

Rubén Paucara Charca
Luz Marina Almanza Huamán
David Szczepansky Grobas
Luz Marina Manuela Cueva Suyoc

MANUAL DE DERECHO LABORAL INDIVIDUAL



Rubén Paucara Charca
Luz Marina Almanza Huaman
David Szczpansky Grobas
Luz Marina Manuela Cueva Suyos

MANUAL DE DERECHO LABORAL INDIVIDUAL



MANUAL DE DERECHO LABORAL INDIVIDUAL

Primera edición: junio 2019

Tiraje: 1000 Ejemplares

© **Rubén Paucara Charca**
Luz Marina Almanza Huaman
David Szczpansky Grobas
Luz Marina Manuela Cueva Suyos

Editado por :

© **Cromeo Editores E.I.R.L.**

Calle Santa Martha 311

Cercado - Arequipa

Telef. 949751424

Email: cromeo_aqp@hotmail.com

Editor:

José Anover Muñoz

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú

N° 2019-00000

ISBN:

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transferirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor y del autor.

Queremos dar las gracias a todas esas personas que nos ayudaron a escribir este manual de Derecho Laboral, a ustedes alumnos, amigos y compañeros de trabajo de esta la primera casa de estudios, Universidad Amazónica de Madre de Dios.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO 1	17
1.- LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993.....	17
2. CONCEPTO.....	17
2.1. JERARQUÍA.....	19
2.2. LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO.....	20
3. VIGENCIA DE LAS FUENTES EN EL TIEMPO.....	29
CAPÍTULO 2	31
2.1. DEFINICIÓN	31
2.2. LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO LABORAL.....	33
2.3 CLASES DE PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL.....	34
2.3.1. EL PRINCIPIO PROTECTOR.....	34
2.3.2. INDUBIO PRO OPERARIO:.....	34
2.3.3. PRINCIPIO DE CONTINUIDAD.....	39
2.3.4. PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD.....	41
2.3.5. PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD.....	42
2.3.6. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.....	44
2.3.7. PRINCIPIO DE INMEDIATEZ	45
2.3.8. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN.....	47
2.3.9. PRINCIPIO DE LIBERTAD SINDICAL.....	48
2.3.10. PRINCIPIO DE BUENA FE.....	50
2.3.11. PRINCIPIO DE CAUSALIDAD.....	50

CAPÍTULO 3	53
3.1. EL TRABAJO ASALARIADO EN LA HISTORIA	53
3.2. CAPITALISMO Y SURGIMIENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO.	57
3.3. EVOLUCIÓN (ETAPAS) DEL DERECHO DEL TRABAJO.	60
3.4. CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO: CONSTITUCIONALIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN.....	62
3.4.1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES.....	62
3.4.2. INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO.....	64
3.4.3. LA FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO.	66
3.5. LA DECLARACIÓN DE LA OIT DE 1998 RELATIVA A LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO.	67
3.6. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL PERÚ.	69
3.6.1. LA FORMACIÓN DE UNA LEGISLACIÓN LABORAL EN EL PERÚ REPUBLICANO.	70
3.6.2. ENTRE LA PROTECCIÓN, EL INTERVENCIONISMO, LA FLEXIBILIDAD Y LA DESREGULACIÓN.....	72
CAPÍTULO 4	75
4.1. CONCEPTO DE CONTRATO DE TRABAJO.	75
4.2. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE TRABAJO	76
4.3. EL DERECHO DEL TRABAJO VINCULADA EN EL ÁMBITO LABORAL.....	76
4.4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE TRABAJO	79
4.5. ELEMENTOS DE CONTRATO DE TRABAJO	80

Manual de derecho laboral individual

4.5.1. PRESTACIÓN PERSONAL.....	80
4.5.2. REMUNERACIÓN.....	81
4.5.3. LA SUBORDINACIÓN.....	81
4.5.4. CLASES DE CONTRATO LABORAL.....	83
4.6. CONTRATOS DE TRABAJO SUJETOS A MODALIDAD.....	86
4.6.1.- POR SU NATURALEZA TEMPORAL.....	87
4.6.2.- POR SU NATURALEZA ACCIDENTAL.....	88
4.6.3. PARA OBRA O SERVICIO.....	88
4.7. REQUISITOS COMUNES.....	90
4.8. NORMAS COMUNES.....	91
4.9. LA DESNATURALIZACION.....	92
4.10. MODALIDADES FORMATIVAS LABORALES.....	93
4.11. EL CONTRATO CIVIL DIFERENCIA CON EL CONTRATO DE TRABAJO.....	95
4.12. INTERMEDIACION LABORAL.....	101
4.12.1. EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES.....	102
4.12.2. EMPRESAS DE SERVICIO COMPLEMENTARIOS.....	102
4.13. SUPUESTOS DE INTERMEDIACION LABORAL.....	103
4.13.1. LA EMPRESA DE SERVICIOS.....	103
4.13.2. NORMAS COMUNES.....	104
4.14. DENATURALIZACION.....	105
4.15. SUSPENSION DE CONTRATO DE TRABAJO.....	105
4.15.1. FORMAS DE SUSPENSION.....	105
4.15.2. EFECTOS.....	106
4.15.3. CLASES.....	107
4.15.4. CAUSALES DE SUSPENSIÓN.....	107

4.16. SUSPENSIÓN DE CONTRATO	112
4.16.1. CLASES DE SUSPENSIÓN.....	114
4.16.2. CARACTERES DE LA SUSPENSIÓN.....	115
4.16.3. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN.....	116
4.16.4. CESE DE LA OBLIGACIÓN DE TRABAJAR	116
4.16.5. CESE DE LA OBLIGACIÓN REMUNERATORIA.	117
4.16.6. SUBSISTENCIA DEL CONTENIDO ÉTICO.....	117
4.16.7. ACUMULACIÓN DE ANTIGÜEDAD.....	118
4.16.8. RESERVA DE PUESTO.	119
4.16.9. CONTINUIDAD DE AFILIACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL.....	119
4.16.10 ETIOLOGÍA: LOS DIVERSOS CASOS DE SUSPENSIÓN, SEGÚN SUS CAUSAS.....	119
4.16.11. INVALIDEZ ABSOLUTA TEMPORAL O INVALIDEZ PARCIAL.....	120
4.16.12. LA ENFERMEDAD Y EL ACCIDENTE.....	121
4.16.13. LA MATERNIDAD DURANTE EL DESCANSO PRE Y POSTNATAL.....	122
4.16.14. EL DESCANSO VACACIONAL	123
4.16.15. LAS LICENCIAS PARA DESEMPEÑAR CARGO CÍVICO Y PARA CUMPLIR CON EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO.....	124
4.16.16. PERMISO O LICENCIA PARA DESEMPEÑAR CARGO SINDICAL.....	124
4.16.17. LA SANCIÓN DISCIPLINARIA.	125
4.16.18. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA.	126
4.16.19. LA DETENCIÓN DEL TRABAJADOR.....	127
4.16.20. SUSPENSIÓN PRECAUTORIA.....	128
4.16.21. LA INHABILITACIÓN ADMINISTRATIVA O JUDI- CIAL.....	128

Manual de derecho laboral individual

4.16.22.	EL PERMISO O LICENCIA CONCEDIDOS POR EL EMPLEADOR.	128
4.16.23.	SUSPENSIÓN POR CAUSA ECONÓMICA.....	129
4.16.24.	EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR.....	130
4.17.	ESTABILIDAD LABORAL.....	131
417.1.	LA REGULACION DE LA ESTABILIDAD LABORAL EN LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (OIT).....	133
4.17.2.	LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERU.	134
4.17.2.1.	La Constitución Política de 1993.....	134
4.17.2.	POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO EN EL TEMA DE LA ESTABILIDAD LABORAL: ESTABILIDAD DE SALIDA.....	135
4.17.3.	CLASES.-	137
4.17.4.	LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL D. LEG. 728.	137
CAPÍTULO 5	139
5.1.	CONCEPTO.-.....	139
5.2.	CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO:.....	139
5.3.	EL DESPIDO DISCIPLINARIO.	142
5.3.1.	ESTABILIDAD LABORAL: MARCO GENERAL.	142
5.3.2.	UNA CLASIFICACIÓN SOBRE LAS FORMAS DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL	146
5.4.	EL DESPIDO DISCIPLINARIO	147
5.4.1.	CARACTERÍSTICAS.	147
5.4.2.	LA CAUSA JUSTA	148
5.5.	PROCEDIMIENTO PARA EL DESPIDO.	177
5.5.1.	CLASES DE DESPIDO:.....	177
5.6.	PROCEDIMIENTO JUDICIAL:	179

5.7. INDEMNIZACIONES:.....	180
CAPÍTULO 6	181
6.1. CONCEPTO.....	181
6.2. REGULACIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA EN EL SIGLO XX.	181
6.3. PLAZO DEL PERÍODO DE PRUEBA.....	182
6.4. EXONERACIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA.....	185
6.5. NATURALEZA JURÍDICA.....	186
6.6. LIMITACIÓN DEL NÚMERO DE TRABAJADORES EN PERÍODO DE PRUEBA.....	187
6.7. TRABAJADORES CESADOS POR PERIODO DE PRUEBA PUEDEN ACCEDER A REPOSICIÓN.....	188
CAPÍTULO 7	189
7.1. EL RÉGIMEN DEL DESPIDO ARBITRARIO.....	189
7.2. EL CONTENIDO DEL DERECHO AL EMPLEO Y LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO.....	193
7.3. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO (PAD).	198
7.3.1. NECESIDAD DE ESCLARECER EL ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y DE LA RESPONSABILIDAD FUNCIONARIAL..	201
7.4. ETAPAS DEL PROCESO DISCIPLINARIO.....	212
7.5. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO.....	218
BIBLIOGRAFÍA.....	220
ANEXOS.....	223

INTRODUCCIÓN

Desde el inicio de la Historia, el trabajo ha formado parte de la vida del hombre. Al comienzo, la finalidad del trabajo no iba más allá de la mera subsistencia; había que trabajar para vivir. Con el paso del tiempo, sin embargo, el trabajo pasó a significar algo más. Pasó a ser un medio de realización para el hombre, a través del cual este puede expresar su personalidad. Con la llegada de la industrialización, la rápida expansión del mercado y el surgimiento de grandes capitales llevaron a muchas personas a ofrecer su fuerza de trabajo en una clara posición de desventaja frente a sus empleadores. El Derecho no podía permanecer ajeno a esta realidad; es así que nace el Derecho del Trabajo, cuyo carácter tuitivo busca otorgar protección al trabajador en el marco de las relaciones de trabajo.¹

La creación del Derecho del Trabajo supuso, en definitiva, que la regulación de las relaciones laborales que había estado tradicionalmente a cargo de fuentes de configuración en los hechos- unilateral: el contrato de arrendamiento de servicios, el reglamento interno de trabajo y la costumbre, que expresaban la disparidad, se trasladara a las nuevas fuentes: la ley laboral y el convenio colectivo, que buscan la paridad². Como la relación laboral es, de un lado, conflictiva, porque los intereses de los trabajadores como individuos y como categoría- son diferentes y a veces opuestos a

1 THĒMIS Revista de Derecho Publicación semestral editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2 Neves Mujica Javier introducción al Derecho del Trabajo Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú

los de los empresarios como individuos y como categoría-, siendo ambos legítimos, se requiere regulación, para que el conflicto discurra entre los márgenes del sistema; pero como, de otro lado, es estructuralmente desigual, porque los trabajadores no tienen poder económico y los empresarios sí, se requiere que esa regulación sea equilibrada, para balancear con la ventaja jurídica la desventaja material y, de ese modo, contribuir a la materialización de la justicia y la paz.

El ordenamiento laboral en su conjunto cumple así la función de regular la utilización del trabajo ajeno por un empresario y la obtención de ganancias de él, permitiéndolo y controlándola, y encauzar los conflictos individuales y sociales que se originan en esa relación. Esta función se adapta a las diversas circunstancias en las que debe ejercerse, como pueden ser los distintos niveles de desarrollo económico o las diferentes situaciones de expansión o de crisis económicas, pero en su esencia se mantiene inalterada³.

En el mundo de hoy, globalizado y de extrema competencia, el Derecho del Trabajo ha tenido que adaptarse a las distintas realidades a través de las cuales se manifiesta la relación entre el empleador y el trabajador. Así, han ido surgiendo distintas modalidades de contratación, así como nuevas exigencias económicas, sociales y/o jurídicas, a las cuales el Derecho del Trabajo ha tenido que reaccionar sin perder su esencial carácter protector. Es debido a la decisiva influencia que la normativa laboral puede tener sobre la economía y la sociedad de un país que se hace indispensable comprender cuáles serían los principios que rigen esta rama del Derecho, de qué forma esta puede manifestarse y a qué retos se enfrenta, tanto presentes como futuros.⁴

3 Neves Mujica Javier introducción al Derecho del Trabajo Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú

4 THĒMIS Revista de Derecho Publicación semestral editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CAPÍTULO 1

FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO.

1.- LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993.

La Constitución tiene una doble significación en materia de fuentes del derecho: de un lado, en su parte orgánica, atribuye potestades normativas a ciertos órganos y establece jerarquías entre las normas que éstos pueden producir; y, del otro, en su parte dogmática, reconoce ella misma derechos a las personas, tanto en materia civil y política, como económica, social y cultural. Una y otra cosa valen, naturalmente, para todo el sistema jurídico. Y en este trabajo nos proponemos centrarnos especialmente en la primera cuestión.

Conjunto de principios y normas jurídicas que con carácter protector regulan las relaciones individuales o colectivas de trabajo, existentes entre las unidades de producción de bienes o prestación de servicios y los trabajadores que en forma personal, libre y subordinada laboran para las mismas a cambio de un ingreso económico.

2. CONCEPTO.

Las fuentes del derecho han sido enfocadas por la doctrina española, tanto aludiendo a los órganos provistos de potestades normativas (fuentes en sentido propio), como a las normas emanadas de dichos órganos (fuentes

en sentido traslativo)¹. Tales potestades consisten en la posibilidad de crear, modificar y extinguir actos o hechos normativos². Mientras los actos nacen de manifestaciones de voluntad de ciertos órganos, los hechos derivan de situaciones objetivas³. Las normas son reglas generales, impersonales y abstractas⁴. De esta manera, serán órganos dotados de atribuciones normativas y sus correspondientes formas normativas típicas, por ejemplo, el Poder Legislativo respecto de la ley, el Poder Ejecutivo respecto del reglamento, los sujetos laborales colectivos respecto del convenio, etc. Algunos de esos órganos podrían estar en algunas circunstancias habilitados para producir otras formas normativas. Éste es el caso del Poder Ejecutivo, que podría dictar decretos legislativos y decretos de urgencia.

La potestad normativa plena es como hemos dicho la de crear, modificar y suprimir actos o hechos normativos. Comúnmente, los órganos de que nos ocupamos poseen las tres atribuciones respecto de sus formas normativas típicas. Así, por ejemplo, el Poder Legislativo podría crear, modificar y derogar una ley. El Congreso, sin embargo, también podría ejercer las potestades de modificar y derogar, mas no la de crear, cualquier otra norma estatal de nivel igual o inferior a la ley, salvo que la Constitución otorgara competencia exclusiva para ello a un órgano distinto. Por último, hay ciertos órganos que tienen sólo una de estas atribuciones: la de eliminar normas. Éste es el caso de los encargados del control de la constitucionalidad y legalidad del ordenamiento, no en los sistemas difusos (en los que se les permite sólo implicar las normas infractoras), sino en los concentrados (en los que se les permite suprimirlas)⁵.

1 ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. Derecho del Trabajo. Universidad de Madrid, Madrid, 1991, pág. 653; y DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, GARCIA BECEDAS, Gabriel y GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. Instituciones de Derecho del Trabajo. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1991, pág. 28.

2 PREDIERI, Alberto. "El sistema de las fuentes del derecho". En: La Constitución Española de 1978, Editorial Gvitas S.A., Madrid, 1984, pág.169.

3 BISCAREFFI DI RUFFIA, Paolo. Derecho Constitucional. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987, pág. 146.

4 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, GARCIA BECEDAS, Gabriel y GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. Op. cit., pág. 653.

5 CAPPELLETTI, Mauro. "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado". En: La Justicia Constitucional, UNAM, México, 1987, pág. 59 y ss.

Poseen, pues, una potestad normativa negativa. Tales son, en nuestro medio, el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Asimismo, debemos señalar -de un lado- que un acto normativo sería, por ejemplo, la ley, el reglamento, el convenio colectivo, etc., mientras un hecho normativo sería la costumbre (cuando reúna los requisitos para constituir una fuente del derecho); y -del otorgue los actos o hechos normativos se diferencian de los no normativos, no por su carácter obligatorio, sino por sus efectos: de producción de derecho objetivo, como regla abstracta y general, en el primer caso, y de producción de derechos subjetivos, para partes concretas y determinadas, en el segundo. O, dicho en otros términos, de fuente del derecho y de fuente de la obligación, respectivamente⁶. Este último es el caso del contrato y generalmente de la sentencia.

Finalmente, la doctrina española distingue también entre las normas comunes y las especiales⁷. Las primeras son las formas jurídicas existentes en todos los sectores del ordenamiento, como la ley o el reglamento, cuyo contenido es el que cambia según la materia regulada. Y las segundas, son las formas jurídicas propias del Derecho del Trabajo, entre las que es paradigmático el convenio colectivo.

2.1. JERARQUÍA.

La Constitución en la doble vinculación con el tema de las fuentes del derecho, que ya hemos anotado, primero señala el rango de las normas, de manera global (arts. 87 y 51 de las Constituciones de 1979 y 1993, respectivamente). Todas las normas integran un único sistema de fuentes del derecho, que se organiza jerárquicamente en distintos niveles. La doctrina italiana distingue cuatro de ellos, que son -de mayor a menor rango- el constitucional, el primario (el de la ley y sus equivalentes), el secundario (el del reglamento y sus equivalentes) y el terciario (el de las normas emanadas de la autonomía privada)⁸.

