 y 17 del Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2013-TR y sus modificatorias, y los artículos 2, 3 y 17 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2017-TR;

¹⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Locación de servicios y contrato de trabajo: balance y perspectivas de reforma tras quince años de vigencia del Código Civil. Estudio introductorio a la segunda edición”, p. 6. En *El Blog de Wilfredo Sanguinetti*. Disponible en: <https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2008/09/estudio-introductorio-a-la-segunda-edicion.pdf>



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 026-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADO el recurso de revisión interpuesto por PACOSA S.A.C., en contra de la Resolución de Intendencia N° 045-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, de fecha 16 de abril de 2021, emitida por la INTENDENCIA REGIONAL DE CAJAMARCA dentro del procedimiento administrativo sancionador recaído en el expediente N° 157-2020-PS/SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, por las consideraciones expuestas en los fundamentos 6.1 al 6.14 de la presente resolución.

SEGUNDO.- En consecuencia, CONFIRMAR la Resolución de Intendencia N° 045-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, de fecha 16 de abril de 2021, que a su vez confirmó la sanción impuesta por la Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 110-2021-SUNAFIL/IRE-CAJ/SIRE, del 17 de marzo de 2021, misma que impuso la sanción económica por la suma de S/. 60,931.00 (Sesenta Mil Novecientos Treinta y Uno con 00/100 Soles).

TERCERO.- Declarar agotada la vía administrativa debido a que el Tribunal de Fiscalización Laboral constituye última instancia administrativa.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a PACOSA S.A.C. y a la INTENDENCIA REGIONAL DE CAJAMARCA, para sus efectos y fines pertinentes.

QUINTO.- Devolver el expediente a la INTENDENCIA REGIONAL DE CAJAMARCA.

SEXTO.- Disponer la publicación de la presente resolución en el portal institucional de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – Sunafil (www.sunafil.gob.pe).

Regístrese y comuníquese

Documento firmado digitalmente
Luis Erwin Mendoza Legoas
Presidente
Tribunal de Fiscalización Laboral

Documento firmado digitalmente
Desirée Bianca Orsini Wisotzki
Vocal
Tribunal de Fiscalización Laboral

Documento firmado digitalmente
Luz Imelda Pacheco Zerga
Vocal
Tribunal de Fiscalización Laboral



Firmado digitalmente por :
MENDOZA LEGOAS Luis Erwin FAU
20558195444 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 14.06.2021 17:52:18-0500



Firmado digitalmente por :
PACHECO ZERGA Luz Imelda FAU
20558195444 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 14.06.2021 16:17:07-0500

Firmado digitalmente por :
ORSINI WISOTZKI Desiree Bianca
FAU 20558195444 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 16.06.2021 13:04:08-0500

Tribunal de Fiscalización Laboral

Primera Sala

Resolución N° 029-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

EXPEDIENTE SANCIONADOR : 011-2021-SUNAFIL-IRE.MOQ/SIAI

PROCEDENCIA : INTENDENCIA REGIONAL DE MOQUEGUA

IMPUGNANTE : BESALCO PERU S.A.C.

ACTO IMPUGNADO : RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA N° 011-2021-SUNAFIL/IRE-MOQ

MATERIA : - RELACIONES LABORALES
- LABOR INSPECTIVA

Sumilla: Se declara **INFUNDADO** el recurso de revisión interpuesto por **BESALCO PERU S.A.C.** en contra de la Resolución de Intendencia N° 011-2021-SUNAFIL/IRE-MOQ, de fecha 06 de abril de 2021

Lima, 14 de junio de 2021

VISTO: El recurso de revisión interpuesto por **BESALCO PERÚ S.A.C** (en adelante **la impugnante**) contra la Resolución de Intendencia N° 011-2021-SUNAFIL/IRE-MOQ, de fecha 06 de abril de 2021 (en adelante **la resolución impugnada**) expedida en el marco del procedimiento sancionador, y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1.1 Mediante Orden de Inspección N° 344-2020-SUNAFIL/IRE-MOQ, se dio inicio a las actuaciones inspectivas de investigación respecto de la impugnante, con el objeto de verificar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral¹, las cuales culminaron con la emisión del Acta de Infracción N° 071-2020-SUNAFIL/IRE-MOQ (en adelante, el **Acta de Infracción**), mediante la cual se propuso sanción económica a la impugnante por la comisión de una (01) infracción grave a la normativa sociolaboral, una (01) infracción muy grave a la normativa sociolaboral, y una (1) infracción muy grave a la labor inspectiva.

1.2 Con fecha 27 de enero de 2021 se notificó la Imputación de Cargos N° 011-2021-SUNAFIL/IRE.MOQ/SIAI.

1.3 De conformidad con el numeral 53.2 del artículo 53° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo – Decreto Supremo N° 019-2006-TR (en adelante, el **RLGIT**), la autoridad instructora emitió el Informe Final de Instrucción N° 019-2021-SUNAFIL/IRE-

¹ Se verificó el cumplimiento sobre las siguientes materias: Gratificaciones, Pago de Bonificaciones, Vacaciones y Depósito de CTS.

MOQ/SIAI-IF, a través del cual llega a la conclusión que se ha determinado la existencia de las conductas infractoras imputadas a la impugnante, recomendando continuar con el procedimiento administrativo sancionador en su fase sancionadora y procediendo a remitir el Informe Final y los actuados a la Sub Intendencia de Resolución, la cual mediante Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 039-2021-SUNAFIL/IRE.MOQ/SIRE de fecha 26 de febrero de 2021, multó a la impugnante por la suma de S/ 29,369.00 por haber incurrido en:

- Una infracción GRAVE en materia de relaciones laborales, incumplimiento de disposiciones legales relativas al pago y/o depósito íntegro de la Compensación por Tiempo de Servicios – CTS del periodo 1 de noviembre de 2019 al 30 de abril de 2020, tipificada en el numeral 24.4 del artículo 24 del RLGIT, sanción ascendente a la suma de S/ 6,751.00.
- Una infracción MUY GRAVE en materia de relaciones laborales, incumplimiento de disposiciones legales relativas al pago íntegro y oportuno de la remuneración vacacional del periodo 2019-2020, así como acreditar el pago de las vacaciones truncas del periodo 2020-2021, tipificada en el numeral 25.6 del artículo 25 del RLGIT, sanción ascendente a la suma de S/ 11,309.00.
- Una infracción MUY GRAVE a la labor inspectiva, por no cumplir con la medida inspectiva de requerimiento, de fecha 23 de diciembre de 2020, tipificada en el numeral 46.7 del artículo 46 del RLGIT, sanción ascendente a la suma de S/ 11,309.00.

1.4 Mediante escrito de fecha 19 de marzo de 2021, la impugnante interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Sub Intendencia de Resolución N° 039-2021-SUNAFIL/IRE.MOQ/SIRE, argumentando lo siguiente:

- i. El procedimiento se siguió a pesar de que el Acta de Infracción, jamás fue notificada, afectando el Derecho de Defensa.
- ii. La ley establece que la notificación será válida y surtirá efecto el día que conste haber sido recibida; sin embargo, no existe constancia de que dicho acto fue recibido.
- iii. Debido a que EsSalud raras veces cubre directamente el pago de los subsidios, se tuvo que desembolsar dichos montos directamente y esperar que el extrabajador trámite ante la entidad los reembolsos correspondientes, lo que cumplió hasta el 30/06/2020; sin embargo, por el periodo comprendido entre el 1 y el 15 de julio de 2020, el extrabajador no pudo tramitar el subsidio ante EsSalud, justificando dicho incumplimiento recién el 21/07/2020.
- iv. El saldo negativo tuvo que ser honrado por el reclamante, quien percibió una remuneración por la primera quincena del mes de julio del 2020, a pesar de que no prestó servicios y no acreditó el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo.
- v. El artículo 40 del D.S. N° 001-97-T establece que el monto de CTS puede garantizar préstamos y adelantos de remuneraciones; en el presente caso, los montos exigidos se le otorgaron al extrabajador en calidad de préstamos y adelantos de remuneraciones, debido a que dichos montos no se otorgaron como consecuencia de la prestación de trabajo, sino porque no se cumplió con tramitar la devolución de subsidios ante EsSalud.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 029-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