6 ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. Op. cit., pág. 654.

7 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, GARCIA BECEDAS, Gabriel y GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. Op. cit., pág. 28.

8 PIZZORUSSO, Alessandro. Lecciones de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Tomo 11, pág. 158. Otros autores diferencian tres o cinco. Es el caso de BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Op. cit., pág. 152 y 165; y PREDIERI, Alberto. Op. cit., pág. 208; respectivamente.

Se admite la existencia de sub-niveles al interior de un mismo nivel, habiendo preeminencias relativas entre las normas que lo integran⁹. La asignación de un determinado rango por la Constitución, se hace directamente, por mención expresa, o indirectamente, según el mecanismo previsto para la impugnación de la norma correspondiente: así, se ubican en el nivel primario las normas cuya validez se controla mediante acción de inconstitucionalidad, encontrándose en el secundario las normas sometidas para su impugnación a la acción popular.

Las referencias al rango de cada norma en la Constitución de 1979 y la de 1993 las haremos al analizar cada fuente. Aquí queremos señalar únicamente las diferencias centrales que constatamos en esta materia entre uno y otro texto, consistentes en el descenso sufrido en la escala por los tratados internacionales y los convenios colectivos, y en la atribución clara de nivel primario a los decretos de urgencia, en ambos casos por la Constitución de 1993. El cuadro global sería el siguiente:

	CONSTITUCIÓN DE 1979	CONSTITUCIÓN DE 1993
NIVEL CONSTITUCIONAL	<ul style="list-style-type: none"> - Constitución - Tratado internacional de derechos humanos 	<ul style="list-style-type: none"> - Constitución
NIVEL PRIMARIO	<ul style="list-style-type: none"> - Tratado internacional - Ley - Decreto legislativo - Ley regional - Ordenanza municipal - Convenio colectivo - Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales en acción de inconstitucionalidad 	<ul style="list-style-type: none"> - Tratado Internacional - Ley - Decreto legislativo - Decreto de urgencia - Ley regional - Ordenanza Municipal - Sentencia del Tribunal Constitucional en acción de inconstitucionalidad
NIVEL SECUNDARIO	<ul style="list-style-type: none"> - Reglamento - Decreto regional - Edicto municipal - Sentencia del Poder Judicial en acción popular 	<ul style="list-style-type: none"> - Reglamento - Decreto regional - Edicto municipal - Sentencia del Poder Judicial en acción popular
NIVEL TERCARIO	<ul style="list-style-type: none"> - Reglamento interno de trabajo - Costumbre 	<ul style="list-style-type: none"> - Convenio colectivo - Reglamento interno de trabajo - Costumbre

2.2. LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Vamos conforme a lo anunciado haremos un listado de las fuentes del Derecho del Trabajo, explicando las características básicas de cada una de ellas en la Constitución de 1979 y en la de 1993.

9 BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Op. cit., pág. 165; y PIZZORUSSO, Alessandro. Op. cit., pág. 159 a 161.

2.2.1. CONSTITUCIÓN.

Los derechos laborales consagrados por la Constitución de 1979 son fundamentales, ya sea porque están insertos en su Título 1, denominado «Derechos y deberes fundamentales de la persona»; o porque quedan comprendidos en la fórmula de su art. 4. Hay, pues, identidad entre los conceptos de derechos constitucionales y derechos fundamentales. Con la Constitución de 1993 se pierde esa equivalencia.

Sólo son derechos fundamentales los contenidos en el Capítulo 1, bautizado como «Derechos fundamentales de la persona», entre los que no se encuentra el bloque de los laborales, que forma parte más bien del Capítulo 11, llamado «De los derechos sociales y económicos». Esta distinción, sin embargo, está desprovista de consecuencias prácticas, por cuanto seguirá siendo posible defender los derechos laborales (antes fundamentales y ahora no) mediante una acción de amparo, ya que ésta tutela los derechos constitucionales, categoría que abarca a los derechos fundamentales y no fundamentales (arts. 295 y 200.2 de las Constituciones de 1979 y 1993, respectivamente).

A diferencia de la Constitución de 1979, que incluye en su Capítulo 1 sólo un derecho laboral, cual es el de «elegir y ejercer libremente su trabajo, con sujeción a la ley» (art. 2.13), la de 1993 contempla, además de ése (art. 2.15), el de constituir diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro y sin autorización previa, fórmula que cobijaría la sindicación (art. 2.13). En lo que respecta al listado de derechos de la Constitución de 1979 y la de 1993, no es posible en este espacio hacer un análisis exhaustivo¹⁰. Baste señalar que en tanto la primera realiza una amplia enumeración de derechos, indicando varios elementos de su contenido, la segunda reduce el número de derechos conformantes del catálogo y a la vez algunos rasgos identificatorios de ellos.

En materia de derechos individuales, la anotada disminución no afecta a dos de los derechos integrantes del núcleo de este sector, que son la cuantía de la remuneración y la duración de la jornada y de los descansos, regulados en términos similares (arts. 43 y 44 de la Constitución de 1979, y 24 y 25 de la de 1993).

10 Para un comentario más detallado remitirse a: NEVES MUJICA, Javier. “Los derechos y principios laborales en las Constituciones de 1979 y 1993”. En: Revista del Foro, No. 1, año LXXXI, Colegio de Abogados de Lima, Lima, pág. 45 a 52.

Pero sí impacta sobre un tercer derecho perteneciente a ese núcleo, cual es la duración de la relación laboral. En este caso se ha sustituido la expresión «estabilidad laboral» por la de «adecuada protección contra el despido arbitrario» (art. 48 de la Constitución de 1979 y 27 de la de 1993), ambigua frase que rebaja la tutela sólo al momento de la extinción mas no de la contratación, y permite reparar el despido injustificado con la reposición o la indemnización. Asimismo, se extiende a todos los otros derechos individuales que forman parte de la periferia: gratificaciones, compensación por tiempo de servicios, asignaciones familiares, etc., que no han merecido mención alguna en el nuevo texto. En cuanto a los derechos colectivos, el recorte que mencionamos incide sobre los tres básicos: sindicación, negociación colectiva y huelga (arts. 51,54 y 55 de la Constitución de 1979 y 28 de la de 1993). El Estado garantiza la libertad sindical (art. 28.1), es una expresión carente de contenido propio, dada su extraordinaria amplitud. La negociación colectiva es objeto de un importante fomento y de reconocimiento de carácter normativo a su principal producto, aunque ya sin rango legal (art. 28.2), como veremos después. La huelga, por último, es regulada en forma incierta, al disponerse su ejercicio «en armonía con el interés social», y degradada, al permitirse al legislador señalar «sus excepciones y limitaciones» (art. 28.3).

2.2.2. TRATADO INTERNACIONAL.

La Constitución de 1979 reconoce a los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Perú, jerarquía superior a la ley: la de la propia Constitución si versaran sobre derechos humanos, y por encima de la ley si se refirieran a materia ordinaria, con preferencia del tema de la integración (arts. 101, 105 y 106).

La atribución de rango constitucional a los tratados de derechos humanos, posee la mayor importancia en el ámbito laboral, por cuanto extiende el universo de derechos protegibles por una acción de amparo, a los que hayan sido proclamados por dichos tratados. Esta categoría engloba a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (como las declaraciones, pactos y convenciones de la Organización de Naciones Unidas, ONU, o la Organización de Estados Americanos, OEA, de nivel mundial y regional, respectivamente), todos los cuales comprenden numerosos derechos laborales, como el derecho a trabajar, a elegir el trabajo, a una remuneración equitativa, al descanso, a la sindicación, etc., y los

convenios internacionales del trabajo (de la Organización Internacional del Trabajo, OIT) que desarrollan dichos derechos, en especial los denominados derechos humanos laborales: libertad de trabajo, igualdad de trato y libertad sindical.

La Constitución de 1993 suprime la referencia directa a la jerarquía de los tratados internacionales. Sin embargo, la establece en vía indirecta, al aludir a las normas que podrían ser objeto de una acción de inconstitucionalidad. Ese rango es el de la ley (art. 200.4). El tratado internacional se encuentra, sin embargo, en un sub-nivel superior, por cuanto si bien una ley posterior podría dejarlo sin efecto, tendría que sujetarse para ello a los requisitos de previa denuncia previstos en el propio tratado. Nuestra nueva Constitución contraría la corriente mundial que reconoce la primacía del orden internacional al menos, el referido a derechos humanos o integración económica- sobre el interno)¹¹. Asimismo, constriñe el campo de los tratados que deben ser aprobados por el Poder Legislativo (dejando los demás a la competencia del Poder Ejecutivo), a los referidos a derechos humanos, y los que exijan modificación, derogación o desarrollo por ley (arts. 56 y 57), tomando de la enumeración sólo los que podrían versar sobre materia laboral.

La aprobación o denuncia de la mayoría de los tratados internacionales con contenido laboral seguirá, sin embargo, en el ámbito de competencia del Congreso, ya que se refieren a derechos humanos y 1 o desarrollan derechos reconocidos por la Constitución, requiriendo por tanto regulación legal. Por último, prevé una importante regla interpretativa, tomada de la Constitución española (art. 10.2), de donde había pasado al art. 15 de la Ley 25398 (modificatoria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo): las normas relativas a derechos contempladas en la Constitución se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria).

Esto hará que para establecer el sentido de un precepto constitucional que reconoce un derecho también regulado en un tratado internacional, será indispensable acudir a éste. Así, por ejemplo, el escueto art. 28.1 de

11 FIX ZAMUDIO, Héctor. "La justicia constitucional en América Latina". En: El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX, UNAM, México 1989, Torno IV, pág. 504 a 505; y CANESSA MONTEJO, Miguel. "Los Convenios de la OIT y la nueva Constitución peruana". En: Asesoría Laboral, No. 37, enero 1994, Caballero, Obregón & Flores, Urna, págs. 8 a 15.

nuestra nueva Constitución, que garantiza la libertad sindical, deberá ser leído conjuntamente con los Convenios 87 y 98, así como con la jurisprudencia sobre ellos emanada de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. De este modo, al menos respecto de los derechos consagrados paralelamente por la Constitución y un tratado internacional, la degradación de éstos carecerá de efectos prácticos.

2.2.3. LEY Y OTRAS NORMAS ESTATALES.

Dentro del ámbito estatal, es la ley la norma a la que le corresponde la regulación de los derechos reconocidos por la Constitución.

Tal tarea no podría ser desempeñada directamente por un reglamento, cuya función es la de precisar las leyes, aunque sí por un decreto legislativo, siempre que hubiera previa delegación de facultades. En ambos textos constitucionales, todas estas normas podrían ocuparse de cuestiones laborales. La Constitución de 1979 señala la atribución del Congreso de dar, interpretar o derogar leyes (art. 186.1), así como la del Poder Ejecutivo de reglamentari

las (art. 211.11). Reconoce también la figura de los decretos legislativos, a los que les asigna rango de ley (arts. 188 y 211.10), y la de los decretos de urgencia, cuyo nivel jerárquico queda en la oscuridad, más no su posible contenido: materia económica y financiera (art. 211.20). En similares términos, la Constitución de 1993 repite tales atribuciones del Congreso respecto de las leyes (art. 102.1) y del Poder Ejecutivo respecto de los reglamentos (art. 118.8). Asimismo, la potestad del primero de delegar facultades legislativas en el segundo (art. 104, aunque se ha omitido inexplicablemente entre las atribuciones del gobierno en el art. 118).

Al igual que en el caso de los tratados, no se alude directamente al rango legal de los decretos legislativos, aunque puede deducirse de la vía prevista para su impugnación, que es la correspondiente a las leyes (art. 200.4), así como del reconocimiento de iguales efectos que los de las leyes (art. 104).

En lo que respecta a los decretos de urgencia (art. 118.10), la nueva Constitución les atribuye expresamente fuerza de ley, como ya lo había hecho la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, inspirada en el derecho comparado y en la doctrina nacional. Mantiene, sin embargo, la limitación

de que éstos se refieran a materia económica y financiera, conceptos que según nuestra doctrina comprenden el endeudamiento, la tributación y el presupuesto¹². La tributación debe ser excluida en virtud del art. 74 de la nueva Constitución.

No podrían abarcar, por tanto, los derechos laborales, ni siquiera aquéllos que tuvieran contenido claramente económico, como la remuneración, salvo la de los empleados públicos y quizá la de los trabajadores de las empresas del Estado, que se rigen por la Ley Anual de Presupuesto. Las remuneraciones de los primeros constituyen inobjetablemente un gasto público, mientras que sobre las de los segundos, existe controversia doctrinaria¹³, pareciendo inclinarse a favor el inciso a) del art. 4 de la Ley 25397 (de control parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República).

2.2.4. CONVENIO COLECTIVO.

La Constitución de 1979 y la de 1993 reconocen el derecho a la negociación colectiva, mandando al Estado garantizarla en el primer caso, y fomentarla en el segundo, expresión esta última con connotaciones más dinámicas (siendo preferida por las normas de la OIT), aunque con contenidos semejantes.

En lo que difieren ambos textos es en la mención al convenio colectivo, al cual la Constitución de 1979 le atribuye «fuerza de ley para las partes» (art. 54), y la de 1993 «fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado» (art. 28.2). La frase «fuerza de ley para las partes» utilizada por la Constitución de 1979, fue interpretada entre nosotros, primeramente, como alusiva al carácter contractual del convenio colectivo¹⁴, ya que provenía de un rasgo que la antigua doctrina civilista atribuía a los contratos; y luego,

12 EGUJGUREN PRAELI, Francisco. Los retos de una democracia insuficiente. Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann, Urna, 1990, pág. 230.

13 DOLORIER TORRES, Javier. limitaciones al contenido salarial de la negociación colectiva. Fundamentos, requisitos y constitucionalidad. Benites, Mercado y Ugaz Abogados, Lima, 1994, pág. 288 a 290.

14 PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "El tema del trabajo y la nueva Constitución". En: La nueva Constitución y su aplicación legal, Francisco Campodónico F. Editores y Ediciones C.I.C., Lima, 1980, pág. 89 a 90; a quien siguieron RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Constitución y sociedad política. Mesa Redonda Editores, Lima, 1983, pág. 180 a 181.

mayoritariamente como referente a un doble contenido: el carácter normativo del convenio colectivo, que es el elemento destacado por la moderna doctrina laboralista, que lo constituye en la norma especial del Derecho del Trabajo (por contraposición a las normas comunes a todo el sistema jurídico), y a la vez su rango de ley¹⁵.

Esta última conclusión, derivaba de una interpretación sistemática de la Constitución, que empleaba la expresión «fuerza de ley», sólo en otras dos ocasiones (decretos legislativos y reglamentos del Congreso y de las Cámaras, en los arts. 211.10 y 177, respectivamente), para referirse a un rango legal. La atribución de igual nivel al convenio colectivo y a la ley, no dejaba de tropezar con serias dificultades, por cuanto la propia Constitución en diversas disposiciones sujetaba la autonomía privada en general (art. 2.12) y la colectiva en particular, a la ley.

Ello se apreciaba, tanto a través de la regulación por Ley de los cauces negóciales (art. 54), como de la prohibición a la autonomía colectiva, bajo sanción de nulidad, de infringir los pisos legales (art. 57). La única manera de salvar estas objeciones era la de admitir que, pese a encontrarse la ley y el convenio colectivo en el mismo rango, la primera tenía una preeminencia sobre el segundo. Esta concepción amplia de cada nivel normativo, se produce también en la relación entre otras normas señaladas en la Constitución: así, el tratado internacional ordinario, la ley nacional y la ley regional, tienen todos teóricamente iguales rangos, aunque en verdad prevalecen unos sobre otros en ese orden (arts. 101 y 266).

De otro lado, la propia expresión «fuerza de ley» no resulta la más apropiada para asignar un nivel, sino más bien las de rango o valor de ley¹⁶. Estas últimas aluden a las normas que se pueden impugnar mediante los mecanismos establecidos para las leyes; mientras la primera se refiere a la posibilidad de una norma de modificar otras leyes o su resistencia a no

15 BOZA PRO, Guillermo. "Negociación y convención colectiva en la Constitución de 1979". En: Trabajo y Constitución, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1989, pág. 222 a 223; NEVE? MUJICA, Javier. "Autonomía convencional e intervención estatal". En: Revista Thémis, Lima, 1989, pág. 43; y el mismo PASCO COSMOPOLIS, Mario. "La norma más favorable: su determinación". En: Ponencias del X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 1989, pág. 73.

16 RUBIO LLORENTE, Francisco. "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley". En: Revista de Administración Pública, No. 100-102, Madrid, 1983, pág. 422 a 423.

ser modificada sino por leyes, cualidad que no poseen algunas normas a las que se reconoce su rango legal¹⁷. Repárese en que tanto la Constitución de 1979 como la de 1993 acuden a la citada expresión en varias ocasiones en forma equívoca. La frase sustitutoria de la nueva Constitución, cual es como ya vimos- la de «fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado», ha sido tomada de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su reglamento (arts.42 y 28, respectivamente), que a su vez la han recogido de la Constitución española (art. 37.1).

La doctrina de este último país, ha interpretado esa expresión, tras algunas dudas iniciales (ya que parecía aludir al deber de paz o a la eficacia personal general de los convenios colectivos), posteriormente despejadas, como referente al carácter normativo del convenio colectivo¹⁸. En el mismo sentido se ha venido interpretando en nuestro medio¹⁹. Tal carácter normativo consiste en la aplicación automática de los convenios colectivos a las relaciones individuales comprendidas en la unidad negociandola correspondiente, sin necesidad de recepción por los contratos individuales, y su relativa imperatividad frente a la autonomía individual, que sólo puede disponer su mejora pero no su disminución. Hará falta en el futuro que una ley le atribuya al convenio colectivo un rango determinado en el sistema de fuentes del derecho, que ya no podrá ser el de la ley misma, puesto que una norma no puede conferir a otra su propio nivel.

Esta misión le correspondería con propiedad al Título Preliminar de la Ley General de Trabajo. Dicho rango será probablemente el terciario. Ello no quiere decir que en adelante una ley o un reglamento podrán

17 Loe. cit.

18 Así lo dijo tempranamente ALONSO OLEA, Manuel. "La Constitución y las fuentes del Derecho del Trabajo". En: El trabajo en la Constitución, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1982, pág. 26; siendo seguido por RODRIGUEZ SANUDO, Fermín. "La negociación colectiva en la Constitución de 1978". En: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 358 a 359; y VALDES DAL-RE, Fernando. "La negociación colectiva en la Constitución". En: Revista de Política Social, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1979, No. 121, pág. 496 a 498; entre otros.

19 Ver: NEVES MUJICA, Javier. "Las fuentes del Derecho del Trabajo en la Constitución y en el proyecto". En: Asesoría Laboral, Caballero, Obregón y Rores, Lima, No. 30, junio 1993, pág. 17 a 18; BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Las normas laborales del proyecto de nueva Constitución". En: Asesoría Laboral, Caballero, Obregón & Rores, No. 4, octubre 1993, pág. 10; y PASCO COSMOPOLIS, Mario. "El trabajo en la nueva Constitución". En: Ius et Veritas, No. 7, 1993, pág. 341.

interferir en la autonomía colectiva, dado que basta el reconocimiento de ésta por la Constitución, con prescindencia del nivel que se le confiera al convenio colectivo, para vedar la intervención restrictiva del Estado sobre aquélla. Así lo han entendido los antes citados órganos de control de la OIT al interpretar el principio de fomento de la negociación voluntaria consagrado en el art. 4 del Convenio 98.

Con la sustitución de la frase «fuerza de ley» por la de «fuerza vinculante», pues, nada cambia en este aspecto, ya que ambos textos constitucionales reconocen y promueven el derecho a la negociación colectiva.

2.2.5. OTRAS FUENTES NO MENCIONADAS.

El catálogo de fuentes del derecho no se agota con las normas antes mencionadas. A ellas habría que añadirles, en el sector de las fuentes heterónomas, a la sentencia, cuando conlleva elementos normativos, y en el de las fuentes autónomas, al reglamento interno de trabajo y a la costumbre, cuando poseen igual característica. En todo este campo, hay semejanza entre la Constitución de 1979 y la de 1993, por cuanto ambas omiten atinadamente la referencia a esas fuentes.

De esta afirmación habría que excluir alguna alusión marginal y confusa hecha por la nueva Constitución al «derecho consuetudinario» (art. 139.8). Sólo cabría añadir que en nuestro ordenamiento, el reglamento interno de trabajo es una norma contingente aunque obligatoria en sus prescripciones, y requiere para obtener naturaleza normativa de la aprobación administrativa, pese a ser ahora automática (arts. 3 y 4 del Decreto Supremo 039-91-TR).

Asimismo, que la sentencia por lo general tiene efectos sólo entre las partes del proceso, por lo que carece de rasgos normativos, los que adquiere sólo cuando elimina una norma, mediante una acción de inconstitucionalidad o una acción popular (arts. 298.1 y 295 de la Constitución de 1979, y arts. 103,200.4 y 5, y 204 de la de 1993), o cuando la interpreta de modo general, que además de solucionar el caso concreto sea obligatoriamente aplicable a los futuros casos similares, por seguridad jurídica e igualdad ante la ley (art.9 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, y art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Por último, que la costumbre, configurada por la existencia de una práctica reiterada en una comunidad, considerada como obligatoria por

sus miembros, sólo se admite cuando no contravenga el ordenamiento, ya sea que una norma la llame para complementarla o suplirla, o que desarrolle o sustituya a una norma.

3. VIGENCIA DE LAS FUENTES EN EL TIEMPO.

La Constitución de 1979 establece dos reglas básicas en cuestión de vigencia de las normas en el tiempo: 1) La ley rige desde el décimo sexto día posterior a su publicación en «El Peruano», salvo disposición contraria de la misma ley (art. 195), y 2) Ninguna ley tiene eficacia retroactiva, salvo en materia penal, laboral o tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente (art. 187). Sin embargo, dicha Constitución no explicita el concepto de aplicación ordinaria, ni el de aplicación retroactiva. Esta tarea viene a cumplirla más bien el art. III del Título Preliminar del Código Civil, para el cual la primera consiste en referir la ley «a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes».

Se adopta, pues, la teoría de los hechos cumplidos, según la cual la regla sería la regulación por la nueva ley de los Efectos no cumplidos de los actos o hechos generados durante la existencia de la antigua, y la excepción, la regulación de los efectos ya cumplidos de dichos actos o hechos por la nueva ley²⁰. La Constitución de 1993 introduce en este campo tres modificaciones: 1) Ordena que la actuación de la ley ocurra desde el día siguiente de su publicación (art. 109), 2) Asume la teoría de los derechos adquiridos, en lo que respecta a la aplicación temporal de las normas (art. 62), y 3) Reduce la vigencia retroactiva de las mismas al ámbito penal (art. 103). Vamos a referirnos sólo a las dos últimas que nos parecen fundamentales. La segunda modificación consiste en asegurar a las partes de una relación jurídica que los términos de su contrato «no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase» (art. 62).

De este modo, las normas vigentes al momento de celebrar un contrato regularán los efectos de la relación subsiguiente, aun cuando fueran derogadas por otras. Se garantiza la ultractividad de las normas, por contraste con el art. III del Título Preliminar del Código Civil, ya citado,

20 RUBIO CORREA, Marcial. Título Preliminar. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986, pág. 66.

el que quedará inaplicable en lo que se refiere a los contratos²¹. Por su formulación general este precepto regirá también a los contratos de trabajo, paralizando la aplicación de cualquier nueva norma de contenido mejor o peor que la anterior; pero no podrá utilizarse en el caso de los convenios colectivos, porque los desnaturalizaría completamente al circunscribir sus efectos sólo a los nuevos trabajadores ingresados durante su vigencia, colisionando con el art. 28 de la propia Constitución. Urge, pues, la reforma de dicho art. 62. La tercera modificación carece de justificación alguna. La retroactividad laboral, como excepción a la regla, venía siendo aplicada de modo extraordinario, cuando la ley expresamente lo dispusiera.

Así, por ejemplo, en el caso de la primera disposición transitoria de la Ley 24514. La supresión de la retroactividad podría generar problemas especialmente serios en el campo de la negociación colectiva, dado que los convenios colectivos caducan al año de su entrada en vigor, esfumándose los beneficios ellos en concedidos, generándose un peligroso vacío de regulación que de alguna manera era salvado con la vigencia retroactiva del nuevo convenio colectivo, ahora impedida por la nueva Constitución, salvo un discutible pacto expreso en contrario. También aquí hace falta la reforma del precepto constitucional.

21 DE LA PUENTE Y LA VALLE, Manuel. "La libertad de contratar". En: El Comercio, Lima, 21 de junio de 1993, Sección A, pág. 2.

CAPÍTULO 2

PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL.

2.1. DEFINICIÓN

Los principios del derecho del trabajo serán aquellas directrices que informan el ordenamiento de un país, la manera en que deben observarse las normas, la aplicación de éstas en el ordenamiento jurídico y la forma en que se resolverán los casos no previsto. Aparecen para equiparar al trabajador en relación con el empleador y para que este respete ciertos mínimos, en algunos casos, preferida una interpretación o una norma y, en otros, actúe respetando los derechos fundamentales. La importancia de estos principios radica en que informan el ordenamiento jurídico de un país, es decir justifican la existencia de normas, tanto al momento de su producción, interpretación, aplicación o sustitución.

Para, *Manuel Alonso García*, es “Aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho”¹.

Para, *Américo Plá Rodríguez* nos dice: «Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de

1 CONTERNO, Hugo Fernando. “El Principio de Razonabilidad en Principios y Reglas, Estudios de Derecho Práctico Laboral, Nuevo Enfoque, Córdoba, Octubre de 2007.

nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos»²

Por su parte *Rodríguez Mancini*, considera tales, a las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídico laboral que extienden su eficacia no sólo al momento de formación del régimen regulador de las relaciones laborales, sino también en la etapa de exigibilidad de los derechos.

Para, García Toma al referirse a los principios laborales constitucionales sostiene que son aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativa.

*Para, Fernández Madrid, expresa que los mismos cumplen ante todo una función de interpretación, pues en la medida que constituyen el sentido y la razón de ser de un cuerpo normativo, reflejan ese sentido en las normas que lo componen y operan en consecuencia como criterios orientadores del intérprete.*³

Para el Tribunal Constitucional, los principios del Derecho del trabajo son «aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas».

Entonces diremos que los principios laborales son, **directrices que informan el ordenamiento de un país, la manera en que deben observarse las normas, la aplicación de éstas en el ordenamiento jurídico y la forma en que se resolverán los casos no previstos.**

En el Derecho Laboral, aparecen para equipararse al trabajador en relación con el empleador y para que éste respete ciertos mínimos, en algunos casos, preferida una interpretación o una norma y, en otros, actúe respetando los derechos fundamentales. La importancia de estos principios radica en que informan el ordenamiento jurídico de un país, es decir

2 CHERO MEDINA, Félix I. "El despido como causa de extinción del contrato de trabajo"

3 FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos: "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", 3ra. Edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, Tomo I.

justifican la existencia de normas, tanto al momento de su producción, interpretación, aplicación o sustitución.

Siguiendo al maestro Neves Mujica⁴, las funciones de los principios del derecho del trabajo, respecto al ordenamiento laboral, serían las siguientes:

Producción de las normas	En el que se debe acudir al carácter protector del derecho del trabajo.
Interpretación de las normas	El principio apropiado es el <i>in dubio pro operario</i> .
Aplicación de las normas	Resolvemos un conflicto laboral mediante la norma más favorable.
Mantener ventajas de las normas	Para ello aplicamos el principio de la condición más beneficiosa.
Sustitución de normas	Para la cual aplicamos los métodos de integración.
En supuestos de afectación de derechos	Aplicamos la primacía de la realidad, la irrenunciabilidad de derechos, principio de igualdad, la condición más de beneficiosa.

2.2. LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO LABORAL.

La importancia de estudiar los principios en los que se funda el Derecho Laboral estriba en la función fundamental que ellos juegan en todas las disciplinas del Derecho, pero que por tratarse de una rama de relativo afianzamiento doctrinario, necesita apoyarse en principios que suplan la estructura conceptual asentada en siglos de vigencia y experiencia que tienen otras ramas jurídicas.

Los principios pueden ser enunciados tanto en la legislación positiva como en la jurisprudencia, sin embargo poseen sustantividad propia en razón de su intrínseca generalidad. Todos ellos obedecen a la inspiración de la *justicia social de la que se nutría desde sus inicios la legislación del trabajo, de ahí que la idea central respecto a su aplicación práctica y vigencia sea en favor del trabajador.*

4 Neves Mujica, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Tercera Edición. Lima, agosto 2016, p. 129.

2.3 CLASES DE PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL.

2.3.1. EL PRINCIPIO PROTECTOR.

Capítulo 1 El principio básicamente habla sobre la desigualdad que existe entre el trabajador y el empleador. Se trata de equilibrarlo con el papel que asume el Estado, a fin de cautelar a la parte más débil de la relación laboral, el trabajador a través del principio protector.

Para el jurista, Pasco Cosmópolis⁵ señala que el principio protector, al que Plá Rodríguez denomina «desigualdad compensatoria»; Nicollielo, «correctivo de la desigualdad social», Truena Urbina, «principio de disparidad social» y Sarthou, «corrector de desigualdades o de equiparación»; es definido por Pinho Pedreira da Silva como «aquel en virtud del cual el Derecho del Trabajo, reconociendo la desigualdad de hecho entre los sujetos de la relación jurídica de trabajo, promueve la atenuación de la inferioridad económica, jerárquica e intelectual de los trabajadores».

Se refiere al criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que este, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad; responde al objetivo de **establecer un amparo preferente a una de las partes: él trabaja** El artículo 26 inciso 3) de la Constitución Política del Perú⁶, regula el principio protector: Artículo 26.- En la relación laboral, se respetan los siguientes principios.

2.3.2. INDUBIO PRO OPERARIO:

Todas las normas jurídicas aplicables a las relaciones de trabajo, en caso de duda en cuanto a su sentido y alcance, deben ser interpretadas en la forma que resulte más beneficiosa para el trabajador. Es decir, de entre dos o más sentidos de una norma, ha de acogerse aquel que en cada caso resulte más favorable a los intereses de los trabajadores.

5 Pasco Cosmópolis, Mario. "El Principio Protector en el Proceso Laboral". En Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez. Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Editora Jurídica Grijley, p. 520.

6 Artículo 26 inciso 3) de la CCP

Para el jurista, *Ávalos Jara*⁷ señala que se trata del primer supuesto, en virtud del cual, el Juez Laboral deberá preferir la interpretación que le sea más favorable al trabajador, favorabilidad que debe buscar un beneficio en el tiempo y no uno mediato o inmediato, evidentemente ello a la luz de cada caso en concreto. Si nos encontramos en el segundo supuesto, el juez deberá preferir la interpretación que le resulte menos perjudicial al trabajador. Finalmente, y en lo que constituye el caso más común, si existen varios sentidos de una misma norma, al menos una en favor del trabajador y otra en favor del empleador, el juez laboral necesariamente deberá decidirse por la que le beneficia al primero.

Es el criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre los varios sentidos posibles de una norma, el que sea más favorable al trabajador. Cabe resaltar que solo se debe recurrir a este principio en caso de DUDA, para determinar el sentido correcto cuando una norma o situación engendra en sí misma varios sentidos. No es posible utilizar el principio para corregir ni para integrar una norma.

De este modo, cuando no exista norma, no es posible recurrir a él para sustituir la voluntad del legislador, ni tampoco para apartarse del significado claro de la norma.

Para el jurista De la Cueva⁸ señala que «se ha hablado del principio, que en caso de duda debe resolverse la controversia a favor del trabajador, puesto que el derecho del trabajo es eminentemente proteccionista, el principio es exacto, pero siempre y cuando exista una verdadera duda acerca del valor de una cláusula de un contrato individual o colectivo o de la ley, pero no debe ser aplicado por las autoridades judiciales para crear nuevas instituciones».

Neves Mujica⁹, por su parte, señala que **«de un lado, no podrá forzarse la interpretación, sino que esta buscará aclarar la oscuridad real de una norma en un sentido favorable al trabajador»**. El principio in dubio pro operario será aplicable cuando exista un problema de asignación de

7 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978

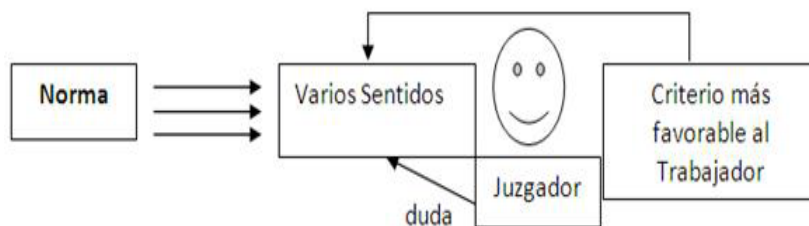
8 De la Cueva, Mario, citado por Plá Rodríguez, en Derecho Laboral, materiales de enseñanza. PUCP, Lima, 1998. p. 149.

9 Toyama Miyagusuku. Jorge. Ob. cit., en Legis.pe

significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación, más no de integración normativa. La noción de “norma” abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc.¹⁰

El Tribunal Constitucional considera que la aplicación del referido principio está sujeta a las cuatro consideraciones siguientes:

- *Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos.*
- *Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional.*
- *Obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador.*
- *Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador¹¹.*



2.3.2.1. REGLA DE LA NORMA MÁS FAVORABLE

Por su parte, la regla de la norma más favorable implica un cambio en la manera tradicional de entender el principio de la jerarquía normativa. En efecto, el vértice de la pirámide de la jerarquía de las normas laborales

10 Herrera Vásquez, Ricardo. “El in dubio pro operario en la sentencia de la Ley Marco del Empleo Público”. En Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro Homenaje a Javier Neves Mújica. Editora y Librería Jurídica Grijley. Lima, 2009, p. 195.

11 PLA RODRÍGUEZ, Américo, Los principios del Derecho del trabajo, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1998.

será ocupado por la norma más favorable al trabajador de entre todas las diferentes normas en vigor.

Esta regla soluciona uno de los problemas básicos en la aplicación de las normas del Derecho del Trabajo, en cuanto a la determinación de la norma aplicable de entre las varias, posibles y simultáneamente vigentes.

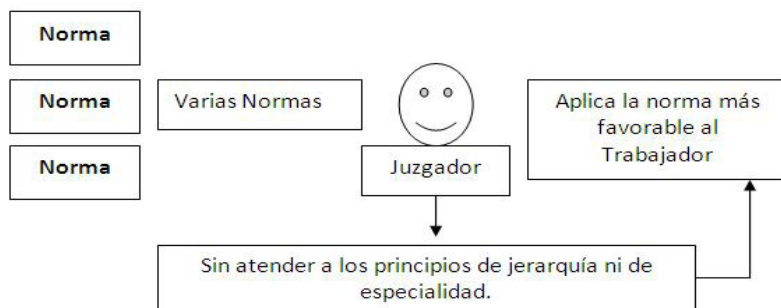
De acuerdo con este principio ante la concurrencia de normas actualmente vigentes sobre una misma materia, el juez debe aplicar la que resulte más favorable al trabajador, sin atender a los principios de jerarquía ni de especialidad.