- vi. El adelanto de remuneraciones por el monto de S/ 1,000.00 soles, fue realizado de forma verbal por el extrabajador al Área de Reclutamiento y Selección, adjuntando como evidencia el correo que dicha persona remitió el 04/08/2020, que debió analizarse, teniendo en cuenta el principio de presunción de veracidad, en la medida en que no se actuó prueba alguna que demuestre lo contrario.
 - vii. Respecto a la CTS, cumplió con exhibir los depósitos correspondientes y específicamente del periodo comprendido entre el mes de noviembre 2019 a abril de 2020, efectuó el pago de S/ 4,364.74 soles.
 - viii. En relación a las vacaciones, no existe controversia respecto al monto total, cumpliéndose con pagar el íntegro, descontando de su liquidación los préstamos y adelanto de remuneraciones.
 - ix. En lo que respecta a la medida inspectiva de requerimiento, contenía un mandato de pago y/o reintegro que carecen de sustento, pues corresponde a conceptos que ya fueron cancelados. Se ha demostrado plena disposición en proporcionar la información solicitada, debiendo declararse la nulidad del acto administrativo.
- 1.5 Mediante Resolución de Intendencia N° 011-2021-SUNAFIL/IRE-MOQ, de fecha 06 de abril de 2021², la Intendencia Regional de Moquegua declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por la impugnante, confirmando la Resolución de Sub Intendencia N° 039-2021-SUNAFIL/IRE.MOQ/SIRE, por considerar que
- i. De la revisión de los actuados que forman parte del presente procedimiento administrativo sancionar, podemos apreciar que los actos administrativos fueron notificados válidamente a la inspeccionada y conforme al presente procedimiento se otorgó un plazo de quince (15) días hábiles, de recibida la notificación, para que formule los descargos que estime pertinente, habiendo sido admitido en su oportunidad, demostrando con ello que la Administración actuó con arreglo a Ley.
 - ii. Conforme se advierte del expediente, la imputación de cargos fue notificada a través del Sistema de Casilla Electrónica el día 27/01/2021; en la misma fecha, la inspeccionada presenta un escrito manifestando que, en dicha notificación, no se adjuntó el Acta de Infracción, a lo que la autoridad instructiva precisa mediante Informe Final de Instrucción que, revisada la casilla electrónica por parte del área competente de la Administración, se confirma la correcta notificación.
 - iii. Del folio 62 del expediente se advierte que se corrió traslado del supuesto inconveniente a la Oficina General de Tecnología de la Información y Comunicaciones, como órgano encargado de asegurar el funcionamiento técnico del Sistema Informático

² Notificada a la inspeccionada el 08 de abril de 2021.

de Notificaciones Electrónicas, quien indicó a través del correo electrónico de fecha 28/01/2021, dirigido entre otros, al órgano instructor, que efectuada la verificación a la Casilla Electrónica en relación a la Imputación de Cargos cuestionada, se apreció que se notificaron dos documentos, uno que está leído y el otro no, conforme a la captura de pantalla que se adjuntó en dicho correo.

- iv. Si no llegó la alerta del Sistema Informático de Notificación Electrónica, es porque no observó lo establecido en los lineamientos de la Directiva N° 002-2020-SUNAFIL/GG, que es de alcance a los administrados que intervienen en el procedimiento administrativo instaurado; por tanto, en mérito a la fundamentación esbozada, devienen en infundado lo argumentado en este extremo del recurso impugnativo.
- v. Como se desprende de los folios 95 al 98, se concretó el canje de los certificados médicos por el CITT ante EsSalud, de los primeros 15 días de julio de 2020, lo cual no fue contradicho por la inspeccionada.
- vi. Considerando que el pago directo por EsSalud, está reservado sólo para los trabajadores señalados específicamente en el artículo 15, que no es el caso, corresponde a la entidad empleadora, efectuar el pago directamente a sus trabajadores en la misma oportunidad en que el trabajador percibe sus remuneraciones; y, a su vez en virtud al artículo 18, es la entidad empleadora quien solicita y/o gestiona ante EsSalud el reembolso del subsidio por Incapacidad Temporal para el Trabajo, observando los plazos establecidos en los artículos 19 y 20 del mismo cuerpo legal.
- vii. No correspondía efectuar el descuento sin previamente agotar el trámite de reembolso ante EsSalud, que respecto al canje del CIIT por la primera quincena de julio de 2020, finalmente se concretó; y, peor aún, sin el consentimiento del trabajador, pues las remuneraciones por el carácter alimentario que intrínsecamente conllevan, no pueden ser objeto de recortes unilaterales.
- viii. En mérito a lo expuesto y considerando que la inspeccionada ha reconocido que, para ejecutar el descuento en la remuneración de la primera quincena de julio de 2020, no se contó con la autorización expresa del trabajador, lo argumentado con la finalidad de justificar la deducción efectuada carece de sustento legal.
- ix. La deducción efectuada por el importe de S/ 1,000.00 soles en la liquidación de beneficios sociales, se encuentra sustentada.
- x. Los descansos médicos considerados para el cálculo de CTS, conforme a lo consignado en el recurso impugnativo, para el periodo comprendido entre noviembre de 2019 y abril 2020, se ha considerado 30 días del mes de noviembre 2019 y 22 días de diciembre de 2019, lo que hacen un total de 52 días y no 60 días conforme los establece la norma, hecho que corrobora lo determinado por la autoridad inspectiva; en este sentido, considerando que la inspeccionada aún no ha cumplido con reintegrar el saldo pendiente, mantiene su conducta infractora.
- xi. En lo que respecta a las vacaciones, correspondientes al periodo comprendido entre el 21/02/2019 y 20/02/2020; si bien, no existe controversia respecto al cálculo efectuado el cual asciende a S/ 6,557.93 soles, el monto pagado por dicho concepto y periodo fue de S/ 1,508.63 soles, existiendo un diferencial pendiente por reintegrar de S/ 5,049.40; asimismo, respecto a las vacaciones trunca correspondiente al periodo 2020-2021 (del 21/02/2020 al 20/02/2021), debió cancelarse el importe ascendente a S/ 1,293.60 soles;



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 029-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

sin embargo, la inspeccionada no efectuó ningún pago, conforme a lo determinado por la autoridad inspectiva.

- xii. En relación a la deducción efectuada en la liquidación de beneficios sociales, ascendente a S/ 3,249.33 soles resulta ilegal por no contar con la autorización por parte del extrabajador denunciante y realizarse arbitrariamente de manera unilateral, conforme a lo argumentado precedentemente. Por lo que, lo alegado por la inspeccionada, con la finalidad de eximirse de la sanción impuesta ante los incumplimientos en materia de relaciones laborales por los conceptos de “CTS” y “Vacaciones”, deviene en infundados.
- xiii. A través de la medida de requerimiento notificado el día 23/12/2020, la autoridad actuante requiere acreditar los pagos y/o reintegro por los conceptos de vacaciones y CTS, otorgándosele plazo hasta el día 30/12/2020; no obstante, en la fecha de verificación del cumplimiento, la inspeccionada no cumplió con subsanar y/o revertir su conducta infractora.
- xiv. La norma le ha otorgado especial importancia a la falta de colaboración a la labor inspectiva, al considerarla como una infracción muy grave por cada hecho verificado; pues la finalidad es castigar el incumplimiento de la obligación de colaboración a la labor inspectiva en la oportunidad requerida, en garantía de la eficacia del funcionamiento de la labor inspectiva en el marco de las facultades que la Ley le confiere. Respecto a esta infracción, debe confirmarse la sanción impuesta por el *a quo*.

1.6 Mediante escrito de fecha 29 de abril de 2021, la impugnante presentó ante la Intendencia Regional de Moquegua el recurso de revisión en contra de la Resolución de Intendencia N° 011-2021-SUNAFIL/IRE-MOQ.

1.7 La Intendencia Regional de Moquegua admitió a trámite el recurso de revisión y elevó los actuados al Tribunal de Fiscalización Laboral, mediante Memorandum-000365-2021-SUNAFIL/IRE-MOQ, recibido el 06 de mayo de 2021 por el Tribunal de Fiscalización Laboral

II. DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

2.1 Mediante el artículo 1 de la Ley N° 29981³, se crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, **Sunafil**), disponiéndose en el artículo 7 de la misma Ley que, para el cumplimiento de sus fines, la Sunafil contará dentro de su estructura orgánica con un Tribunal de Fiscalización Laboral.

³ “Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales
Artículo 1. Creación y finalidad

Créase la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), en adelante Sunafil, como organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias.”

2.2 Asimismo, de conformidad con el artículo 15 de la Ley N° 29981⁴, en concordancia con el artículo 41 de la Ley General de Inspección del Trabajo⁵ (en adelante, **LGIT**), el artículo 15 del Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2013-TR⁶, y el artículo 2 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2017-TR⁷ (en adelante, **el Reglamento del Tribunal**), el Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión, constituyéndose en última instancia administrativa.

III. DEL RECURSO DE REVISIÓN

3.1 El artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley de N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, **TUO de la LPAG**) establece que frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede la contradicción en la vía administrativa mediante recursos impugnativos, identificándose dentro de éstos al recurso de revisión, entre otros. A diferencia de los otros recursos establecidos en dicha Ley, para su interposición, el legislador debe de otorgarle esta facultad al administrado mediante un ley o decreto legislativo específico, siéndole aplicable los términos generales para los recursos impugnativos, esto es, que el término de su interposición y el plazo para su resolución -en días hábiles- es de quince (15) y treinta (30) días respectivamente.

3.2 Así, el artículo 49 de la LGIT, modificada por el Decreto Legislativo N° 1499, define al recurso de revisión como un recurso administrativo del procedimiento administrativo sancionador con carácter excepcional, interpuesto ante la autoridad que resolvió en segunda instancia a efectos de que lo eleve al Tribunal de Fiscalización Laboral, estableciéndose en el artículo 55

⁴“Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales
Artículo 15. Tribunal de Fiscalización Laboral

El Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia.

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión. Expide resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

(...)”

⁵ “Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo
Artículo 41.- Atribución de competencias sancionadoras

(...)

El Tribunal de Fiscalización Laboral resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que se interponga recurso de revisión. Las causales para su admisión se establecen en el reglamento.

El pronunciamiento en segunda instancia o el expedido por el Tribunal de Fiscalización Laboral, según corresponda, agotan con su pronunciamiento la vía administrativa.”

⁶“Decreto Supremo N° 007-2013-TR, Reglamento de Organización y Funciones de Sunafil

Artículo 15.- Instancia Administrativa

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión.”

⁷“Decreto Supremo N° 004-2017-TR. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral
Artículo 2.- Sobre el Tribunal

El Tribunal es un órgano colegiado que resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que proceda la interposición del recurso de revisión, según lo establecido en la Ley y el presente Reglamento. Sus resoluciones ponen fin a la vía administrativa.

El Tribunal tiene independencia técnica en la emisión de sus resoluciones y pronunciamientos, no estando sometido a mandato imperativo alguno.

Los pronunciamientos que así se determinen en Sala Plena del Tribunal constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria para todas las entidades conformantes del Sistema.”



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 029-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

del RGLIT, modificado por Decreto Supremo N° 016-2017-TR, que los requisitos de admisibilidad y procedencia se desarrollarían en el Reglamento del Tribunal.

- 3.3** En esa línea argumentativa, el Reglamento del Tribunal define al recurso de revisión como el recurso administrativo destinado a contradecir las resoluciones emitidas en segunda instancia por la Intendencia de Lima Metropolitana y las Intendencias Regionales de Sunafil, así como por las Direcciones de Inspección del Trabajo u órganos que cumplan esta función en las Direcciones y/o Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo, señalando de manera expresa que el recurso de revisión sólo procede por las causales taxativamente establecidas como materias impugnables en el artículo 14 de dicha norma, esto es: i) la inaplicación así como la aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral; y, ii) El apartamiento inmotivado de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de Fiscalización Laboral.
- 3.4** Así, el recurso de revisión se interpone contra las resoluciones de segunda instancia emitidas por autoridades del Sistema de Inspección del Trabajo que no son de competencia nacional, que sancionan las infracciones calificadas como muy graves en el RGLIT y sus modificatorias; estableciéndose en el artículo 17 del Reglamento del Tribunal que éste se encuentra facultado para rectificar, integrar, excluir e interpretar la resolución emitida por la segunda instancia administrativa, debiendo motivar la realización de cualquiera de las acciones antes descritas.

IV. DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN POR PARTE DE BESALCO PERÚ S.A.C.

- 4.1** De la revisión de los actuados, se ha identificado que BESALCO PERÚ S.A.C. presentó el recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 011-2021-SUNAFIL/IRE-MOQ, emitida por la Intendencia Regional de Moquegua, en la cual se confirmó la sanción impuesta de S/ 29,369.00 por la comisión de las infracciones tipificadas como MUY GRAVES, previstas en los artículos 25.6 y 46.7 del RGLIT, dentro del plazo legal de quince (15) días hábiles, computados a partir del 08 de abril de 2021, fecha en que fue notificada la citada resolución⁸.
- 4.2** Así, al haberse identificado que el recurso interpuesto por el solicitante cumple con los requisitos legales previstos en el Reglamento del Tribunal y en las normas antes citadas, corresponde analizar los argumentos planteados por BESALCO PERÚ S.A.C.

V. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REVISIÓN

- 5.1** Mediante escrito de fecha 29 de abril del presente, la impugnante fundamenta su recurso de revisión contra la Resolución de Intendencia N° 011-2021-SUNAFIL/IRE-MOQ,

⁸ Iniciándose el plazo el 09 de abril de 2021.

fundamentándola en la inaplicación de las normas que rigen todo procedimiento administrativo sancionador, en consideración a los siguientes fundamentos:

- Vicio en el procedimiento administrativo – el Acta de Infracción no fue notificada

La Intendencia Regional de Moquegua solo se limitó a confirmar lo resuelto por la Sub Intendencia en la Resolución de Sub Intendencia N° 039-2021-SUNAFIL/IRE.MOQ/SIRE, no valorando que se demostró que la notificación del Acta de Infracción jamás se realizó de acuerdo a ley.

Existió un error en la comprensión de lo denunciado por la Compañía, pues lo que se señaló fue que, con fecha 27 de enero de 2021, recibimos de forma incompleta la Imputación de Cargos N° 011-2021-SUNAFIL/IRE.MOQ/SIAI. Siendo lo señalado, debió ser tratado observando el principio de presunción de veracidad y se hubiera suspendido el procedimiento, cumpliéndose con noticiarnos el Acta de Infracción.

El Acta de Infracción no había sido notificada, pues en el entendimiento de la Sub Intendencia, el solo hecho de haber depositado el Acta de Infracción en la Casilla Electrónica sería el determinante para considerar que la notificación se realizó de acuerdo a ley. Sin embargo, este argumento es ilegal y denota una contracción, pues la ley establece que la notificación será válida y surtirá efectos el día que conste haber sido recibida.

No existe constancia alguna de que dicho acto fue recibido por la Compañía. Por el contrario, se reconoce que el acto jamás se “leyó” (no se leyó porque no se alojó en el sistema) y se apela solo a los colores de los iconos que aparecen en la captura de pantalla que se tomó en un momento determinado. Asimismo, jamás se envió alerta alguna al correo electrónico o por alguno de los servicios de mensajería.

Resulta arbitrario que se busque justificar las acciones sobre la base de una norma infralegal aprobada por la propia SUNAFIL, pues la Resolución de Gerencia General N° 017-2020-SUNAFIL/GG, no puede aplicarse por sobre la Ley.

En la medida que jamás fue notificada el Acta de Infracción, genera que el procedimiento y todo acto administrativo que ha sido emitido en base al recorte de nuestro derecho de defensa, se encuentran viciados de nulidad.