En materia laboral el principio de jerarquía normativa no excluye que ciertas normas laborales, pese a su mayor rango jerárquico, admitan la aplicación preferente de las de rango inferior, cuando estas últimas resulten más favorables para los trabajadores.

Así, por ejemplo:

Frente a la coexistencia de una norma legal que señala que el descanso anual es de 15 días hábiles y un contrato colectivo que lo fija en 20, se aplicará este último, no obstante ser de una jerarquía normativa inferior a la legal.

Cabe advertir que no existe una «derogación» de la norma superior por la de inferior jerarquía, pues aquella, aunque preterida o postergada, sigue integrando el ordenamiento jurídico como un precepto válido y aplicable a los trabajadores no comprendidos por la norma inferior.



2.3.2.2. REGLA DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.

Esta regla 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 regulación que se ha de aplicar. Esta regla opera, entonces, en los casos de sucesión normativa, garantizando el respeto a los niveles alcanzados con la norma más antigua o derogada. Para invocar esta regla, deben concurrir tres requisitos:

- Que se trate de condiciones laborales, en un sentido amplio (alimentación, transporte, becas de estudio, vestimenta, etc.).
- Que las condiciones laborales sean más beneficiosas para el trabajador, lo cual importa compararlas con otra regulación, nacida bajo el imperio de una norma antigua, sea legal o convencional.
- Que las condiciones laborales hayan sido efectivamente reconocidas al trabajador, a nivel individual.

El Tribunal Constitucional ha precisado el principio *in dubio pro operario*, en el **Exp. N° 008-2005-AI/TC**:¹²

Hace referencia a la traslación de la vieja regla del derecho romano *in dubio pro reo*. Nuestra Constitución exige la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, vale decir que se acredite que a pesar de los aportes de las fuentes de interpretación, la norma deviene indubitadamente en un contenido incierto e indeterminado.

La noción de duda insalvable debe ser entendida como aquella que no puede ser resuelta por medio de la técnica hermenéutica.

Para Pasco Cosmópolis precisa que la aplicación de este principio debe ajustarse a los siguientes dos requisitos:

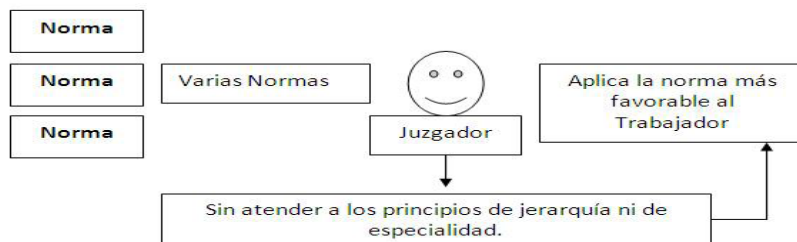
- Existencia de una duda insalvable o inexpugnable.
- Respeto a la *ratio juris de la norma objeto de interpretación (para tal efecto, el aplicador del derecho deberá asignarle un sentido concordante y compatible con la razón de ésta)*.

12 <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>

El Tribunal Constitucional considera que la aplicación del referido principio está sujeta a las cuatro consideraciones siguientes:

- Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos.
- Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional.
- Obligación de adoptar como sentido normativo a aquel que ofrece mayores beneficios al trabajador.
- Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de este, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador.

Finalmente, la aplicación práctica del principio debe ocupar un lugar preeminente cuando la ley material contiene vacíos o está en oposición con los convenios colectivos de trabajo, usos, costumbres y liberalidades establecidas en el propio centro de trabajo; ya que en estos casos es incuestionable que el ente juzgador, para salvar la situación creada, sin escapatorias, deba aplicar lo que más favorezca al trabajador porque así lo determina el art. 26º, inciso 3 de la vigente Constitución.¹³



2.3.3. PRINCIPIO DE CONTINUIDAD.

Este principio, reconocido a favor del trabajador persigue que las relaciones laborales sean estables. Esto porque se ha concebido al contrato de trabajo como una relación jurídica indefinida, estable y de jornada

13 Gómez <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>. Nueva Ley Procesal del Trabajo. Ley N° 29497. Análisis Secuencial y Doctrinario. Editorial San Marcos, primera edición. Lima, 2010, p. 83

completa, de tal manera que asegure la continuidad de la permanencia del trabajador en la empresa, protegiéndola de rupturas e interrupciones y limitando las facultades del empleador de ponerle término.

El jurista, Ávalos Jara, para describir este principio recurre a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República¹⁴ indicando que dicha instancia ha manifestado que, el principio de continuidad es aquella regla «en virtud de la cual el contrato de trabajo se considera como uno de duración indefinida resistente a las circunstancias que en ese proceso pueda alterar tal carácter por lo cual este principio se encuentra íntimamente vinculado a la vitalidad y resistencia de la relación laboral a pesar que determinadas circunstancias puedan aparecer como razón o motivo de su terminación como en el caso de los despidos violatorios de los derechos constitucionales, cuya sanción al importar la reconstitución jurídica de la relación de trabajo como si ésta nunca hubiese interrumpido, determinada no solo por el derecho del trabajador al ser reincorporado al empleo, sino también a que se le reconozcan todos aquellos derechos con contenido económico, cuyo goce le hubiese correspondido durante el periodo que duró su cese de facto pues de no acarrear ninguna consecuencia constituiría una autorización tácita para que los empleadores destituyan indebidamente a sus trabajadores quienes no solo se verían perjudicados por la pérdida inmediata de sus remuneraciones y beneficios sociales, sino que también se afectaría su futura pensión de jubilación».

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha manifestado que: «En el régimen laboral peruano el principio de continuidad opera como un límite a la contratación laboral por tiempo determinado. Por ello este Tribunal, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 1874-2002-AA/TC, precisó que hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando las labores que se van a prestar (objeto del contrato) son de naturaleza temporal o accidental»¹⁵.

De lo expuesto, se debe tener en cuenta que la legislación vigente se encuentra regido, por principios, uno de los cuales, como guía rectora,

14 ODETTI, Humberto A. Los Principios del Derecho del Trabajo. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/139/11.pdf>.

15 RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, Director – Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2da. Ed. Actualizada, Ed. Astrea, 2006.

es el llamado principio de preferencia de la contratación indefinida, que se encuentra plasmado en el artículo 4 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, al señalar que en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, principio que en la actualidad se encuentra reforzado por la regla probatoria prevista en la Nueva Ley Procesal de Trabajo N° 29497 cuyo artículo 23.2 establece que acreditada la prestación personal de servicios se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.

2.3.4. PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD.

Puede definirse este principio señalando que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. De esta forma han surgido las nociones de «contrato-realidad» y «efectiva relación de trabajo», entendiéndose que la aplicación del Derecho del Trabajo depende cada vez más de una relación jurídica objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento.

El trabajador se encuentra en una situación de vulnerabilidad que le impide discutir de igual a igual con su empleador las cláusulas de sus convenciones, ni los términos en que éstas quedan instrumentalmente consignadas. Los documentos suscritos entre trabajador y empleador pueden reflejar la verdad, pero también pueden ocultarla para eludir el cumplimiento de obligaciones legales u obtener un provecho ilícito. Por otro lado, el contrato de trabajo es de trazo sucesivo, por lo que sus obligaciones se van cumpliendo día tras día. Al prolongarse en el tiempo la relación de trabajo, la forma en que son ejecutadas tales obligaciones puede variar en relación con lo originalmente previsto por las partes.

El Tribunal Constitucional Peruano, ha dejado en claro que: «El principio de primacía de la realidad es un principio implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, a mérito del cual, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe

darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos».¹⁶

2.3.5. PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD.

Plantea la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho del Trabajo. Los trabajadores no pueden renunciar a los derechos que tengan reconocidos en las normas legales y en los convenios colectivos; por ejemplo, no pueden renunciar a las vacaciones retribuidas, al salario, ni a los periodos de descanso.

El fundamento del principio se halla en el carácter de orden público que inviste el Derecho del Trabajo. La justa ordenación de las relaciones de trabajo es imprescindible para garantizar la paz social y el bienestar de la comunidad. Esta justa ordenación sería inoperante si se permitiese a los trabajadores la «renuncia» de sus derechos, pues en la práctica todo empleador impondría en el contrato de trabajo una cláusula en que el trabajador abdica de sus prerrogativas, volviéndose con ello al estadio anterior al Derecho Laboral.

Cabe señalar, que el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales constituye un elemento central que el ordenamiento laboral confiere al trabajador con el fin de restarle eficacia a la privación voluntaria por el trabajador de sus derechos laborales reconocidos a nivel legal o convencional, principio constitucional que se encuentra recogido en el inciso 2) del artículo 26° de la Constitución Política de 1993, y reproducida por la Ley Procesal del Trabajo en el artículo III del Título Preliminar.

El Principio de Irrenunciabilidad, tiene su fundamento en el Principio de Indisponibilidad, según este fundamento, el trabajador no podrá disponer de sus derechos laborales frente al empleador, porque el objetivo del derecho laboral es garantizar que se respeten los derechos reconocidos por normas imperativas y que las mismas no sean de libre disposición del trabajador.

Sobre el particular, el supremo intérprete de nuestra Constitución ha indicado que «el principio de irrenunciabilidad de derechos prohíbe los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, que

16 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3710-2005-PA/TC, Fundamento N° 4.

está sujeto al ámbito de las normas taxativas que son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral. En este sentido, este principio «tiene por objetivo proscribir que el trabajador renuncie a sus derechos laborales reconocidos por la Constitución y leyes vigentes en su propio perjuicio, en aras de resguardar sus intereses en la relación laboral, dado que al trabajador se le considera la «parte débil» de la relación laboral»¹⁷.

2.3.5.1. ALCANCES Y PARTICULARIDADES DEL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD.

Es necesario saber cuáles son las normas que se constituyen en irrenunciables para el trabajador. Cuando la norma indica de manera expresa su carácter de orden público o inderogable, no hay mayor dificultad; sin embargo, otras veces tendremos que analizar la finalidad perseguida por la norma. Es así que por ejemplo una ley que establezca una jornada máxima o un salario mínimo tiene un contenido inderogable derivado de la propia función que cumple. Al respecto el profesor Neves,¹⁸ señala que desde la perspectiva del carácter del grado de imperatividad o disponibilidad de las normas estatales frente a la autonomía privada, existen tres tipos de normas:

- Las de derecho dispositivo, que permiten la presencia de la autonomía privada en la regulación de una materia y su libre juego en cualquier dirección (de mejora o de disminución).
- Las de derecho necesario relativo que fijan un piso a la autonomía privada, debajo de las cuales la intervención de ésta queda prohibida.
- Las normas de máximos de derechos necesarios que establecen techos que la autonomía privada no puede sobrepasar y las de derecho absoluto que excluyen por completo la presencia de la autonomía privada.

La mayoría de las normas laborales son normas de derecho necesario relativo, porque permite a las partes pactar mejoras, tal es el caso

17 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0008-2008-PI/TC, Fundamento N° 97.

18 Citado por UGARTE GONZALES, Jenny. ¿Puede el trabajador renunciar a sus derechos reconocidos por normas legales? En: Actualidad Empresarial, N° 221 – Segunda Quincena de Diciembre 2010.

de los Decretos Supremos que establecen la RMV. Estas normas, permiten pactar una remuneración mensual mayor al tope establecido, pero nos prohíbe pactar una remuneración menor a ese monto en el caso que el trabajador labore la jornada de 8 horas diarias o 48 semanales.

2.3.6. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Se entiende por razonabilidad al conjunto de creencias, opiniones y conocimiento compartido que permiten el entendimiento entre personas. En ese sentido se comparte que la razonabilidad tiene una vinculación fuerte con lo socialmente esperable y lo que estamos dispuestos a aceptar como una buena justificación.

Para el jurista, Américo Plá, sostiene que la razonabilidad consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón. Se trata de una especie de límite o de freno formal y elástico al mismo tiempo, aplicable en aquellas áreas del comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en otro y, sobre todo, donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles.

Para la jurista, Silvia Bejarano¹⁹ anota que en el campo del Derecho Laboral la aplicación de este principio actúa para:

Medir la verosimilitud de determinada explicación o solución. En la inmensidad de situaciones en que una persona se coloca al servicio de otra mediante el pago de una retribución existe una infinidad de situaciones equívocas, confusas: son las famosas zonas grises del Derecho Laboral y se refieren a aquellas en las que se requieren un estudio para poder determinar si se trata o no de una relación de trabajo. No en pocas ocasiones se trata de disimular al amparo de formas legales las verdaderas relaciones laborales; el criterio de razonabilidad puede servir como criterio distintivo en situaciones límites o confusas en las cuales deba distinguirse la realidad de la simulación.

19 EJARANO, Silvia. Principios del Derecho Laboral. Módulo Derecho Laboral / Lecturas de Apoyo ILANUD - OIT. Costa Rica, 2001, Pág. 127-131

2.3.7. PRINCIPIO DE INMEDIATEZ

El principio de inmediatez, como contenido del derecho al debido proceso, constituye un límite a la facultad sancionadora o poder disciplinario del empleador y se sustenta en el principio de seguridad jurídica. En virtud de este principio debe haber siempre un plazo inmediato y razonable entre el momento en que el empleador conoce o comprueba la existencia de la falta cometida por algún trabajador y el momento en que se inicia el procedimiento y se le impone la sanción de despido

En caso de que no medie un plazo inmediato y razonable entre el momento del conocimiento de la comisión de la falta grave y el inicio del procedimiento de despido y la imposición de la sanción, es decir, cuando exista un período prolongado e irrazonable, en virtud del principio de inmediatez, se entenderá que el empleador: a) ha condonado u olvidado la falta grave, y b) ha tomado la decisión tácita de mantener vigente la relación laboral²⁰.

Es importante señalar que el principio de inmediatez, esta contemplado en el Art. 31° de la LPCL, y en la Recomendación N° 166 de la Organización Internacional del Trabajo sobre «la terminación de la relación laboral». Así, en el numeral 10 de este instrumento se señala que «se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de este si no hubiera adoptado esta medida dentro de un periodo razonable desde que tuvo conocimiento de la falta».

Al amparo de esta norma internacional se ha afirmado que «el principio de inmediatez se constituye como el límite temporal a la facultad del empleador para sancionar al trabajador por la comisión de una falta; se trata de la demarcación de dos periodos: uno, el más cercano a la falta, en el cual el empleador se encuentra habilitado para sancionar a su trabajador y, otro, el que le sigue al primero, en el cual el empleador pierde la potestad para sancionar al trabajador legítimamente, pues su inacción determina el olvido de los hechos imputados».

¿Cuál es el plazo razonable?, existe discordancia entre la posición del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de la República, respecto al plazo que debe tenerse en cuenta; sin embargo, consideramos que su

20 Según la sentencia recaída en el Exp. N.º 01799-2002-AA/TC.

análisis y aplicación estará condicionado a las particulares circunstancias de cada caso en concreto²¹.

El Dr. Mesia Ramírez,²² quien ha precisado que, para determinar la razonabilidad del periodo de tiempo que debe mediar entre el conocimiento de la comisión de la falta grave y el inicio del procedimiento de despido y la imposición de la sanción, debe tenerse en cuenta la estructura del procedimiento de despido disciplinario, que está compuesto de:

- a) Una etapa previa, que se inicia cuando el empleador toma conocimiento de la comisión de la falta grave cometida. Para determinar la razonabilidad de esta etapa, en cada caso concreto, tiene que valorarse la forma en que el empleador tomó conocimiento de la falta grave, pues en función de ello el empleador determinará si se debe, o no, realizar un procedimiento interno de investigación antes de enviar la carta de imputación de faltas.
- b) Una etapa procedimental, que se inicia cuando el empleador le envía al trabajador la carta de imputación de faltas graves para que presente su descargo. Para determinar la razonabilidad del plazo de esta etapa, debe valorarse si el trabajador tuvo una conducta diligente al momento de presentar su carta de descargo, o si, por el contrario, tuvo comportamientos obstruccionistas o dilatorios, como por ejemplo, presentar solicitudes de prórrogas sucesivas para presentar la carta de descargo.
- c) Una etapa de decisión, que se inicia luego de que el trabajador presentó su carta de descargo o de que venció el plazo para presentarla sin que lo hubiese hecho. Una vez contestada la carta de imputación o sin ella, el empleador, dentro de un periodo inmediato, debe decidir si los argumentos de la carta de descargo desvirtúan, o no, lo dicho por la carta de imputación de faltas graves.

21 Ver sentencias: Exp. N° 03893-2004-AA/TC y N° 034-2004-AA/TC y Casación N° 677-2006 La Libertad, la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema.

22 STC. EXP. N.° 00543-2007-PA/TC Voto fundamentado.

2.3.8. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN.

Dicho Principio se encuentra reconocido en el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución, según el cual:

«Toda persona tiene derecho a: (...) 2. 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.»

En diversas oportunidades el Tribunal Constitucional ha hecho referencia al contenido constitucionalmente protegido de la igualdad jurídica, precisando que la igualdad:

«Detenta una doble condición, de principio y de derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras («motivo» «de cualquier otra índole») que, jurídicamente, resulten relevantes».

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha recordado, en la STC N.º 0035-2010-PI/TC,²³ fundamento vigésimo octavo, que: «...este derecho no garantiza que todos seamos tratados igual siempre y en todos los casos. Puesto que la igualdad presupone el trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es, hemos afirmado que su programa normativo admite la realización de tratos diferenciados. Esto último no puede confundirse con el trato discriminatorio. La cuestión de cuál sea la línea de frontera entre una diferenciación constitucionalmente admisible y una discriminación inválida fue expuesta en la STC 0045-2004-PI/TC.²⁴

23 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00035-2010-AI.html>.

24

www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf.