- Aplicación errónea del artículo 12 de la Ley N° 26790 e inaplicación del artículo 6 del Decreto Supremo N° 003-97-TR

Está acreditado que el extrabajador no prestó servicios desde el 02 de setiembre de 2019 hasta el 30 de junio de 2020, por encontrarse en descanso médico e incapacidad para el trabajo, por lo que sus remuneraciones fueron cubiertas por la Compañía y por ESSALUD.

Que, rechazado el pedido de subsidio, la compañía se vio obligada a rectificar su planilla y realizar el cambio de días de subsidio por días de inasistencia, a fin de realizar una correcta declaración ante la SUNAT. Por ello, la compañía si le pago sus remuneraciones, pero el estado era inasistencia, al procesar la planilla del mes de julio de 2020, se registró un saldo negativo de S/ 3,249.33, que le fue pagado al extrabajador, pero que nunca fue devuelto por él o por ESSALUD.

Existe una incorrecta aplicación e interpretación del artículo 12 de la Ley N° 26790, debido a que, si bien se reconoce el derecho al subsidio del extrabajador, no se tuvo en cuenta que, para hacer efectivo dicho derecho, el trabajador tiene una carga y que el incumplimiento de dicha carga, genera que los subsidios no puedan percibirse.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 029-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

Al día de hoy, el extrabajador no ha presentado el CIIT, por lo que es imposible recuperar los subsidios por incapacidad temporal para el trabajo que le fueron pagados.

Existe una contradicción en el razonamiento de la Intendencia, pues, por un lado, reconoce como válido el descuento de S/ 1,000.00 que se realizó por concepto de adelanto de la liquidación, pero, por otro, se desconoce que el mismo criterio fue utilizado para el descuento realizado por el pago de un subsidio que no le correspondía.

Existe inaplicación del artículo 6°, pues no hubo trabajo efectivo ni puesta a disposición, por lo que la remuneración no debió pagarse.

Si bien se nos han requerido acreditar la autorización de descuento, debe tenerse en cuenta que el reembolso de los subsidios fue una obligación que debió cumplir el trabajador y que este recibió un pago que no le correspondía en el mes de julio del año 2020, por lo que, a su cese, debía cumplir con devolver dicho monto, siendo esto de su entero conocimiento.

- Aplicación errónea del artículo 40° del Decreto Supremo N° 001-97-TR y del artículo 6 de Decreto Supremo N° 003-97-TR

Está fuera de discusión que los montos exigidos se le otorgaron al extrabajador en calidad de préstamos y adelanto de remuneraciones, debido a que dichos montos no se otorgaron como consecuencia de prestación de trabajo alguna, sino porque el denunciante no cumplió con tramitar satisfactoriamente la devolución de los subsidios por incapacidad temporal que otorga ESSALUD, siendo una evidente arbitrariedad que, habiendo recibido dichos pagos, hoy pretenda cobrarlos nuevamente.

Durante la inspección se cumplió con exhibir los depósitos de CTS que realizamos a favor del denunciante. Del mismo modo cumplimos con pagar el íntegro de las vacaciones, descontando de su liquidación de beneficios sociales aquellos montos que fueron objeto de préstamo y adelanto de remuneraciones. Así, toda vez que la base de cálculo utilizado en la misma, habiéndose utilizado en el cómputo del beneficio los días de incapacidad temporal para el trabajo, reafirmamos que no le adeudamos monto alguno al denunciante por los conceptos que son objeto de imputación, por lo que debe declararse la nulidad del acto administrativo.

- La compañía no ha incumplido con la medida de requerimiento

La medida contenía un mandato de pago y/o reintegro, los mismos que la Compañía considera que dichos pagos y/o reintegros carecen de sustento, pues corresponden a conceptos que ya fueron cancelados al reclamante con mucha anterioridad y que su

inclusión en el presente procedimiento solo denota una intención cuestionable de obtener pagos por servicios no prestados, desconociéndose el carácter contraprestativo de la remuneración.

En la medida que existe una controversia que debe ser resuelta, no es razonable que se exija el pago de los montos reclamados, sin que lo primero haya ocurrido.

Las faltas a la labora inspectiva se sustenta en una intención del empleador de incumplir, en el presente caso, se ha demostrado plena disposición a proporcionar toda la información solicitada e, incluso, cumplió con responder la Medida de Requerimiento, explicando los motivos por los que el pago no era posible, esto ocurrió el 30 de setiembre de 2020.

En la medida en que es materia de cuestionamiento si la exigencia de pago es o no correcta en la medida que la Compañía si cumplió con sustentar los motivos por los que este pago no tenía sustento, solicitamos que se declare la nulidad de este extremo del acto administrativo.

VI. ANÁLISIS DEL RECURSO DE REVISIÓN

- 6.1** En consideración al recurso de revisión interpuesto, esta Sala señala que solo corresponde analizar las sanciones derivadas de las infracciones Muy Graves. Por lo que, para el caso del incumplimiento de la medida inspectiva de requerimiento, en consideración que también reposa en la falta de pago de conceptos que son sancionados como infracciones graves, dichas sanciones no serán materia de pronunciamiento por no corresponder a nuestra competencia.

Sobre la notificación por casilla electrónica

- 6.2** La impugnante señala que no fue notificada válidamente, pues en la notificación realizada mediante casilla electrónica, no se adjunto el anexo a la imputación de cargos, consistente en el Acta de infracción. Al respecto, conforme se desprende del expediente sancionador, con fecha 27 de enero de 2021 se notificó a la impugnante, mediante el Sistema de Casilla Electrónica, la Imputación de Cargos N° 011-2021-SUNAFIL/IRE.MOQ/SIAI.

- 6.3** Sobre el particular, el Decreto Supremo N° 003-2020-TR, norma que aprueba el uso obligatorio de la casilla electrónica para efectos de notificación de los procedimientos administrativos y actuaciones de la SUNAFIL, establece:

“Artículo 5.- Para efectos de lo dispuesto en el presente decreto supremo se consideran las definiciones siguientes:

5.1 Casilla electrónica: es el buzón electrónico asignado al usuario, creado en el Sistema Informático de Notificación Electrónica de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), cuyo propósito es el trámite seguro y confiable de las notificaciones en el marco de los procedimientos administrativos y actuaciones de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). La casilla electrónica se constituye en un domicilio digital obligatorio. (...)”

- 6.4** Asimismo, la misma norma prescribe en su artículo 6.- “La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) asigna al usuario una casilla electrónica en el Sistema Informático de Notificación Electrónica, la cual se constituye en un domicilio digital



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 029-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

obligatorio para la notificación de los actos administrativos y/o actuaciones emitidas en el marco de sus funciones y competencias que correspondan ser informadas al administrado. La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) comunica al usuario cada vez que se le notifique un documento a la casilla electrónica a través de las alertas del Sistema Informático de Notificación Electrónica, en su correo electrónico y/o mediante el servicio de mensajería”.

- 6.5 En tal sentido, conforme se verifica del expediente sancionador, la impugnante mediante carta de fecha 27 de enero de 2021⁹, señala que recepciono en la casilla electrónica la imputación de cargos, pero la misma se encontraba incompleta, pues no se adjuntó el Acta de Infracción. Cabe señalar, que el cuestionamiento no se enfoca en la ausencia de notificación, sino se refiere a la aparente notificación defectuosa de los documentos que lo contienen. En tal sentido, se debe entender que la inspeccionada tomo conocimiento de la notificación que se le efectuó mediante casilla electrónica.
- 6.6 Acreditada la recepción de la notificación, corresponde señalar que, respecto a lo precisado por la impugnante referente a que no se le notificó el Acta de Infracción, conforme se evidencia de los actuado, se ha notificado tanto la Imputación de Cargos como el Acta de Infracción. Sin embargo, referente al acta de infracción la inspeccionada no ha hecho lectura de la misma, encontrándose pendiente de revisión¹⁰.
- 6.7 En tal sentido, en consideración a lo dispuesto en el numeral 11.1 del artículo 11 del Decreto Supremo N° 003-2020-TR, “la notificación se entiende válidamente efectuada con el depósito del documento en la casilla electrónica asignada al usuario”. En el caso de autos, se ha acreditado que tanto la Imputación de Cargos como el Acta de Infracción fueron depositados en la casilla electrónica asignada a la impugnante, por lo que las mismas se encuentran válidamente notificadas.
- 6.8 Sobre lo señalado por la impugnante, referente a que no se cumplió con efectuar las alertas mediante correo electrónico y/o servicio de mensajería, debemos precisar que, habiendo señalado la impugnante que en su Casilla Electrónica se le notificó la Imputación de Cargos, se entiende que ha tomado conocimiento de la notificación efectuada. Cabe señalar, que las alertas no revisten de validez a la notificación, pues tal y como se establece en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 003-2020-TR, constituye obligación del usuario, “revisar periódicamente la casilla electrónica asignada a efectos de tomar conocimiento de los documentos y/o actos administrativos que se le notifiquen”.
- 6.9 Por las consideraciones antedichas, no cabe acoger este extremo del recurso de revisión.