Allí dejamos entrever que el trato diferenciado dejaba de constituir una distinción constitucionalmente permitida cuando ésta carecía de justificación en los términos que demanda el principio de proporcionalidad [F.J. 31 in fine]. Desde esta perspectiva, pues, el trato diferenciado deviene en trato discriminatorio y es, por tanto, incompatible con el contenido constitucionalmente protegido del derecho de igualdad, siempre que éste no satisfaga las exigencias derivadas de cada uno de los subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad.» (sic.).

Siguiendo a Ávalos Jara, resulta oportuno mencionar que en una importante sentencia ²⁵el Tribunal Constitucional ha manifestado que existen una serie de supuestos en donde se puede presentar la discriminación en el ámbito laboral, que son:

- a) Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo.
- b) Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.).

Con respecto al primer supuesto, precisa que no se trata en estricto de un acto discriminatorio en materia laboral, pues la relación de trabajo aún no se ha iniciado ni consolidado. En este caso, lo que se protege es la igualdad de oportunidades para acceder al empleo, es decir, que no se establezcan reglas absurdas, restricciones e impedimentos arbitrarios, con el objeto de que frente a dos iguales se pretenda favorecer a uno(s) y perjudicar a otro(s). Evidentemente, ello no quiere decir que un empresario no puede establecer ciertas condiciones o requisitos para acceder a un empleo determinado, pues ello sí será posible en la medida que éstas sean impuestas de manera objetiva y razonable.

2.3.9. PRINCIPIO DE LIBERTAD SINDICAL.

Este es un principio referido a la génesis, aplicación e interpretación del Derecho Colectivo del Trabajo. El profesor uruguayo Américo Plá, define este principio indicando que es el conjunto de derechos que tienen los trabajadores y sus organizaciones para organizarse sindicalmente y para desarrollar actividades sindicales, entre ellas, la negociación colectiva y la huelga.

25 Se trata de la sentencia recaída en el Expediente N° 04922-2007-PA/TC.

La libertad sindical como anota Villavicencio Ríos, es uno de los principales ejes del segundo gran paquete de derechos fundamentales que alcanzan consagración constitucional (razón por la cual se los ha denominado derechos fundamentales de segunda generación). Tras el reconocimiento al máximo nivel jurídico de los derechos y libertades civiles y políticos con que se inauguró el capitalismo liberal, los derechos económicos y sociales alcanzaron una alta consideración a partir de 1917 en América (Constitución de Querétaro) y 1919 en Europa (Constitución de Weimar), cuando el liberalismo dejó paso al Estado Social de Derecho. Desde entonces es uno de los pilares principales del «nuevo contrato social» que empezó a extenderse en el mundo desde la primera postguerra mundial, y se generalizó a partir de la segunda postguerra mundial, a tal punto que se ha considerado por una autorizadísima voz que «la formación de los sindicatos, es decir, la organización de los trabajadores, es la contrapartida de la acumulación de capital.

La Constitución de 1993 reconoce el derecho de libertad sindical en su artículo 28; en el que también se consagran los derechos de negociación colectiva y huelga, que conforman el contenido esencial de la libertad sindical, aunque con un caudal tan importante que los ha llevado a merecer un estudio específico. En tal sentido, hemos de comenzar resaltando dos consecuencias básicas de la consagración constitucional de la libertad sindical. En primer lugar, que ella importa la máxima valoración jurídica que tiene el hecho sindical en nuestro ordenamiento jurídico, en la medida que estamos ante el reconocimiento de un bien jurídico tutelado en el nivel más alto dentro del Derecho nacional, con lo que, evidentemente, pasa a formar parte del denominado interés público. En segundo lugar, que este reconocimiento marca la adhesión constitucional al modelo pluralista de relaciones laborales, que tiene en su base una valoración no patológica sino positiva del conflicto industrial y que concede a los sindicatos y organizaciones empresariales un papel sumamente relevante en la composición y funcionalización de tal conflicto. Se trata de una visión que considera al conflicto como inevitable y legítimo y a la negociación colectiva (que tiene como presupuesto la existencia de organizaciones de intereses y como mecanismo de garantía a la huelga) como «el método principal susceptible de mantener en límites tolerables los conflictos manifiestos en el dominio de las relaciones laborales».

2.3.10. PRINCIPIO DE BUENA FE.

En su concepción objetiva, el principio de la buena fe «conlleva un modelo de conducta social que la ley exige a las personas conforme a un imperativo ético dado, dentro del marco de la relación contractual.» Dicho de otra forma, a través de este principio general se «impone un modelo o arquetipo de conducta social basado en la rectitud y honradez.

Este principio exige un determinado comportamiento a ambas partes de la relación de trabajo: empleador y trabajador. La buena fe por lo tanto no es una norma sino un principio jurídico fundamental, es algo que debemos admitir como **supuesto de todo ordenamiento jurídico**. Fluye de múltiples normas aunque no se le mencione expresamente.

Recuérdese que la relación de trabajo no se limita a unir a dos sujetos para lograr fines meramente económicos, no crea derechos y obligaciones meramente patrimoniales, sino también personales.

Se exige la **confianza recíproca**, para el debido cumplimiento de esas obligaciones, se exige que las partes actúen de buena fe. No basta el dicho de la persona pues, si ello fuera así, estaríamos dejando al arbitrio de la mera subjetividad la determinación de la buena fe sino que deberá analizarse la actuación externa de ese dicho y ver si coincide con las valoraciones vigentes de la comunidad. El principio de buena fe es una forma de vida, un estilo de conducta que deriva de las dos obligaciones fundamentales de las partes.

2.3.11. PRINCIPIO DE CAUSALIDAD.

El principio de causalidad se impone en el Derecho del trabajo como aquel que, sobre la base de una causa objetiva, legítima y legal, permite el establecimiento de una situación jurídica distinta a la que se venía dando (la movilidad geográfica funcional del trabajador, el despido, etc.) o justificar la adopción de medidas excepcionales frente a las reglas generales (la celebración de contratos temporales).

El jurista, Ávalos Jara señala que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha ocupado de este principio de forma muy superficial, y básicamente lo ha hecho para resolver aquellos casos en donde se alega la desnaturalización de contratos modales por ser fraudulentos en la medida

de que no existe una causa objetiva real. En efecto, a este respecto se ha señalado lo siguiente:

«El régimen laboral peruano se rige, entre otros, por el principio de causalidad, en virtud del cual la duración del vínculo laboral debe ser garantizado mientras subsista la fuente que le dio origen. En tal sentido, hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando el objeto del contrato sea el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter excepcional, la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos, e incluso sanciones cuando a través de estos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado. [...]. Para [estos casos], la ley establece plazos máximos de duración, así como la exigencia e que las causas objetivas determinantes de la contratación consten por escrito»²⁶

Como se ve, el desarrollo jurisprudencial efectuado por el Tribunal Constitucional es esencialmente referido a la causalidad que debe existir en los contratos sujetos a modalidad para que se pueda quebrar la regla de indefinición de los contratos de trabajo de plazo indeterminado.

Entonces, de acuerdo con los criterios expuestos por el Tribunal Constitucional, existen dos casos en los cuales se puede verificar la simulación o el fraude a las normas laborales:

- a) Cuando la causa, objeto y/o naturaleza de los servicios que se requieren contratar corresponden a actividades ordinarias y permanentes; y
- b) Cuando, para eludir el cumplimiento de las normas laborales que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, el empleador aparenta o simula las condiciones que exige la ley para la suscripción de contratos de trabajo sujetos a modalidad.

26 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1874-2002-AA/TC, Fundamento N° 3.

CAPÍTULO 3

SURGIMIENTO, EVOLUCIÓN Y CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO.

3.1. EL TRABAJO ASALARIADO EN LA HISTORIA

A. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.

Al parecer, antes de Roma, la noción de relación de trabajo para el mundo occidental estaba subsumida dentro del vínculo personal de dependencia entre el prestador del servicio y el objeto¹. Este concepto del trabajo está íntimamente relacionado al trabajo esclavo, por el cual el sujeto que realiza la actividad tenía exactamente la misma condición jurídica correspondiente a un objeto, del cual su dueño era propietario.

Dicha forma de aprovechamiento del trabajo humano era la más común en las civilizaciones de la antigüedad, constituyéndose como el principal motor de sus economías. Es en la antigua Roma donde pueden señalarse las primeras nociones del trabajo por cuenta ajena, libre y retribuido.

Los juristas romanos empezaron a crear nuevas formas contractuales siempre desde la lógica del Derecho Civil por las cuales se regulaban las nuevas formas de prestación de los servicios que empezaron a surgir en la sociedad romana.

1 SUPIOT, Alain. "Crítica del Derecho del Trabajo". Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 1996. p. 21.

De acuerdo con diversas fuentes históricas, entre los siglos VI y V a. c., la población de Roma experimentó un crecimiento que hizo insuficiente la mano de obra esclava disponible. Sanguineti ha puesto en relieve el problema social resultante: Los hombres libres de condición económica precaria romanos sin propiedades o esclavos que habían ganado su libertad—“arrendaban” sus servicios a cambio de dinero².

Este hecho fue precisamente al que los juristas romanos intentaron dar respuesta, ya que las condiciones bajo las que los hombres libres prestaban sus servicios no podían recibir el mismo tratamiento jurídico que el trabajo de los esclavos. A diferencia de éstos, aquellos tenían un vínculo jurídico libremente asumido con quienes contrataban sus servicios, pues se les consideraba ciudadanos de la República. Así surgió un tratamiento jurídico propio del trabajo prestado por los hombres libres, conceptualmente distinto del trabajo esclavo. Para aquellos casos en los que el contratante buscaba el aprovechamiento de la actividad misma del deudor operae el Derecho romano diseñó el contrato denominado *locatio conductio operarum*, por el cual el locador estaba obligado a obedecer al conductor.

Es importante notar que, bajo esta relación contractual, al acreedor de la actividad se le denominase “conductor”, y el deudor del trabajo se obligaba a poner su fuerza de trabajo bajo la disposición y obediencia del conductor. Este contrato civil era utilizado en aquellos casos en los que el interés del contratante se centraba en la propia actividad del que prestaba su trabajo, siendo característico su empleo en aquellos casos donde se requería del trabajo de personal que diera uso económico al terreno de los propietarios de las clases acomodadas romanas.

Posteriormente, se tipificó un contrato distinto, el *locatio conductio operis*, cuyo objeto era el aprovechamiento de una obra de tipo artesanal *opus*, la cual era realizada por el arrendador con completa libertad, con la única guía de sus propios conocimientos. Los ejemplos de este tipo de actividad serían aquellos trabajos que implican un resultado concreto la obra, como la del artesano que es requerido para producir muebles, la

2 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “El Derecho del Trabajo como categoría histórica”. En: <http://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/09/dt-como-categoria-historica-wsanguineti.pdf>. p. 2.

del herrero al que se le pide la producción de un número determinado de armas, etcétera.

Nótese que en este momento histórico ya nos referimos a un tipo de trabajo particular: El que es prestado por los hombres libres. Éste se encuentra caracterizado por dos aspectos centrales: (i) La ajenidad del resultado del trabajo; y (ii) la retribución por el servicio prestado. Con algunas pocas variantes, durante el Medioevo se mantuvieron las formas de trabajo ya conocidas por los romanos: (i) El trabajo esclavo; y (ii) las nuevas y excepcionales formas de trabajo libre: (i) *Locatio conductio operarum*, que pasó a denominarse arrendamiento de servicios”; y (ii) *locatio conductio operis*, que cambió su nombre al de “arrendamiento de obra”. Ambas categorías contractuales serían recogidas, mucho más tarde, en el Código Civil francés de 1804. La regulación de la contratación de trabajo asalariado no sufrió innovaciones relevantes desde la caída del Imperio Romano hasta la Baja Edad Media (alrededor del siglo XIII). Hacia el final de aquella transición, la forma de organización política predominante en los países de Europa occidental era el feudalismo, en la cual existían complejas relaciones personales entre el señor feudal y sus siervos –también denominados siervos de la gleba–, quienes eran reconocidos como sujetos de derecho, pero tenían un status que, precisamente, les obligaba a trabajar la tierra que era propiedad de su señor feudal a cambio de protección.³

El trabajo prestado bajo el régimen de servidumbre se prestaba en condiciones de sumisión absoluta: Estaban prohibidos de disponer de su actividad, y su servidumbre era adquirida hereditariamente. Por estas razones, desde una perspectiva contemporánea, hoy resulta complicado establecer diferencias sustanciales entre las condiciones bajo las que los siervos prestaban sus servicios y las que caracterizaban al trabajo esclavo.

B. EL TRABAJO ASALARIADO EN LAS PRIMERAS MANIFESTACIONES DEL CORPORATIVISMO.

A medida que el feudalismo iba desapareciendo y vieron la luz las primeras grandes ciudades, la sociedad europea sufrió transformaciones importantes: Crecieron los mercados regionales y se intensificó el intercambio comercial en un progresivo desarrollo económico que se irradiaba desde las ciudades hasta el campo. Consecuentemente, el trabajo asalariado

3 ALONSO OLEA, Manuel y María Emilia CASAS BAAMONDE. Óp. cit. p. 71.

también fue evolucionando, adaptándose al contexto cambiante. Así, la población rural europea empezó a migrar a las urbes nacies, donde su fuerza de trabajo era requerida en las unidades productivas del momento: Los talleres artesanos⁴.

El titular del emprendimiento taller era el maestro, quien se encargaba de organizar, dirigir y perfeccionar el trabajo de los asalariados, que eran denominados oficiales. Era el maestro la parte visible del taller, quien daba prestigio al emprendimiento entre los ciudadanos.

Las relaciones económicas establecidas entre el taller y los contratantes de sus productos eran gestionadas por él y, por ende, el rendimiento económico le pertenecía en forma originaria. A los oficiales les correspondía una retribución económica por el trabajo prestado para el maestro, pagándose preferentemente en metálico, dada la creciente importancia que tomaba el intercambio por éste medio en los mercados regionales. En la estructura jerárquica del taller, la prestación de los oficiales se hallaba sujeta a la dirección del maestro, por lo que su prestación puede calificarse como una forma pionera de trabajo asalariado. Por último, dentro del taller se encontraban también los aprendices, jóvenes que se formaban para ejercer una profesión y cuyo interés era participar de la fama del taller, siendo dirigidos por los oficiales en la realización de los trabajos asignados. En la lógica del taller, el aprendiz aspiraba a permanecer dentro del mismo al término de su etapa de aprendizaje. En ese caso, pasaba a formar parte del cuerpo de oficiales. Igualmente, entre los oficiales era común la aspiración de fundar su propio taller, como medio para lograr mejorar su propio estándar de vida.

Este proceso se coronaba con lo que ha venido a llamarse la obra maestra, producto del esfuerzo del que se convertía en maestro y prueba de la destreza adquirida en el desarrollo de una actividad específica. Dentro de aquel mercado de trabajo, la competencia entre los talleres antiguos y los nuevos fue aumentando, por lo que surgió la necesidad de establecer barreras a los nuevos emprendimientos.

4 Romagnoli describe a los talleres artesanos como “corporaciones de oficio [que] tienen el monopolio legal y lo gestionan, asumiendo la regulación de la relación laboral y la jurisdicción acerca de los conflictos que pueden derivar”. Además, señala que “sustentan los valores de las poblaciones artesano-campesinas: El respeto a la autoridad, la disciplina y la solidaridad de grupo”. ROMAGNOLI, Umberto. “El Derecho, el trabajo y la historia”. Madrid: Consejo Económico y Social. 1997. p. 38.

Los maestros se organizaron con el objetivo de monopolizar los mercados, prohibiendo que se realice la actividad en la que se especializaban fuera de ellos y atribuyéndose la facultad de autorizar la conformación de los nuevos talleres. De esta manera, se gestan los primeros gremios, como organizaciones que reunían a los maestros de los talleres especializados. Había gremios de carpinteros, de herreros y panaderos; en fin, de cualquier actividad que fuera necesaria dentro de la ciudad.

En este contexto es que los oficiales empiezan también a conformar sus propias organizaciones podría considerárseles como proto sindicatos, mediante las cuales buscaban establecer mejores condiciones de trabajo dentro de los talleres, mediante la negociación y eventualmente con la adopción de medidas de fuerza. La importancia de detenernos en esta época radica en que, por vez primera, la organización productiva del trabajo asalariado permite develar instituciones típicamente laborales: (i) Un trabajador; (ii) Una empresa; (iii) Un empleador; y (iv) hasta las primeras organizaciones de trabajadores y empleadores⁵. Como advierte Sanguinetti, éste es un momento en el que “se produce un incipiente florecimiento de formas libres de trabajo por cuenta ajena, asociadas al desarrollo de una embrionaria economía de mercado”⁶.

3.2. CAPITALISMO Y SURGIMIENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Luego de haber repasado la evolución del trabajo asalariado en la historia de Occidente, corresponde ver cómo es que se produce el surgimiento del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma. Esta irrupción histórica empieza a gestarse por la conjunción, en el siglo XVIII incluso antes de diversos elementos, aparecidos con la denominada doble revolución: La francesa de 1789, de naturaleza política, y la revolución industrial inglesa.

5 En efecto, actualmente existe autorizada doctrina que cuestiona que el contrato de trabajo haya evolucionado del contrato de arrendamiento de servicios, proponiendo, en cambio, que el origen del Derecho del Trabajo se remonta a épocas más recientes. A decir de Ojeda, “el contrato de trabajo es ante todo y sobre todo un contrato industrial, en el sentido de nacido en las fábricas urbanas del siglo XIX y principios del siglo XX”. OJEDA AVILÉS, Antonio. “La genealogía del contrato de trabajo”. Lima: Palestra del Tribunal Constitucional. Volumen XXIX. Mayo. p. 88.

6 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “El Derecho del Trabajo como categoría histórica”. *Op. cit.* p. 3.