Sobre el Subsidio por Incapacidad Temporal para el Trabajo

⁹ Véase folio 33 del expediente sancionador.

¹⁰ Véase folio 62

6.10 Sobre el particular, la impugnante señala que está acreditado que el extrabajador denunciante no prestó servicios desde el 02 de setiembre de 2019 hasta el 30 de junio de 2020, por encontrarse en descanso médico e incapacidad para el trabajo. Asimismo, señala que existe una incorrecta aplicación e interpretación del artículo 12 de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (en adelante, **LMSSS**), debido a que, si bien se reconoce el derecho al subsidio del extrabajador, no se tuvo en cuenta que, para hacer efectivo dicho derecho, el trabajador tiene una carga y que el incumplimiento de dicha carga, genera que los subsidios no puedan percibirse.

6.11 Al respecto, la LMSSS establece que “las prestaciones del Seguro Social de Salud son determinadas en los reglamentos, en función del tipo de afiliación, pudiendo comprender los siguientes conceptos: a) Prestaciones de prevención, promoción y atención de la salud. b) Prestaciones de bienestar y promoción social. c) Prestaciones en dinero correspondientes a subsidios por incapacidad temporal y maternidad. d) Prestaciones por sepelio”¹¹.

6.12 Asimismo, el mismo dispositivo legal en su artículo 12 establece:

“Artículo 12.- Derecho de Subsidio

Los subsidios se rigen por las siguientes reglas:

a) Subsidios por incapacidad temporal

a.1) Tienen derecho al subsidio por incapacidad temporal los afiliados regulares en actividad que cumplan con los requisitos establecidos en el primer párrafo del Art. 10.

a.2) El subsidio por incapacidad temporal equivale al promedio diario de las remuneraciones de los últimos 4 meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia. Si el total de los meses de afiliación es menor a 4, el promedio se determinará en función a los que tenga el afiliado.

a.3) El derecho a subsidio se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad. Durante los primeros 20 días de incapacidad al empleador o cooperativa continúa obligado al pago de la remuneración o retribución. Para tal efecto, se acumulan los días de incapacidad remunerados durante cada año. El subsidio se otorgará mientras dura la incapacidad del trabajador, hasta un máximo de 11 meses y 10 días consecutivos.

(...)”

6.13 De lo señalado se desprende que, tienen derecho al subsidio por incapacidad temporal los afiliados regulares en actividad. En tal sentido, los trabajadores que se encuentran con incapacidad temporal, podrán acceder al subsidio, de acuerdo a lo señalado en literal a.3) del artículo 12 antes citado. Para dicho efecto, se tendrá en cuenta lo establecido en el Decreto Supremo N° 013-2019-TR, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Reconocimiento y Pago de Prestaciones Económicas de la LMSSS (en adelante, **RRPPE**), que establece:

“Artículo 17. - Pago por la Entidad Empleadora con cargo a reembolso

17.1. Las Entidades Empleadoras de asegurados regulares y de asegurados agrarios pagarán directamente a sus trabajadores o socios de cooperativa de trabajadores, con excepción de los indicados en el artículo 15 de la presente norma, los montos correspondientes a los subsidios por Incapacidad Temporal para el Trabajo y Maternidad en la misma forma y oportunidad en que el trabajador o socio percibe sus remuneraciones o ingresos.

¹¹ Artículo 9 de la Ley N° 26790



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 029-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

17.2. EsSalud reembolsa lo efectivamente abonado hasta la cantidad que corresponda de acuerdo a la normatividad y siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 18 del presente Reglamento.”

6.14 Asimismo, para el caso de atención del trámite del subsidio, será responsable de efectuar el mismo, en el caso de trabajador del hogar, trabajadores portuarios en baja temporal, trabajador pescador y procesador pesquero artesanal independiente y agrario independiente, y asegurados agrarios independientes, el propio asegurado¹². En caso de asegurado regular y agrario dependiente, el empleador es quien paga al asegurado el subsidio en la misma forma y oportunidad en que percibe su remuneración y luego solicita el reembolso correspondiente a EsSalud¹³.

6.15 En tal sentido, en el presente caso correspondía a la impugnante pagar directamente al trabajador afectado los montos correspondientes al subsidio por incapacidad temporal para el trabajo, debiendo ésta, solicitar el reembolso correspondiente a EsSalud, dentro del plazo establecido¹⁴, y en cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 18 del RRPPE, que establece:

“Artículo 18. - Requisitos para solicitar el reembolso a EsSalud

18.1. EsSalud sólo reembolsa a las Entidades Empleadoras de asegurados regulares y de asegurados agrarios los subsidios por Incapacidad Temporal para el Trabajo y Maternidad pagados a sus trabajadores o socios de cooperativa de trabajadores.

18.2. A fin de solicitar el reembolso, las Entidades Empleadoras deben cumplir con lo siguiente:

a) Estar al día en el pago de las aportaciones que dan derecho al otorgamiento de las prestaciones económicas.

¹² Decreto Supremo N° 013-2019-TR, “Artículo 3. - Para la aplicación del presente Reglamento se entiende por:

(...)

3.16. Pago Directo: es el pago de la prestación económica que EsSalud abona directamente al asegurado o beneficiario. Se pagarán bajo esta modalidad:

(...)

b) Incapacidad Temporal para el Trabajo y Maternidad:

- Trabajadores del hogar.
- Asegurados pescadores y procesadores pesqueros artesanales independientes.
- Trabajadores portuarios con baja temporal.
- Asegurados agrarios independientes.
- Otros que sean incorporados por ley”

¹³ Decreto Supremo N° 013-2019-TR, “Artículo 3. - Para la aplicación del presente Reglamento se entiende por:

(...)

3.17. Pago por la Entidad Empleadora con cargo a reembolso: es el pago de la prestación económica por Incapacidad Temporal para el Trabajo y Maternidad asumidos por la Entidad Empleadora mediante el abono realizado a su trabajador(a) en la misma fecha en que se pagan las remuneraciones, durante el periodo subsidiado”.

¹⁴ Decreto Supremo N° 013-2019-TR, “Artículo 19. - Plazos para la solicitud del pago directo o reembolso de prestaciones económicas a EsSalud

19.1. Los plazos para la solicitud del pago directo o reembolso de prestaciones económicas a EsSalud son los siguientes:
a) Incapacidad Temporal para el Trabajo: plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha en que termina la incapacidad”.

- b) Presentar el Formulario N° 1040 - Formulario para Pago de Prestaciones Económicas, en la forma, plazo y condiciones debidos.
- c) Contar con el Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo - CITT del trabajador subsidiado.
- d) Adjuntar la documentación complementaria que resulte exigible según se detalle en la parte especial."