Siempre en el contexto europeo, la transición hacia el capitalismo industrial, fue un proceso que tuvo diversas velocidades en cada nación. Sin embargo, Romagnoli nos presenta los rasgos comunes de su aparición: “[...] en todas partes, dicha historia [la del capitalismo industrial] cobra inicio cuando el mercader deja de ser un ‘artesano que se dedica al oficio del transporte’ de productos que coloca en el mercado y empieza a insinuarse la autogestión de los productores. En segundo lugar, cuando el Derecho de las corporaciones artesanas sucumbe al imperialismo del Derecho de las corporaciones mercantiles que, después de adquirir sólidamente el dominio de las relaciones comerciales, desemboca en el campo de las relaciones de producción.

En tercer lugar, (...) la separación del productor de la propiedad de las materias primas y de los medios de producción”⁷. Las sociedades conocieron nuevos sistemas de producción, en los que el desarrollo de innovaciones técnicas alimentó el crecimiento de la productividad y, a su vez, redujeron los costos de producción. Al mismo tiempo, la explotación del trabajo asalariado se produce dentro de grandes unidades productivas que son controladas por los dueños del capital⁸.

Con la progresiva industrialización de la producción, el nuevo sistema la organización del trabajo se divide y jerarquiza, perdiendo el trabajador el control del proceso productivo que mantenía desde el taller artesanal. A cambio, el trabajador se especializa para convertirse en un elemento funcional dentro de una realidad productiva, que se caracteriza por ser masiva y encadenada. Para comprender el marco histórico que propició la irrupción del Derecho del Trabajo, debe tenerse en cuenta que la ideología imperante en aquel entonces el liberalismo de los siglos XVIII y XIX postulaba que sólo las leyes naturales del mercado debían regular las

7 ROMAGNOLI, Umberto. Óp. cit. pp. 42-43.

8 De acuerdo con Ashton, hubo varias razones que indujeron a los empresarios a reunir a los trabajadores en un solo lugar. Entre ellas, por ejemplo, las hubo tecnológicas (mayores dificultades organizacionales para producir en pequeña escala, o la utilización de fuerza motriz producida por varios trabajadores) y económicas (como fue la mayor facilidad para vigilar que no se produzca sustracción de la materia prima). Así, el autor concluye que “no hubo ningún deseo por parte de los obreros para congregarse en grandes esparcimientos”. ASHTON, Thomas. “La revolución industrial. 1760-1830”. Ciudad de México: Fondo de Cultura Editorial. 2006. p. 130.

relaciones entre los individuos, debiendo el Estado abstenerse de regular las relaciones económicas.

El capitalismo salvaje resultante propició un orden económico y social injusto que significó, en el campo laboral, el predominio absoluto de la posición empresarial frente a la clase trabajadora. Las condiciones de trabajo y de vida que este régimen supuso tiene ejemplos sobradamente conocidos: (i) Bajos salarios; (ii) largas y agotadoras jornadas de trabajo; (iii) precarias condiciones de seguridad e higiene; y (iv) alta mortandad de la mano de obra, en particular de los niños y mujeres⁹.

Todo ello propició la reacción organizada de los trabajadores, planteando reclamaciones colectivas en busca de una mejora de su calidad de vida¹¹. También supuso la intervención del Estado para limitar la autonomía de la voluntad empresarial en favor del restablecimiento de un equilibrio que permitiera una negociación más pareja entre las partes. Esta intervención estatal permitió la canalización del conflicto que podía poner en peligro el orden social establecido y, al mismo tiempo, controlar el fortalecimiento del movimiento obrero en pleno auge.

Se muestra así la doble función, tuitiva y pacificadora, que se le atribuye al Derecho del Trabajo¹². Algunos especialistas han especulado si acaso la atención creciente del Estado a la cuestión social¹³ del siglo XIX devela que la verdadera función del Derecho del Trabajo no era otra que la preservación del propio sistema capitalista de producción, al asegurar la supervivencia de su motor: La mano de obra. De una u otra manera, la legislación protectora, y sobre todo la acción de las primeras organizaciones

9 Como señala Ojeda, “[e]l obrero era tratado como un objeto y apenas tenía capacidad de reacción a causa del llamado ejército de reserva de mujeres y niños, utilizados extensivamente y a precios mínimos [...]”. Al respecto, es gráfica la cita que hace el autor del Informe Villermé sobre la situación de los obreros textiles en la región de Ruan en 1840. Señala este informe que: “No es raro ver a niños de seis años [...] e incluso a niños de cuatro a cinco años empleados como separadores de trama o como portadores de bobinas. Permanecen de dieciséis a diecisiete horas cada día, de las cuales trece al menos en una habitación cerrada, sin casi cambiar de lugar ni postura. No es un trabajo, una tarea, es una tortura; y se inflinge a niños de seis a ocho años. Mal alimentados, mal vestidos, obligados a recorrer a las cinco de la mañana la larga distancia que los separa de sus talleres [...]. El salario era ínfimo. Los hombres ganaban de dos a tres francos (oro) por día, las mujeres de 0,75 a 1,50 por día, los niños de cuatro a cinco sous”. OJEDA AVILÉS, Antonio. Óp. cit. pp. 89-90.

sindicales, fueron logrando que se fijen reglas básicas que limitaron el abuso de los empleadores.

El fortalecimiento y posterior consolidación del Derecho del Trabajo como disciplina autónoma, independiente del Derecho Civil que hasta entonces reguló el trabajo asalariado¹⁴, propició la ruptura –aunque no definitiva– con los principios jurídicos tradicionales y la aparición de principios propios, que respondiesen a la lógica de esta nueva rama jurídica¹⁵. Es ya un lugar común señalar que el Derecho del Trabajo parte de la constatación fáctica de una relación desigual o asimétrica entre trabajador y empresario, por lo que busca, por diversos medios, restablecer el equilibrio o, por lo menos, atenuar la desigualdad existente.

Se presenta, entonces, como indispensable el apoyo o protección a una de las partes de la relación: A la objetivamente más débil. Por esa razón, y dada la implicancia personal del trabajo prestado por cuenta ajena, se sostiene que estamos ante un ordenamiento eminentemente tuitivo, que busca proteger o defender determinados derechos o intereses del trabajador, los cuales podrán ir evolucionando o ser diferentes dependiendo de los valores predominantes en cada período histórico¹⁶

3.3. EVOLUCIÓN (ETAPAS) DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Desde su desprendimiento del Derecho Civil, el proceso evolutivo que ha conocido el Derecho del Trabajo se produjo entre los siglos XIX y XX. La doctrina clásica ha distinguido en este proceso tres etapas claramente diferenciadas, de acuerdo con la perspectiva con la que el Estado ha afrontado la cuestión social: (i) La primera llamada “de la prohibición”; (ii) luego una “de tolerancia”; y, finalmente, (iii) una de “reconocimiento”¹⁰.

A continuación, reseñamos las características que se les atribuyen. A. La prohibición Esta etapa tiene como actores destacados a los primeros sindicatos como organizaciones de trabajadores constituidos en defensa de los intereses de los trabajadores y al Estado liberal, el cual empezaba a consolidar su propia legitimidad sobre la base de la soberanía o monopolización del poder. Si alguna función había sido asignada al Estado por la ideología liberal abstencionista fue, precisamente, la de mantener el orden

10 Algunos autores sostienen que a esta lista habría que añadir una cuarta etapa, contemporánea, que puede denominarse “de promoción” de los derechos laborales y de los sindicatos.

público para evitar cualquier interferencia en el desenvolvimiento de las fuerzas del mercado. En ese proceder aparentemente esquizofrénico, el Estado abstencionista pasó por encima de su propia ideología al reprimir severamente a las organizaciones colectivas de trabajadores.

Era común encontrar tipificado en los diversos Códigos Penales a la sindicalización como una forma de atentado contra el orden público¹¹. Con toda propiedad, el mexicano Mario De la Cueva ha denominado a este momento de la historia como “la etapa heroica del Derecho del Trabajo”, pues muy a pesar de la actitud represiva del Estado frente a los sindicatos, éstos persistieron en su pugna por alcanzar condiciones humanas en el trabajo. B. La tolerancia En algún momento, sea porque la presión social ejercida por los sindicatos era ya demasiado evidente, o por el arraigo democrático de algunos Estados, la represión sindical cesó y se suprimieron las sanciones que pesaban sobre los sindicatos. Sin embargo, esto aún distaba de la aceptación de las manifestaciones sindicales. En esta etapa, la actitud permisiva de los Estados respecto de la cuestión laboral encontró en paralelo una creciente preocupación por la recopilación de información estadística, mediante métodos de encuesta y/o registros administrativos, la cual devino en formas de intervención cada vez más intensas, como la llamada intervención científica en las relaciones laborales, la cual se plasmó en la elaboración de informes producidos por connotados sociólogos que daban cuenta de la problemática laboral, todo lo cual fue el sustrato para la formulación de posteriores propuestas normativas para la regulación del trabajo.¹² C. El reconocimiento²⁰ Llegado el momento, el Estado empezó

11 Así, el artículo 925 del Código Penal mexicano de 1871 disponía que “se impondrán de ocho días a tres meses de arresto y multa de veinticinco a quinientos pesos, o una sola de estas dos penas, a los que formen un tumulto o motín, o empleen de cualquiera otro modo la violencia física o moral con el objeto de hacer que suban o bajen los salarios o jornales de los operarios”. DE BUEN, Néstor. “Derecho del Trabajo”. Tomo I. Ciudad de México: Editorial Porrúa. 2008. pp. 307-308. Una técnica distinta para proscribir a la huelga fue utilizada por el legislador peruano con el decreto ley 7166, de 20 de mayo de 1931, cuando estableció la suspensión automática de las garantías constitucionales a consecuencia de la declaración de una huelga, y su automática restitución al término de ésta. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “La huelga en el Perú. Historia y Derecho”. Lima: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad. 1980. pp. 69-70.

12 Así, el artículo 925 del Código Penal mexicano de 1871 disponía que “se impondrán de ocho días a tres meses de arresto y multa de veinticinco a quinientos pesos, o una sola de estas dos penas, a los que formen un tumulto o motín, o empleen de cualquiera otro modo la violencia física o moral con el objeto de hacer que suban

a intervenir decididamente en las relaciones laborales, reconociendo un conjunto de derechos laborales. Los primeros derechos laborales en reconocerse fueron precisamente: (i) Los relacionados a la jornada mínima; (ii) el goce del salario; y (iii) la prevención y reacción frente a accidentes de trabajo. En cuanto a las relaciones colectivas de trabajo, el Estado empezó a establecer condiciones básicas para el desarrollo de las actividades sindicales. De esta etapa puede decirse que enfocaba al conflicto de intereses entre empleadores y trabajadores ya no como una patología, sino como un hecho consustancial a las relaciones laborales. En ese sentido, la intervención estatal en las relaciones laborales se consolidó a través de la creación de la Autoridad Administrativa del Trabajo, órgano del aparato estatal que se especializaba en la administración de las contingencias en torno al trabajo, como los conflictos entre trabajadores y empleadores. Es necesario anotar que no en todos los contextos nacionales la evolución del Derecho del Trabajo siguió las tres etapas arriba descritas. Antes bien, la historia de cada país ha sido distinta y las vicisitudes presentadas en cada realidad implicaron muchas veces retrocesos en dicha evolución. Pueden citarse los casos de Alemania, donde en pleno siglo XX, el régimen nazi suprimió los sindicatos alemanes. Otro caso notable es el de México, donde el reconocimiento de data antigua del que gozan los sindicatos se contradice con una legislación que se ha mostrado tradicionalmente represora de las actividades sindicales en ese país.

3.4. CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO: CONSTITUCIONALIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN.

3.4.1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES.

En la tradición jurídica liberal, la Constitución era considerada principalmente una norma orgánica del Estado, en la que se regulaban también las relaciones entre el poder público y los individuos. De hecho,

o bajen los salarios o jornales de los operarios". DE BUEN, Néstor. "Derecho del Trabajo". Tomo I. Ciudad de México: Editorial Porrúa. 2008. pp. 307-308. Una técnica distinta para proscribir a la huelga fue utilizada por el legislador peruano con el decreto ley 7166, de 20 de mayo de 1931, cuando estableció la suspensión automática de las garantías constitucionales a consecuencia de la declaración de una huelga, y su automática restitución al término de ésta. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. "La huelga en el Perú. Historia y Derecho". Lima: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad. 1980. pp. 69-70.

se solía considerar al Código Civil como el principal cuerpo normativo del Estado (razón justificante de la existencia de sus títulos preliminares como criterios hermenéuticos), ya que se encargaba de regular las relaciones jurídico-económicas entre individuos. La Constitución de Querétaro (México) de 1917 y la Constitución de Weimar (Alemania) de 1919 son las dos Constituciones pioneras que, por vez primera, contemplaron en su articulado a los derechos sociales (y entre ellos los laborales)¹³.

Ambos textos constitucionales son los hitos originales que marcaron el inicio de esta tendencia que se desarrolló en el siglo XX y se expandió rápidamente en Europa y, seguidamente, en los países de Latinoamérica¹⁴. La centralidad de los derechos laborales en este proceso es notoria y, por esta razón, “los derechos laborales ocupan un lugar principal en el catálogo de los nuevos derechos sociales, pudiendo hablarse, por ello, de una constitucionalización del Derecho del Trabajo’ e, incluso, de un ‘Derecho Constitucional del Trabajo”¹⁵.

-
- 13 Así, el artículo 925 del Código Penal mexicano de 1871 disponía que “se impondrán de ocho días a tres meses de arresto y multa de veinticinco a quinientos pesos, o una sola de estas dos peas, a los que formen un tumulto o motín, o empleen de cualquiera otro modo la violencia física o moral con el objeto de hacer que suban o bajen los salarios o jornales de los operarios”. DE BUEN, Néstor. “Derecho del Trabajo”. Tomo I. Ciudad de México: Editorial Porrúa. 2008. pp. 307-308. Una técnica distinta para proscribir a la huelga fue utilizada por el legislador peruano con el decreto ley 7166, de 20 de mayo de 1931, cuando estableció la suspensión automática de las garantías constitucionales a consecuencia de la declaración de una huelga, y su automática restitución al término de ésta. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “La huelga en el Perú. Historia y Derecho”. Lima: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad. 1980. pp. 69-70.
- 14 Así, el artículo 925 del Código Penal mexicano de 1871 disponía que “se impondrán de ocho días a tres meses de arresto y multa de veinticinco a quinientos pesos, o una sola de estas dos peas, a los que formen un tumulto o motín, o empleen de cualquiera otro modo la violencia física o moral con el objeto de hacer que suban o bajen los salarios o jornales de los operarios”. DE BUEN, Néstor. “Derecho del Trabajo”. Tomo I. Ciudad de México: Editorial Porrúa. 2008. pp. 307-308. Una técnica distinta para proscribir a la huelga fue utilizada por el legislador peruano con el decreto ley 7166, de 20 de mayo de 1931, cuando estableció la suspensión automática de las garantías constitucionales a consecuencia de la declaración de una huelga, y su automática restitución al término de ésta. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “La huelga en el Perú. Historia y Derecho”. Lima: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad. 1980. pp. 69-70.
- 15 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2007. p. 78.

De acuerdo con Ermida¹⁶, la constitucionalización del Derecho del Trabajo posee consecuencias relevantes para el ordenamiento jurídico. En efecto, la elevación de los derechos laborales al texto de la Constitución denota: (i) La alta valoración de los intereses tutelados por el Derecho del Trabajo; (ii) su intangibilidad por las normas legislativas; (iii) la consideración de ciertos derechos laborales como derechos fundamentales; y, finalmente, (iv) desde una perspectiva funcional, tales derechos constitucionalizados operan como límite a las tendencias es reguladoras.

Independientemente de las implicancias que supone la constitucionalización de los derechos laborales para el sistema de fuentes normativas que regulan las relaciones laborales, lo que interesa resaltar en este momento es la importancia que este proceso de constitucionalización de derechos sociales tuvo en la evolución desde un Estado liberal hacia el Estado Social de Derecho¹⁷, el cual se define por su decisión de intervenir en las relaciones laborales para corregir las profundas desigualdades existentes en la sociedad.

3.4.2. INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO.

A lo largo del siglo XX, se ha producido la llamada “internacionalización” del Derecho del Trabajo, que ha corrido por dos vertientes: (i) Una universal; y (ii) otra regional (que en nuestro caso se refiere a toda América). Así, en la medida en que los derechos laborales fueron incluyéndose en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, se fue consolidando un marco genérico que incorpora a los derechos laborales entre los derechos económicos, sociales y culturales¹⁸.

16 ERMIDA URIARTE, Óscar. “La Constitución y el Derecho Laboral”. En: CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL y GRUPO DE LOS MIÉRCOLES (Coordinador). “Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho Laboral”. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria. 1995. pp. 115-117

17 En ese sentido, se afirma que “uno de los rasgos identificativos de un modelo de Estado Social de Derecho va a ser la incorporación de los derechos sociales en el seno de los textos constitucionales, haciéndolos además no como mera declaración programática, sino en términos de recepción de derechos subjetivos perfectos”. CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Compendio de Derecho del Trabajo”. Madrid: Tecnos. 2008. p. 60

18 NEVES MUJICA, Javier. Óp cit. p. 73

El desarrollo de los derechos laborales en los instrumentos internacionales genéricos ha sido progresivo, ya que han significado una preocupación constante de los gobiernos. En particular, los tratados sobre Derechos Humanos del ámbito regional americano han desarrollado hasta un nivel apreciable los derechos de los trabajadores.

Sin embargo, existen en el ámbito universal instrumentos de contenido específico, producidos por una organización internacional especializada: La Organización Internacional del Trabajo [en adelante, OIT], la cual, desde su creación en 1919, se ha constituido como el principal órgano productor de la normativa internacional del trabajo¹⁹.

Su principal característica es su composición tripartita, pues todos sus órganos internos se integran por: (i) Representantes de los gobiernos de los Estados miembros; (ii) los representantes de los trabajadores de cada Estado; y (iii) los representantes de los empleadores de cada Estado²⁰. La producción normativa de la OIT se concentra en dos tipos de instrumentos: (i) Las Recomendaciones; y (ii) los Convenios Internacionales.