- 6.16** Por lo que, en los periodos de incapacidad temporal solicitados por el denunciante, incluyendo el periodo en cuestionamiento comprendido entre el 01 al 15 de julio de 2020, correspondía que la impugnante efectúe el pago directamente a su trabajador, el señor Luis Veramendi Gamarra, supuesto que, tal cual lo manifiesta la misma impugnante, lo realizo en un inicio; sin embargo, luego modifiko la determinación de dicho pago, señalando que correspondía a un préstamo, el mismo que fue descontado del pago de los beneficios sociales.
- 6.17** Sobre el particular, en atención que el subsidio por incapacidad temporal tiene como objeto el resarcir las pérdidas económicas de los trabajadores, derivadas de la incapacidad para el trabajo ocasionada por el deterioro de su salud, resulta de vital importancia que se efectúe el pago al trabajador en la misma forma y oportunidad en que el trabajador percibe sus remuneraciones. Siendo derecho y responsabilidad del empleador solicitar el reembolso de dicho subsidio, en consideración a las normas antes acotadas.
- 6.18** Por lo tanto, los pagos que efectuó la impugnante debido a la incapacidad temporal de su trabajador, debieron ser tratados en consideración a su naturaleza, como pagos del subsidio por dicha incapacidad temporal para el trabajo. Por lo que, no resulta válido que la impugnante pretenda considerar que dichos pagos tienen la calidad de préstamos debido a que el trabajador no gestiono válidamente el reembolso del monto cancelado.
- 6.19** Es oportuno señalar que, correspondía a la impugnante efectuar el trámite respectivo para el reembolso por el pago de dicho subsidio, por lo que lo alegado referente a que su extrabajador no pudo realizar el trámite, carece de fundamento. Cabe señalar, que si bien el Sr. Veramendi remitió un correo señalando que no se pudo concluir con el trámite, nada impedía que la impugnante efectúe el trámite de reembolso, más aun, teniendo en cuenta que se encontraba dentro del plazo previsto para el mismo.
- 6.20** Por las consideraciones antedichas, no cabe acoger el recurso de revisión en dicho extremo.

Sobre la aplicación de descuentos por préstamos

- 6.21** La impugnante señala que efectuó los descuentos al Sr. Veramendi, en consideración a que los pagos efectuados fueron considerados en calidad de préstamo.
- 6.22** Al respecto, el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución, precisa que "ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador". Asimismo, en el artículo 24 se precisa que, "el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual".
- 6.23** Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia recaída en el expediente N° 0020-2012-PI/TC, ha establecido:

"15. Más allá de los conceptos que integran la remuneración, este Tribunal considera imprescindible centrar su estudio en la estructura del derecho



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 029-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

fundamental. Ésta se encuentra compuesta por elementos diferenciados (fundamento 75 de la STC 0050- 2004-AUTC y otros): el contenido esencial es absolutamente intangible para el legislador, definido desde la teoría institucional, y uno accidental, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados. Por tal razón, corresponde a este Colegiado a fin de resolver la controversia planteada definir, de manera inicial, qué elementos constituyen ambos contenidos”.

6.24 En tal sentido, la remuneración es considerada como intangible, constituyendo ello una garantía frente a las situaciones en las que se pretenda afectarla o reducirla. Dicha afectación consiste en imponerle un gravamen u obligación a fin de satisfacer o garantizar un derecho ajeno. Por lo que, siendo la remuneración de propiedad del trabajador, solo se puede afectarse por acto voluntario del mismo trabajador, o por mandato legal o judicial.

6.25 En similar sentido, el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia recaída en el expediente N° 0818-2005-PA/TC en su fundamento jurídico 6, ha establecido:

“Sobre el particular, debe tenerse presente que las remuneraciones de los trabajadores, al amparo de lo dispuesto en el artículo 26°, inciso 2), de la Constitución Política del Perú, son irrenunciables e intangibles, y **sólo se podrán afectar las planillas de pago por orden judicial o por un descuento aceptado por el trabajador**. Por consiguiente, al haberse recortado el pago de las remuneraciones de la recurrente, se han transgredido los derechos constitucionales invocados”. (el énfasis es añadido)

6.26 Del mismo modo, el artículo 8-A del D.S. N° 005-2002-TR, Reglamento de la Ley N° 27735, establece que:

“Las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad no se encuentran afectas a aportaciones, contribuciones ni descuentos de índole alguna; **excepto aquellos otros descuentos establecidos por ley o autorizados por el trabajador**”. (el énfasis es añadido)

6.27 De lo señalado se desprende que, cabe la posibilidad de que se efectúen descuentos a un trabajador, sin embargo, los mismos deben ser autorizados por ley, mandato judicial o por el propio trabajador.

6.28 Al respecto, teniendo en cuenta lo señalado por la impugnante, al referir que los descuentos efectuados derivan del préstamo otorgado a su trabajador en ocasión del pago efectuado

en los periodos de incapacidad temporal, es evidente que no nos encontramos ante los supuestos de autorización por ley o mandato judicial. Asimismo, respecto al presupuesto de autorización expresa brindada por el trabajador, como se ha determinado en las actuaciones, no existe documento que acredite la autorización expresa del trabajador para dichos descuentos. Por tanto, al no configurarse ninguno de los supuestos de autorización exigidos por la ley, los descuentos efectuados por la impugnante, al trabajador denunciante, no resultan válidos.

6.29 Respecto a la supuesta inaplicación del artículo 40 del Decreto Supremo N° 001-97-TR¹⁵, si bien dicho artículo señala que la Compensación por Tiempo de Servicio puede garantizar préstamos de los trabajadores, se entiende que dicho supuesto, se encuentra en concordancia de la intangibilidad, inembargabilidad¹⁶ e irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. Por lo que, para efectos de dicha afectación, se debe requerir la autorización expresa del trabajador, supuesto que, como hemos señalado, no ha ocurrido en el presente caso.

6.30 Por las consideraciones señaladas, no correspondía efectuar los descuentos que la impugnante realizó en contra del denunciante, por lo que al haberlos efectuado se ha generado los adeudos referentes a sus obligaciones sociolaborales, para el caso materia de recurso, el adeudo de la remuneración vacacional, configurándose de tal manera la infracción tipificada en el numeral 25.6 del artículo 25 del RLGIT.

6.31 Por las consideraciones antedichas, no cabe acoger el recurso de revisión en dicho extremo.

Sobre la medida inspectiva de requerimiento

6.32 Sobre el particular, la impugnante señala que sobre la medida inspectiva de requerimiento existe una controversia que debe ser resuelta, por lo que no es razonable que se le exija el pago de los montos reclamados, sin que lo primero haya ocurrido. Al respecto, debemos precisar lo siguiente:

- a) El inspector comisionado emitió la medida inspectiva de requerimiento notificada el 23 de diciembre de 2020¹⁷, requiriendo a la inspeccionada cumpla con acreditar: i) El pago y/o reintegro de la remuneración vacacional del periodo 2019-2020, así como las remuneraciones truncas correspondientes al periodo 2020-2021; ii) El pago y/o reintegro de la Compensación por Tiempo de Servicios correspondiente al periodo noviembre de 2019 a abril de 2020.
- b) Para dicho efecto, se otorgó a la inspeccionada el plazo de tres (03) días hábiles para dar cumplimiento a la medida, señalando que la falta de colaboración, entendida esta como la falta de presentación íntegra u oportuna de la documentación requerida será considerada como falta de colaboración y constituirá Infracción a la Labor Inspectiva, sancionable con multa.
- c) Asimismo, con escrito de fecha 30 de diciembre de 2020 la impugnante solicitó se deje sin efecto la medida de requerimiento, alegando que no adeuda ninguna suma al

¹⁵ Decreto Supremo N° 001-97-TR, "artículo 40.- La compensación por el tiempo de servicios devengada al 31 de diciembre de 1990, así como los depósitos de la compensación por tiempo de servicios y sus intereses sólo pueden garantizar sumas adeudadas por los trabajadores a sus empleadores por concepto de préstamos, adelantos de remuneración, venta o suministro de mercadería producida por su empleador, siempre que no excedan en conjunto del 50% del beneficio. (...)"

¹⁶ Decreto Supremo N° 001-97-TR, "Artículo 37.- Los depósitos de la compensación por tiempo de servicios, incluidos sus intereses, son intangibles e inembargables salvo por alimentos y hasta el 50%. (...)"

¹⁷ Véase folio 489 del expediente inspectivo.



Tribunal de Fiscalización Laboral
Primera Sala

Resolución N° 029-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

denunciante, no adjuntando medio de prueba alguno a dicho documento, que acredite el cumplimiento de la medida inspectiva de requerimiento.