Si bien son estos últimos los que, en estricto, constituyen fuentes de Derecho, interesa resaltar que tanto los Convenios cuanto las Recomendaciones buscan “establecer un nivel mínimo de protección social en todos los Estados”²¹, obligando a los Estados a adoptar dicho nivel de protección en su legislación interna, al mismo tiempo que garantizar su cumplimiento. Así, pueden advertirse claramente el estrecho vínculo que este proceso guarda con el de la constitucionalización de los derechos

19 El contexto en el que se produjo la creación de la OIT fue el periodo posterior a la primera guerra mundial, razón por lo que la propia Constitución de este organismo sostiene que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social. CRUZ VILLALÓN, Jesús. Óp cit. p. 61. Para profundizar en el estudio del origen de la OIT y su evolución histórica, puede consultarse: CANESSA MONTEJO, Miguel. “Los Derechos Humanos Laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Programa Laboral del Desarrollo (PLADES). 2007. pp. 115 y siguientes.

20 Esta forma de organización particular ha venido a denominarse tripartismo, concepto que, en su uso extendido dentro del mundo laboral contemporáneo, califica como democrática a la práctica concertadora de los Estados y de los actores sociales al interior de ellos (trabajadores, empleadores y la autoridad pública).

21 CRUZ VILLALÓN, Jesús. Óp cit. p. 62.

laborales²², complementándose ambos en su objetivo: La tutela efectiva de los derechos del trabajador.

Finalmente, sobre la internacionalización del Derecho del Trabajo llevada a cabo bajo las instancias de la OIT, hay que decir que el programa de acción de este organismo ha debido adaptarse a las distintas coyunturas que ha enfrentado el mundo en el siglo XX, partiendo desde el desarrollo de sus principios enunciados en 1919; orientándose luego hacia la necesidad de colaboración económica y social entre las naciones luego de la Segunda Guerra Mundial y ha seguido la transformación del mundo del trabajo hasta su configuración actual, que es lo que trataremos en seguida.

3.4.3. LA FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO.

La historia del Derecho del Trabajo que estamos repasando se caracteriza por una progresión expansiva de los niveles de protección impartidos a los trabajadores. Esta historia es la del Derecho del Trabajo de la primera parte del siglo XX, la cual era vista por algún autor como un “Derecho en expansión”²³. Sin embargo, aquella tendencia unidireccional del Derecho del Trabajo sufrió un serio cuestionamiento con la denominada crisis del petróleo de inicios de la década de 1970.

El desempleo y la recesión económica dieron argumentos a quienes acusaban al Derecho del Trabajo de ser un elemento que atentaba contra el desarrollo de la economía al “sobreprometer” al trabajador y “encarcelar” el contrato de trabajo. En realidad, la interferencia del Derecho del Trabajo en el libre actuar de las leyes del mercado, lejos de ser un efecto colateral, es una de las razones fundamentales que justifican su existencia. El tratamiento del trabajo como una mercancía había llevado en el pasado al abuso de los trabajadores por parte de las empresas, por lo que la tutela de la parte más débil de la relación laboral se encontraba plenamente justificada incluso en el contexto de la crisis.

Sin embargo, ante el nuevo contexto, los Estados ya habían tomado convicción de que había que adaptar la legislación laboral hacia la baja

22 Para Ermida, el contenido laboral de las constituciones se complementa con el contenido de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, a lo que él denomina el contenido “indirecto” de la Constitución. ERMIDA URIARTE, Óscar. Óp. cit. p. 117.

23 DE BUEN, Néstor. Óp. cit. p. 65.

para dar respuesta a las nuevas condicionantes originadas por la crisis. Algunos hechos contemporáneos que prepararon las condiciones propicias para la modificación del Derecho del Trabajo fueron: (i) El triunfo del neoliberalismo; (ii) la transformación del trabajo, que migró de las grandes industrias al sector de servicios; (iii) el retroceso del Estado nuevamente hacia el abstencionismo en las relaciones laborales; (iv) las innovaciones tecnológicas que hicieron inútiles ciertos tipos de trabajo; (v) la descentralización productiva, que selló la desaparición de las grandes industrias; etcétera. Asimismo, las críticas neoliberales al modelo regulador del mercado de trabajo en el plano de las relaciones internacionales empezaba a tener consecuencias manifiestas, como lo era la disminución de ratificaciones en los nuevos convenios Internacionales de trabajo. Surge en ese contexto la idea de flexibilidad laboral, concepto de origen europeo por el cual se hace una revisión generalizada de la legislación laboral para moderar los niveles de protección que la norma imparte a los trabajadores. Precisamente, la idea de flexibilidad alude a la existencia de un elemento rígido (en este caso, la legislación laboral) que requiere de ser modificado para adaptarlo a diversas formas. Sin embargo (y en esto consiste su gran problema), la flexibilidad no es sugerida sino para mejorar los derechos de los trabajadores enunciados por dichas normas, lo que termina beneficiando únicamente a las aspiraciones empresariales. Por ello, la influencia que las corrientes flexibilizadoras han tenido sobre el Derecho del Trabajo es profunda y compleja. Ante estos hechos, surgió en la doctrina laboralista la interrogante acerca de si el Derecho del Trabajo está en crisis o en extinción. Frente a tales planteamientos, concordamos con Sanguinetti cuando señala que los cambios introducidos por la flexibilización no han modificado sino que en verdad han reforzado— la función histórica y esencial del Derecho del Trabajo, que es la búsqueda del equilibrio entre las partes del contrato de trabajo²⁴.

3.5. LA DECLARACIÓN DE LA OIT DE 1998 RELATIVA A LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO.

Si, a finales del siglo XVIII, el Derecho del Trabajo respondió a la cuestión social, que por entonces demandaba una solución, una situación similar estaba siendo experimentada (con sus propios matices caracterizadores)

24 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "El Derecho del Trabajo como categoría histórica". *Op. cit.* p. 16.

en el orden socioeconómico de finales del siglo XX. La globalización y sus efectos en las economías nacionales habían distanciado aún más las realidades de los países ricos de las de los países pobres, agravándose la injusticia social dentro de los propios Estados que se autoproclamaban democráticos y sociales.

En el contexto de las relaciones laborales, todo lo anterior se traducía en una precariedad generalizada, toda vez que la apertura indiscriminada de los mercados, las nuevas formas de organización competitiva de las empresas y la abrupta transformación del trabajo, que se fragmentó a niveles individualistas, siempre ajustados a las necesidades del mercado todos ellos postulados del neoliberalismo imperante en aquellos años terminaron agravando la desprotección social vivida por sectores crecientes de la población mundial.

Todo esto llevó a que, en la década de 1990, se gestase una genuina preocupación por la situación de los trabajadores, la cual se fue condensando en diversos foros mundiales hasta la adopción definitiva, en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1998, de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento³⁴ [en adelante, Declaración de la OIT de 1998]. Dicho instrumento recordó, en sus dos primeros puntos:

- a. Que todos los Estados Miembros de la OIT se habían comprometido a aceptar los principios y derechos que habían ido proclamándose en los convenios internacionales reconocidos como fundamentales.
- b. Que todos los Estados Miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tenían el deber de respetar, promover, y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución de la OIT, los principios fundamentales que son objeto de los convenios fundamentales.

La Declaración de la OIT de 1998 constituye un documento valiosísimo para la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo. Y es que, a pesar de su carácter no normativo, significó “un recordatorio para los Estados sobre sus responsabilidades con el mundo laboral dentro de la economía”²⁵. Es verdad que su valor es más político que jurídico, ya que no añade ninguna novedad en los niveles

25 CANESSA MONTEJO, Miguel. Óp. cit. p. 157.

de protección otorgados por los convenios internacionales de la OIT, sino que plantea a los Estados la necesidad de hacer cumplir los estándares laborales mínimos en un contexto dominado por la apertura indiscriminada de los mercados a favor del comercio internacional.

Pero aquí radica también la principal crítica que se le puede hacer a la OIT: Esta parece haber centrado la discusión de los Estados en lo que podría calificarse como el “núcleo duro” del Derecho del Trabajo, sin avanzar en niveles mayores y más eficaces de protección de los derechos de los trabajadores. En cualquier caso, la Declaración de la OIT de 1998 tuvo el acierto de establecer un mecanismo de seguimiento que diera cierto nivel de eficacia a su contenido, donde los Estados Miembros elaborarían memorias anuales sobre sus avances en materia de protección laboral e incluso se dieran a conocer sus avances respecto de materias contenidas en convenios no ratificados.

3.6. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL PERÚ.

Para referirnos a la evolución particular que ha tenido el Derecho del Trabajo en Perú, debemos tener en consideración que las características que encontraremos en la realidad nacional presentan muchas variantes frente a las que hemos reseñado a lo largo del desarrollo de este primer capítulo. El surgimiento y evolución del Derecho del Trabajo al que nos hemos referido se ubica en la Europa de los siglos XVIII hasta el siglo XX.

Los procesos sociales experimentados por ese continente, que desencadenaron el proceso de formación del Derecho del Trabajo, se replicaron en Latinoamérica varios años después, por lo que conviene tener en cuenta algunas características diferenciadoras entre la evolución del Derecho del Trabajo acontecida en Europa y la que ocurrió en esta parte del mundo.

En primer lugar, cabe señalar que mientras en Europa las organizaciones sindicales han sido importantes actores en los procesos contemporáneos, en Latinoamérica, más bien, han tenido un papel modesto. La consecuencia de esto ha sido que mientras en Europa existan múltiples ejemplos de sistemas de relaciones colectivas de trabajo consolidadas y con regulaciones autónomas de bastante importancia, entre nosotros, tales manifestaciones son excepcionales, siendo el legislador el llamado a suplantar el papel regulador que naturalmente corresponde al sindicato,

regulando varios derechos y reglamentando su aplicación en una profusa legislación laboral.

De otro lado, los Estados latinoamericanos se han caracterizado por un marcado intervencionismo en las relaciones laborales, particularmente en las relaciones colectivas de trabajo. Esto se explica por una persistente desconfianza de los gobiernos por los sindicatos, que son percibidos como enemigos políticos. En cuanto al desarrollo económico, en Latinoamérica ha existido lo que algún autor ha denominado un “capitalismo de enclave”, ya que la implantación del sistema de producción capitalista se ha desarrollado en algunas actividades económicas de los países de la región. Bajo estas condiciones, existen sectores económicos que todavía no han sido alcanzados por la cobertura del Derecho del Trabajo, sea porque las unidades de producción son demasiado pequeñas (empresas familiares orientadas a la subsistencia) o simplemente porque operan en la informalidad (trabajo oculto, que “evade” la protección de la legislación laboral). Es necesario tomar en consideración todo lo que se acaba de exponer para tener una mejor comprensión del proceso evolutivo del Derecho del Trabajo en Perú.

3.6.1. LA FORMACIÓN DE UNA LEGISLACIÓN LABORAL EN EL PERÚ REPUBLICANO.

Al igual de cómo había ocurrido en Europa del siglo XVIII, la joven República del Perú del siglo XIX empezó a experimentar una serie de cambios. Los trabajadores exigían mejoras en las condiciones donde prestaban servicios. En aquel entonces, el trabajo obrero se encontraba regulado principalmente en el artículo 540 del Código Civil de 1852, cuya regulación sobre el contrato de locación de servicios era aplicada para regular el servicio prestado por los trabajadores. Es con el inicio del siglo XX que el Estado peruano empieza a intervenir progresivamente en las relaciones laborales mediante su actividad legislativa.

La incipiente legislación protectora empezó por abordar el tema de los accidentes de trabajo, que estaban causando índices de mortalidad muy altos. Así, siguiendo a la Ley de Accidentes de Trabajo de España de 1900, se aprobó la Ley sobre Responsabilidad del Empleador por los Accidentes de Trabajo, Ley 1378, del 24 de enero de 1911.

Para esa época, ya existían algunas normas sectoriales que se ocupaban de brindar ciertos beneficios para los trabajadores comprendidos dentro

de ciertas actividades. Dichas normas³⁶ de cobertura fragmentaria no encontraron un sustento constitucional sino hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1920.

Aquella Constitución, de corte liberal, fue la primera en la historia del Perú en contener disposiciones laborales, aunque se limitó a delegar a la legislación el desarrollo de ciertos derechos como: (i) La seguridad, salud e higiene en el trabajo; (ii) las jornadas de trabajo; y (iii) las remuneraciones.

Por lo demás, es llamativo su tratamiento de los conflictos entre empleadores y trabajadores a los que denomina en forma impersonal “capital” y “trabajo” al imponer el arbitraje obligatorio²⁶. Tal diseño constitucional da cuenta de un modelo de relaciones colectivas que adquiere características de la ya mencionada “etapa de la tolerancia”, en la medida en que no se aceptaba la manifestación más importante del sindicato: La huelga.

Pero, al mismo tiempo, posee ciertas características de la etapa del reconocimiento, en la medida en que el legislador ya empezó a reconocer una serie de derechos laborales individuales. Esta aparente esquizofrenia del sistema ejemplifica lo que explicábamos hace algunas líneas: En Latinoamérica, el Estado tiende a ser protector del trabajador individual y represor del sindicato.

Un articulado más garantista se consignaba en la Constitución de 1933, aunque en este caso la protección fue más formal que real, pues el desarrollo legislativo de las disposiciones constitucionales fue bastante tardío²⁷ y, nuevamente, fragmentado en diversos sectores, correspondiéndoles a algunos más derechos que a otros.

Esto determinó que la conflictividad social de los años que corrieron con la vigencia de aquella Constitución se desgaste en pugnas por la equiparación de los distintos regímenes laborales que se iban construyendo.

26 Artículo 20 de la Constitución para la República del Perú de 1920.- “Los conflictos entre el Capital y el Trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio”.

27 ULLOA MILLARES, Daniel. Óp. cit. p. 49.

3.6.2. ENTRE LA PROTECCIÓN, EL INTERVENCIONISMO, LA FLEXIBILIDAD Y LA DESREGULACIÓN.

La historia más reciente de nuestro sistema de relaciones laborales se ha desarrollado bajo dos constituciones sociales³⁹ de inspiración distinta: (i) La Constitución Política de 1979, dictada en un contexto de transición democrática; y (ii) la Constitución Política de 1993, de inspiración neoliberal²⁸.

Blancas ha puesto en relieve que ambas constituciones cumplen con asegurar que los derechos fundamentales de la persona del trabajador queden salvaguardados y puedan ejercerse sin menoscabo alguno en el seno de la relación de trabajo²⁹.

La Carta de 1979 significó la adscripción del Perú al modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, y con ello se dio un importante avance en el reconocimiento de institutos y derechos laborales al más alto nivel en nuestro ordenamiento. Sin embargo, las normas infraconstitucionales no cumplieron sino deficientemente la tarea de desarrollar tales derechos enunciados. Este problema ha persistido hasta hoy, con el agravante de que el marco constitucional diseñado por la Constitución Política de 1993 ha reducido la cantidad de derechos laborales constitucionalizados y, en algunos casos, redujo también su intensidad.

En la misma década, la flexibilización y hasta desregulación que operó el legislador respecto de varios derechos laborales individuales obedeció a una errada convicción de que el Derecho del Trabajo obstaculizaba el desarrollo de la economía al encarecer la contratación de trabajadores³⁰.

Por otro lado, los derechos colectivos de los trabajadores se encuentran bastante limitados por el Estado tanto en el nivel normativo como en la práctica de la Autoridad Administrativa del Trabajo, el cual parece

28 Puede encontrarse un cuadro comparativo sobre los contenidos laborales de ambas Constituciones en: NEVES MUJICA, Javier. Óp. cit. pp. 70-72.

29 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Óp. cit. pp. 87 y siguientes

30 La legislación laboral que actualmente rige en el Perú es producto del proceso de flexibilización del mercado de trabajo ocurrido en el país en la década de los noventa. Empezó en el año 1991 y se agudizó y consolidó a partir del año 1992, luego de la ruptura del orden constitucional en abril de ese mismo año. La reforma, que fue calificada como la más radical de América Latina, se dio en todos los niveles normativos y abarcó absolutamente todas las instituciones relevantes del Derecho del Trabajo y también de la Seguridad Social.

atrapado en la etapa de la tolerancia. Lamentablemente, en nuestro país, el conflicto sigue siendo considerado una patología a la que el Estado debe enfrentarse, tesis que, contemporáneamente, ha sido descartada a favor de otra que reconoce la inmanencia del conflicto en las relaciones laborales, sobre todo en las colectivas.

Sin embargo, a pesar de los problemas que la regulación del Derecho del Trabajo enfrenta en el Perú, puede decirse que su esencia tutelar no ha desaparecido en nuestro ordenamiento, sino que, en el articulado de la Constitución de 1993, se mantienen las características que esta disciplina ha desarrollado a lo largo de la evolución que hemos revisado en este capítulo.

Evidencia de ello constituye el hecho de que el Tribunal Constitucional del Perú haya cumplido en la última década una función que Sanguineti ha denominado de recomposición del ordenamiento laboral peruano desde sus bases constitucionales³¹, restableciendo por la vía interpretativa los niveles de tutela en varios derechos laborales que habían sido recortados por la legislación.

En definitiva, el Derecho del Trabajo es una disciplina que ha tenido un desarrollo insuficiente. En el plano normativo, existe un nivel de protección que, luego de un periodo de desregulación (en el plano individual), y por efecto de una tradición intervencionista y restrictiva en lo colectivo, está por debajo de los estándares mínimos fijados por los convenios internacionales de la OIT.

Pero, además, en el plano de la realidad, el principal problema del Derecho del Trabajo en el Perú radica en que existe un alto número de personas que se encuentran en el ámbito del trabajo informal, sin que puedan gozar de los derechos laborales más elementales.