6.33 Debemos señalar que, en ejercicio de la labora inspectiva, los inspectores de trabajo se encuentran facultados a realizar sus labores orientas a la vigilancia y exigencia del cumplimiento del ordenamiento sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo. Por lo que, pueden adoptar acciones orientas a la misma, entre las que se encuentra la emisión de medidas inspectivas de requerimiento.

6.34 Al respecto, el artículo 14 de la LGIT, establece:

“Las medidas inspectivas de advertencia y requerimiento se reflejarán por escrito en la forma y modelo oficial que se determine reglamentariamente, debiendo notificarse al sujeto inspeccionado a la finalización de las actuaciones de investigación o con posterioridad a las mismas. Cuando el inspector actuante compruebe la existencia de una infracción al ordenamiento jurídico sociolaboral, requerirá al sujeto responsable de su comisión la adopción, en un plazo determinado, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas. En particular y en materia de prevención de riesgos laborales, requerirá que se lleven a cabo las modificaciones necesarias en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo para garantizar el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores. Los requerimientos que se practiquen se entienden siempre sin perjuicio de la posible extensión de acta de infracción y de la sanción que, en su caso, pueda imponerse”. (el énfasis es añadido)

6.35 Como se evidencia de la norma acotada, la naturaleza jurídica de la medida inspectiva de requerimiento es la de ser una medida correctiva que tiene como objeto revertir los efectos de la ilegalidad de la conducta cometida por el inspeccionado de manera previa al inicio del procedimiento sancionador.

6.36 En tal sentido, de la verificación de la medida de requerimiento, se evidencia que la misma fue emitida en consideración a la comprobación efectuada por el inspector comisionado de la existencia de las infracciones al ordenamiento jurídico sociolaboral, al amparo de lo dispuesto en la LGIT y su reglamento. Por lo que, advertido el incumplimiento por parte de la impugnante, se ha configurado la infracción tipificada en el numeral 46.7 del artículo 46 del RLGIT.

6.37 Por las consideraciones antedichas, no cabe acoger el recurso de revisión en dicho extremo.

POR TANTO

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 29981 – Ley que crea la Sunafil, el artículo 41 de la Ley N° 28806 – Ley General de Inspección del

Trabajo, los artículos 15 y 17 del Decreto Supremo N° 007-2013-TR – Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil y sus modificatorias, y los artículos 2, 3 y 17 del Decreto Supremo N° 004-2017-TR – Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral,

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADO el recurso de revisión interpuesto por BESALCO PERÚ S.A.C., contra la Resolución de Intendencia N° 011-2021-SUNAFIL/IRE-MOQ, de fecha 06 de abril de 2021, emitida por la Intendencia Regional de Moquegua dentro del procedimiento administrativo sancionador recaído en el expediente N° 011-2021-SUNAFIL/IRE.MOQ.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la Resolución de Intendencia N° 011-2021-SUNAFIL/IRE.MOQ en los extremos materia del recurso, referente a las faltas Muy Graves imputadas de acuerdo al numeral 25.6 del artículo 25 y numeral 46.7 del artículo 46 del RLGIT, por las razones expuestas en los fundamentos 6.2 a 6.37 de la presente resolución.

TERCERO.- Declarar agotada la vía administrativa debido a que el Tribunal de Fiscalización Laboral constituye última instancia administrativa.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a BESALCO PERÚ S.A.C. y a la Intendencia Regional de Moquegua, para sus efectos y fines pertinentes.

QUINTO.- Remitir los actuados a la Intendencia Regional de Moquegua.

SEXTO.- Disponer la publicación de la presente resolución en el portal institucional de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – Sunafil (www.sunafil.gob.pe).

Regístrese y comuníquese

Documento firmado digitalmente
Luis Erwin Mendoza Legoas
Presidente
Tribunal de Fiscalización Laboral

Documento firmado digitalmente
Desirée Bianca Orsini Wisotzki
Vocal
Tribunal de Fiscalización Laboral

Documento firmado digitalmente
Luz Imelda Pacheco Zerga
Vocal
Tribunal de Fiscalización Laboral



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

Fecha

INFORME TÉCNICO N° -2021-SERVIR-GPGSC

Para

: **ADA YESENIA PACA PALAO**
Gerenta de Políticas de Gestión del Servicio Civil

De

: **ANGEL AUGUSTO BASTIDAS SOLIS**
Coordinador de Soporte y Orientación Legal

Asunto

: De la formalización de los contratos administrativos de servicios a plazo indeterminado

Referencia

: Documento con registro N° 0009295-2021

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, se consulta a SERVIR sobre la formalización de los contratos administrativos a plazo indeterminado.

II. Análisis

Competencias de SERVIR

- 2.1 La Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR es un organismo rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado. No puede entenderse que como parte de sus competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales que adopte cada entidad.
- 2.2 Debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa aplicable al Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos. Por lo tanto, las conclusiones del presente informe no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.
- 2.3 Considerando lo señalado hasta este punto resulta evidente que no corresponde a SERVIR –a través de una opinión técnica– emitir pronunciamiento sobre alguna situación concreta. Por ello, el presente informe examina las nociones generales a considerar sobre las materias de la presente consulta.

De la formalización de los contratos administrativos de servicios a plazo indeterminado

- 2.4 Con relación a este punto, conviene recordar lo explicado en el [Informe Técnico N° 000357-2021-SERVIR-GPGSC](#):

"2.10 En línea con lo desarrollado en los párrafos precedentes y, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 4 de la Ley N° 31131, a partir del 10 de marzo

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: Y2IAUXQ

1



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

de 2021, los contratos administrativos de servicios que no tengan la condición de necesidad transitoria o suplencia pasarán a tener la condición contratos a plazo indeterminado.

2.11 Solo en el caso de aquellos contratos administrativos de servicios celebrados por necesidad transitoria o suplencia la entidad deberá continuar emitiendo las adendas de prórroga y/o renovación por el plazo que se estime pertinente."

- 2.5 Por lo tanto, los contratos administrativos de servicios que no sean de necesidad transitoria o suplencia adquirieron la condición de contratos a plazo indeterminado automáticamente por el mandato imperativo de la Ley N° 31131, a partir de 10 de marzo de 2021.
- 2.6 Sin embargo, atendiendo a que el RECAS es un régimen de naturaleza contractual, a efectos de formalizar el cambio de condición de los contratos administrativos de servicios y que las entidades cuenten con el sustento respectivo para viabilizar los diversos procesos y actividades del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, se advierte que resulta necesaria la suscripción de una adenda que modifique la cláusula referida al plazo del contrato, de modo que se reconozca su condición a plazo indeterminado a partir del 10 de marzo de 2021.
- 2.7 Cabe precisar que la suscripción de la mencionada adenda únicamente tendrá naturaleza declarativa y no constitutiva, toda vez que el cambio de condición de los contratos administrativos de servicios se configuró con la sola entrada en vigencia de la Ley N° 31131.

III. Conclusiones

- 3.1 La Ley N° 31131 establece que los contratos administrativos de servicios que no tengan la condición de necesidad transitoria o suplencia pasarán a tener la condición de contratos a plazo indeterminado.
- 3.2 Atendiendo a que el RECAS es de naturaleza contractual, para viabilizar los diversos procesos y actividades del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, resulta necesaria la suscripción de una adenda que modifique la cláusula referida al plazo del contrato, de modo que se reconozca su condición a plazo indeterminado a partir del 10 de marzo de 2021.

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

ANGEL AUGUSTO BASTIDAS SOLIS

Coordinador de Soporte y Orientación Legal
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

AYPP/abs/ccg
K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: Y2IAUXQ

2



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

Fecha

INFORME TÉCNICO N° -2021-SERVIR-GPGSC

Para : **ADA YESENIA PACA PALAO**
Gerenta de Políticas de Gestión del Servicio Civil

De : **ANGEL AUGUSTO BASTIDAS SOLIS**
Coordinador de Soporte y Orientación Legal

Asunto : Sobre la incorporación de los servidores CAS a los regímenes de los Decretos
Legislativos N° 276 y 728, en el marco de la Ley N° 31131

Referencia : Oficio N° 105-2021-SUNEDU-03

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, el Secretario General de la Superintendencia Nacional de Educación Superior (SUNEDU) consulta a SERVIR lo siguiente:

- a. El literal d) del artículo 2° de la Ley establece que a los trabajadores que hayan renunciado a un contrato CAS para asumir un contrato distinto en el ínterin de la vigencia de la Ley, se le reconocería el derecho a su incorporación a los regímenes de los Decretos Legislativos N° 728 o N° 276. Al respecto, ¿el periodo acumulado en esos contratos administrativos de servicios solo será válido si se realiza en la misma entidad? O, en su defecto, ¿podría darse el caso de una acumulación de periodos con otra entidad pública?
- b. ¿La vigencia de la Ley enerva la convocatoria de procesos de selección futuros que en el marco de la Ley N° 30057 pueda realizar la SUNEDU?

II. Análisis

Competencias de SERVIR

- 2.1. Las competencias de SERVIR para emitir opiniones en materia del Servicio Civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo e ingreso al Servicio Civil, entre otras, emita de manera progresiva.
- 2.2. Siendo SERVIR un órgano rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado, no puede entenderse que como parte de sus competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales por cada Entidad.
- 2.3. En ese sentido, debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: DSSU5XZ

1



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

concretos o específicos; por lo tanto, las conclusiones del presente informe no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

Sobre el traslado de los servidores a los regímenes regulados por los Decretos Legislativos Nos 276 y 728

- 2.4. La Ley N° 31131 dispone que los servidores sujetos al Decreto Legislativo N° 1057 (RECAS), y que desarrollan labores de naturaleza permanente, serán incorporados al régimen del Decreto Legislativo N° 728. En caso se encuentren contratados por una entidad cuyo régimen sea el del Decreto Legislativo N° 276, el traslado de estos servidores se producirá a dicho régimen.
- 2.5. Para ser sujetos al traslado de régimen laboral, los servidores deberán reunir los siguientes requisitos¹:
 - a. Realizar labores de carácter permanente al momento de la entrada en vigencia de la presente ley.
 - b. Tener contrato administrativo de servicios (CAS) por dos (2) años de modo continuo o tres (3) años de modo discontinuo. Estos plazos se computan a partir de la fecha de la publicación de la presente ley.
 - c. Haber ingresado a la institución mediante concurso público, en su defecto haber tenido la condición de servicios no personales y posterior contrato administrativo de servicios.
 - d. A los trabajadores que hayan renunciado a un contrato CAS para asumir un contrato distinto en el interin de la vigencia de la presente norma se les reconoce los derechos que confiere la presente norma al estar comprendidos dentro del inciso b) del artículo 2 de la presente ley.
- 2.6. La incorporación de los servidores CAS a los regímenes laborales de los Decretos Legislativos N° 276 y 728 se realizará de forma progresiva y de conformidad con lo que establezca el reglamento, el cual deberá desarrollar el procedimiento y alcances generales a observar por parte de las entidades.
- 2.7. De esta manera, podemos colegir que en tanto no se apruebe el Reglamento de la Ley N° 31131 no será posible efectuar el proceso de incorporación de los servidores CAS a los regímenes de los Decretos Legislativos N° 276 y 728, según corresponda.

Sobre la contratación de personal bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057, en el marco de la Ley N° 31131

- 2.8. Con la entrada en vigencia de la Ley N° 31131², esto es, desde el 10 de marzo de 2021, las entidades públicas se encuentran impedidas de continuar contratando personal bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057 (RECAS)³, estableciendo como únicas excepciones a dicha regla,

¹ Artículo 2° de la Ley N° 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público.

² Publicada el 09 de marzo en el Diario Oficial "El Peruano"

³ Ley N° 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público.
"Artículo 4.- Eliminación de la temporalidad sin causa y prohibición de contratación bajo el régimen CAS (...)"

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: DSSU5XZ



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

la contratación de personal para el desempeño de: i) cargos de confianza, o también denominado CAS confianza; ii) Labores de necesidad transitoria; y, iii) Suplencia.

- 2.9. No obstante, en aras de viabilizar la contratación bajo el régimen CAS por necesidad transitoria, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto de Urgencia N° 034-2021⁴, el cual a través de su Segunda Disposición Complementaria Final autorizó, de manera excepcional, la contratación de servidores civiles para desempeñar labores vinculadas a la prestación de servicios indispensables a la población, a promover la reactivación económica del país y/o a mitigar los efectos adversos de la COVID-19. Asimismo, establece que cada entidad, a través de su máxima autoridad administrativa, determinan dicha necesidad, en mérito a los informes de la Oficina de Recursos Humanos y la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, o de quienes hagan sus veces, previo requerimiento y coordinación de los órganos y unidades orgánicas usuarias de la entidad.
- 2.10. En ese sentido, corresponderá a cada entidad pública evaluar cada caso en concreto para determinar la viabilidad o no de la contratación de personal bajo el régimen CAS, en el marco de la autorización excepcional prevista por el Decreto de Urgencia N° 034-2021. Cabe precisar que dicha autorización solo se encuentra vigente hasta el 17 de mayo de 2021.

III. Conclusiones

- 3.1. La incorporación de los servidores contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057 a los regímenes de los Decretos Legislativos N° 276 y 728, se encuentra supeditada a la aprobación de las normas reglamentarias de la Ley N° 31131.
- 3.2. Con la entrada en vigencia de la Ley N° 31131, las entidades públicas se encuentran impedidas de continuar contratando personal bajo el régimen CAS, estableciendo como únicas excepciones a dicha regla, la contratación de personal para el desempeño de: i) cargos de confianza, o también denominado CAS confianza; ii) Labores de necesidad transitoria; y, iii) Suplencia.

A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, ninguna entidad del Estado podrá contratar personal a través del régimen especial de contratación administrativa de servicios, con excepción de aquellas contrataciones que se encontraran vigentes y que sean necesarias de renovar a efectos de no cortar el vínculo laboral de los trabajadores con vínculo vigente, en tanto se ejecute lo dispuesto en el artículo 1 de la presente ley.

Quedan exceptuados de los alcances de la presente ley los trabajadores CAS que hayan sido contratados como CAS de confianza". (el subrayado es nuestro)

⁴ Decreto de Urgencia N° 034-2021, Decreto de Urgencia que establece medidas para el otorgamiento de la "prestación económica de protección social de emergencia ante la pandemia del coronavirus covid-19" y del "subsidio por incapacidad temporal para pacientes diagnosticados con covid-19"

"Segunda. Autorización excepcional para la contratación de personal bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057, Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios

1. Autorízase a las entidades de la Administración Pública comprendidas en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1057, Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, de manera excepcional, a contratar servidores civiles bajo el régimen del contrato administrativo de servicios, hasta el 17 de mayo de 2021. El plazo de estos contratos o sus respectivas prórrogas, duran como máximo hasta la conclusión de la vigencia de la presente disposición. Cumplido el plazo, tales contratos concluyen de pleno derecho y son nulos los actos en contrario que conlleven a sus ampliaciones. La comunicación que la entidad pudiera hacer de la conclusión del vínculo contractual tiene carácter meramente informativo y su omisión no genera la prórroga del contrato.

2. Las entidades de la Administración Pública, a través de su máxima autoridad administrativa, determinan las necesidades de servidores civiles que les permitan continuar brindando los servicios indispensables a la población, así como aquellos destinados a promover la reactivación económica del país y/o a mitigar los efectos adversos de la COVID-19. Para ello, se requiere informes de la Oficina de Recursos Humanos y la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, o de quienes hagan sus veces, previo requerimiento y coordinación de los órganos y unidades orgánicas usuarias de la entidad.(...)"

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: DSSU5XZ

3



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

- 3.3. De acuerdo a lo establecido por el Decreto de Urgencia N° 034-2021, las entidades públicas deberán evaluar cada caso en concreto para determinar la viabilidad o no de la contratación de personal bajo el régimen CAS. Cabe precisar que dicha autorización solo se encuentra vigente hasta el 17 de mayo de 2021.

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

ANGEL AUGUSTO BASTIDAS SOLIS

Coordinador de Soporte y Orientación Legal
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

AYPP/abs/ktc
K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: DSSU5XZ

4