31 SANGUINETIRAYMOND, Wilfredo. "Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Lima: Gaceta Jurídica. 2007. pp. 41 y siguientes.

CAPÍTULO 4

EL CONTRATO DE TRABAJO.

4.1. CONCEPTO DE CONTRATO DE TRABAJO.

El artículo 4º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL) señala que «en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado».

La particularidad del contrato de trabajo está en que es un contrato normado, esto es, cuyo contenido viene precedido en gran parte por fuentes del derecho externas: leyes, convenios colectivos, costumbres, etc. Caso típico de lo que se dice es la existencia de la Remuneración Mínima Vital que prohíbe a las partes contractuales (trabajador y empresario) pactar remuneraciones por debajo de un mínimo.

Lo dicho, no quiere decir que todos los contratos de trabajo se regulen por las mismas normas. Junto a los contratos de trabajo regulados por la LPCL, coexisten otros contratos de trabajo regulados por leyes especiales. Por ejemplo, artistas intérpretes y ejecutantes en espectáculos públicos (Ley N° 28131), futbolistas profesionales (Ley N° 26566), trabajadores del hogar (Ley N° 27986), etc.

4.2. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE TRABAJO

Todo acto jurídico, incluido todo contrato, y por ende el de trabajo, condiciona su validez a ciertos requisitos legales. Dicho de otra forma, el contrato de trabajo sólo vale cuando reúna los requisitos prescritos por la ley. Ahora bien, como quiera que la legislación laboral peruana no regula los requisitos de validez del contrato de trabajo, por fuerza debemos remitirnos a la regulación civil del acto jurídico en general. Concretamente, a los artículos 140° y 219° del Código Civil peruano.

El artículo 140° señala que el acto jurídico para ser válido requiere, entre otros requisitos: 1) agente capaz, 2) objeto física y jurídicamente posible y 3) fin lícito. Mientras el artículo 219° señala que el acto jurídico es nulo, entre otras razones: 1) cuando falta la manifestación de la voluntad del agente, 2) cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358° del Código Civil, 3) cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable y 4) cuando su fin sea ilícito. Como se puede apreciar, para el Código Civil peruano no puede haber contrato de trabajo sin cumplir los requisitos de consentimiento de los contratantes, objeto cierto y fin lícito.

El incumplimiento de los requisitos de validez exime de cualquier responsabilidad contractual al trabajador. El contrato no despliega efectos jurídicos¹. No obstante ello, el trabajador tiene el derecho de exigir el pago por el trabajo prestado (artículo 23° de la Constitución).

4.3. EL DERECHO DEL TRABAJO VINCULADA EN EL ÁMBITO LABORAL.

Diversos autores admiten que la doctrina actual concuerda que la actividad laboral vinculada en el ámbito del derecho del trabajo, el trabajo

1 Aun cuando aplicando supletoriamente el Código Civil la consecuencia sea siempre la nulidad total del acto jurídico (artículos 140 y 219 CC), el ordenamiento laboral debería contar con normas específicas que maten estos efectos absolutos. Por ejemplo, debería pensarse en la posibilidad de establecer reglas de nulidad parcial, lo que permitiría declarar nulas sólo una o algunas cláusulas sin afectar la totalidad del acto jurídico. De esta forma, si la cláusula de determinación del lugar de ejecución de la prestación no existe o es indeterminada, entonces debería declararse nula esa cláusula de lugar y respetarse la vida del contrato de trabajo en lo que toca a las demás cláusulas. Hay que resaltar que este mecanismo de preferencia de la nulidad parcial sobre la total existe en el artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores español.

humano, productivo, libre, por cuenta ajena o subordinado, como sentencia Javier Pérez Mujica.²

- **EL TRABAJO HUMANO.** Es el esfuerzo dirigido a satisfacer necesidades y en tanto el hombre sujeto de derecho, determina que solo su productividad se encuentre en su ámbito.³
- **EL TRABAJO PRODUCTIVO.** Es el que reporta un beneficio económico individual para la persona que lo presta.⁴
- **EL TRABAJO LIBRE,** Es inherente a la voluntad soberana de la persona de realizarlo sin ninguna clase de presión, ejerciendo su libertad de laborar.
- **EL TRABAJO POR CUENTA AJENA.** Considera que el titular del producto es el tercero que contrato al trabajador, en la medida que este solo entrega su fuerza laboral mediante una contraprestación, y se sustenta, como afirma la doctrina laboral de la ajenidad.⁵
- **EL TRABAJO SUBORDINADO.** Está sometido a la dirección y la dependencia del empleador que contrata los servicios del trabajador.⁶

Históricamente, la regulación del trabajo nace como consecuencia de la Revolución Industrial y la Revolución Francesa. En sus albores, la actividad laboral se hallaba influida por la teoría civil de los contratos y lo era, por cuanto se le aplicaban las reglas de la figura del contrato de arrendamiento de servicios, prevista en los códigos civiles de antaño, heredada de la tipología del derecho romano dado que los codificadores franceses recogieron la tradición romanista de la regulación de la prestación de servicios normada por la *locatio-conductio*.⁷

El resurgimiento del derecho del trabajo, como rama autónoma del derecho civil logra configurarse como un derecho especial distinto del derecho civil, pasando un proceso, como lo reconoce uniformemente la doctrina laboral, comprendió tres fases claramente delimitadas. **La 1º fase**

2 Butrón Fuentes José, Manual de enseñanza Derecho Laboral Arequipa 2006.

3 *Ibidem* 30

4 *Idem*

5 *Idem*

6 *Ibidem* 31

7 *Idem*

de la prohibición, en la que se tipifica como delito la acción organizada de los trabajadores, reclamando sus derechos laborales y como **2º fase tenemos de la tolerancia**, donde se admiten determinados reclamos laborales; dejando de lado su carácter delictual; y **3º la fase del reconocimiento**, en la que el estado legislará los derechos laborales para luego ser consagrados constitucionalmente no permitió optar al acta constitutivo de la relación laboral de una institución contractual que la fuera propia, como el contrato de trabajo, que como es obvio le es inherente al trabajo prestado bajo los cánones del derecho laboral.⁸

Recién inicios del siglo XX, la temática el contrato laboral se sitúa con la legislación de Bélgica, ya que por primera vez se va a reconocer la idea de que este tipo de contrato, era parte del contrato laboral por tener una especificidad singular con un objeto propio una causa determinada y lícita.⁹

Ya diversas corrientes del pensamiento doctrinario laboral, ubicaban al contrato de trabajo fuera de la órbita del derecho civil así aparece “la teoría de la relación” que asignaba al hecho objetivo de la prestación del trabajo, y no al acuerdo de voluntades la génesis del vínculo que se iba a establecer entre un empleador y un trabajador.

En América Latina, el máximo exponente de esta teoría fue Mario de la Cueva que resaltó la importancia de la situación jurídica objetiva y afirmó que el acuerdo de voluntades era un requisito inevitable para la formación del vínculo. Contra la teoría de la relación, se generó una reacción como la de Néstor de Buen, quien propuso “la teoría contractualista” asumiendo que aquella teoría no debía entenderse como excluyente por sí misma de la tesis contractual, ya que siempre tras la prestación de servicios subordinados existe un contrato o acto jurídico que le da origen.¹⁰

Para definir el contrato de trabajo, nos remitimos a nuestro propio Sistema nacional en el que aparece la jurisprudencia nacional.

“El contrato de trabajo es aquel que por el cual un trabajador se obliga a prestar un servicio personal a un empleador bajo su dirección o dependencia, mediante el pago de una remuneración periódica”.

8 Ibídem 32

9 Ibídem 33

10 Idem

4.4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

De esa manera se avizora ya los elementos propios del contrato del trabajo.

Características

1. **ONEROSO.** Por no ser gratuito sino remunerado atendiendo a uno de sus elementos constitutivos del contrato de trabajo, por lo que se considera prohibitivo el trabajo sin contraprestación.¹¹
2. **CONMUTATIVO.** Es por que la actividad laboral ha de garantizar a cada uno de las partes determinados beneficios, que son conocidos desde que se inicia la relación laboral.
3. **DE CAMBIO** Pues ambas partes quedan sometidas a una relación obligacional, por la cual el trabajo se cambia por una retribución económica permitiendo que el trabajador cumpla su obligación de hacer prestar sus servicios a cambio de que el empleador realice la de dar, mejorando la remuneración siendo por ello pragmática.¹²
4. **CONSENSUAL.** Porque va hacer consentimiento a las partes para que se asuma el perfeccionamiento del contrato de trabajo características del sistema consensual del derecho peruano en lo que a la celebración de contratos se refiere sin exigirse normalidad salvo mandato expreso de la ley laboral.¹³
5. **BILATERAL.** Al intervenir las dos partes de la relación laboral, el empleador y el trabajador.
6. **PRINCIPAL.** Por qué se trata de un contrato autónomo que no necesita de otro para ejecutarse.
7. **PERSONAL.** Basado en el criterio intuitivo persona el derecho romano, por el que se sostenía el trabajador quién debe ejecutar una forma personal la prestación del servicio.

11 Idem

12 Idem

13 Ibídem 34

4.5. ELEMENTOS DE CONTRATO DE TRABAJO

La doctrina laboral construyó uniformemente los elementos que contienen las actividades laborales recogidas en el contrato de trabajo aceptando que son únicamente tres elementos: **la prestación personal de la actividad, la remuneración y la subordinación**; sin embargo es necesario que además de sus elementos específicos de una también los elementos genéricos que corresponden al contrato en general como el acuerdo que celebran dos o más partes para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter matrimonial, adecuando su actuación a las reglas de la buena fe y cumplimiento determinadas prestaciones como las obligaciones de dar o de hacer.¹⁴

En otros términos, esa relación jurídica obligacional en el contrato de trabajo nace del acuerdo que celebran el empleador con el trabajador para cumplir determinadas obligaciones propias de la actividad laboral las que se han de ejecutarse de buena fe por este principio cómo señala **Guillermo Guerrero Figueroa**, que presume que todo contrato no sólo obliga a lo que se consigna sino a todas las demás cosas que se desprenden de la naturaleza de la relación jurídica o que por ley le pertenece.

Así se ha pronunciado la jurisprudencia colombiana **“En principio hay que presumir en las relaciones laborales, como las civiles la buena fe de los contratantes por lo que no puede aceptarse que después de hecha la manifestación de conformidad del asalariado en lo relativo a la extinción de su contrato de trabajo, sea aconsejable recurrir a la justicia para dejar sin efecto la propia expresión de voluntad del trabajo, libremente manifestada admitir lo contrario sería propiciar un sistema de inestabilidad de inseguridad permanente en las relaciones que surgen del trabajo humano que a la postre se reflejaría en forma inconveniente sobre los mismos intereses de la clase asalariada”**.

4.5.1. PRESTACIÓN PERSONAL.

Determina que la prestación de los servicios se realiza en forma personal de tal manera que el trabajador pueda ser identificado como persona natural, este criterio ha variado al admitir nuestra legislación laboral que el trabajador puede ser apoyado por sus familiares como lo prevé el artículo

14 Butrón Fuentes José, Manual de enseñanza Derecho Laboral Arequipa 2006

5° del decreto 003 - 97 - TR Ley de productividad y competitividad laboral, mediante el trabajo familiar no remunerado que vendría a ser la forma en que materializa dicho apoyo como establece la ley.¹⁵

4.5.2. REMUNERACIÓN.

Se constituye la principal contraprestación, por los servicios prestados por el trabajador la actividad laboral por eso es onerosa ya que la retribución que percibe trabajador compensa su actividad laboral desplegada durante el tiempo de servicios prestados, aun cuando su labor no satisfaga la finalidad prevista por el empleador dado que su fuerza está a disposición del empleador bajo el principio de la ajenidad. Es de resaltar que el artículo 6° y 7° del de D.S 003 - 97 - TR diferencia de remuneración para efectos legales de aquella que no tiene tal efecto.

4.5.3. LA SUBORDINACIÓN.

Para el derecho del trabajo, la subordinación en la figura típica del contrato de trabajo, ya que la prestación de los servicios se realiza bajo la dirección y dependencia del empleador y por tanto es el elemento que lo caracteriza, la misma que como notan los laboristas alemanes no debe confundirse con la sumisión.

En los albores de la formación de esta disciplina un autor clásico, Ludovico Barassi conceptuó la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador.

Más tarde, sería la jurisprudencia laboral la que definiría la subordinación de la siguiente forma: “El contrato de trabajo se caracteriza por la **subordinación jurídica, económica y técnica del trabajador** frente al empleador. **La primera** se manifiesta por la observancia de una jornada diaria de trabajo controles de ingreso y salida, cumpliendo determinadas órdenes; **la subordinación económica** se producen por la percepción de un sueldo salario o comisión por los servicios prestados además de los otros beneficios que señala la ley; y **la subordinación técnica** se expresa en la facultad del empleador de dirigir el proceso productivo señalando las condiciones en que se realizarán las prestaciones de trabajador”.

15 Ibidem 35

En esta orientación diversas legislaciones latinoamericanas, aunque no todas, pretendieron definir la subordinación, entre las cuales estaría El Perú puesto que el artículo 9° del D.S 003 - 97 - TR indica que “por la subordinación 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 cualquiera infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador”.

Por tanto, la subordinación le otorga al empleador tres facultades: la de reglamentación, la de dar órdenes y la disciplinaria. Y es aquí donde se produce la diferencia sustancial del contrato de trabajo con la contratación civil.

Es de resaltar que si bien la doctrina laboral admite que la subordinación es un elemento fundamental para la existencia del contrato de trabajo, sin embargo algunos sectores sostienen que ella no es un factor exclusivo, como nota el laboralista uruguayo Oscar Ermida Uriarte, y a la que debe estar acompañada de otros factores como el carácter personalísimo, la voluntariedad, la ajenidad y la generosidad del trabajo.¹⁶

Finalmente, los tres elementos esenciales no deben ser considerados en forma aislada sino articulada y combinada. Esto es que se dan dos elementos, la prestación del servicio y el pago de una retribución no estaríamos necesariamente ante una actividad laboral pues faltaría la subordinación, dado que se constituye un elemento indispensable.

Además hay que advertir que esos elementos típicos del contrato de trabajo se le agregan otros aspectos, que no determinan la existencia de una relación laboral entre ellos tenemos la duración de la jornada en la cual la prestación de servicios debe ser de 4 horas diarias como mínimo o su promedio semanal para percibir todos los derechos y beneficios laborales por lo que se exceptúa la jornada tiempo parcial.

Así mismo la permanencia en el servicio será a dedicación exclusiva del empleador que contrata los servicios. Igualmente lo es el lugar de trabajo que viene a ser de centro de trabajo del empleador o el lugar que éste designe. También el número de empleadores dado que no se exigía

16 *Ibidem* 37

la exclusividad para recibir los derechos, lo que ha sido reemplazado por el pluriempleo.

4.5.4. CLASES DE CONTRATO LABORAL.

Los contratos de trabajo son de dos clases: por su duración puesto que la prestación de servicios se da en el tiempo por ser de tracto sucesivo; y, por su forma que no es sino la formalidad que revise su celebración.¹⁷

4.5.4.1.- POR SU DURACIÓN.

Los contratos de trabajo son de duración indeterminada y determinada.¹⁸

- a) Son de duración indeterminada aquellos que se tienen un inicio pero carecen de plazo de vencimiento establecido previamente el que culmina por cualesquiera causal de extinción prevista en la ley laboral fallece jubila despide renuncia.
- b) Son contratos de duración determinada aquellos que tienen un inicio y un fin previamente establecidos y a su vencimiento culmina la relación laboral.

4.5.4.2.- LOS CONTRATOS DE TRABAJO POR SUS FORMAS.

Son escritos y verbales.¹⁹

- a) Serán escritos cuando constan de un documento en el que las partes convienen los términos contractuales como la naturaleza de la labor la remuneración, la jornada contractual y demás concernientes a la relación laboral cuando la ley exige esta forma es un requisito indispensable para su validez bajo sanción de nulidad
- b) Serán verbales cuando la actividad laboral se inicia, cumpliendo ambas partes las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, como la prestación de servicios subordinados y remunerados.

De ello podemos desprender que estaremos delante de un contrato de trabajo típico cuando la duración es indeterminada, otorgando los

17 Ibídem 39

18 Idem

19 Idem

trabajadores todos los derechos y beneficios laborales, los mismos que se extenderán para los contratos atípicos que vienen a ser los de duración determinada o a plazo fijo excepto la indemnización por despido arbitrario

Entonces, la forma de contratación puede ser escrita o verbal, siendo esta última la más casual. Se presume que el contrato de duración indeterminada es el que ha sido celebrado por las partes al momento de contratar, pudiendo utilizar cualquier formalidad, sea la verbal o escrita en tanto que el contrato de trabajo de duración determinada debe constar necesariamente por escrito y de ninguna manera puede celebrarse en forma verbal cumpliendo las formalidades y requisitos exigidos por la ley laboral

El artículo 4° del D.S 003 - 97 - TR prescribe que: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado 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”.

De tal manera que la naturaleza de la prestación de servicios se rige bajo el principio de “continuidad”, que caracteriza a una relación laboral como de duración, y determinada en tanto no se produzca causal de extinción prevista en la ley laboral. Se acepta por circunstancias de naturaleza accidental o temporal, la existencia de contratos de trabajo de duración determinada sujetos a plazo de vencimiento convenido anteladamente por las partes.

Aquí debemos resaltar la “presunción de laboralidad” aplicable a toda prestación personal de servicios subordinados y remunerados bastando acreditar el servicio a otro sujeto laboral para que se entienda salvo prueba en contrario que se trata de una relación de trabajo de carácter indefinida. La formalidad para su celebración puede ser escrita o verbal, siendo la primera requisito sustancial para la contratación a plazo determinado, mientras que la segunda para la contratación indefinida o determinada por ser de carácter consensual.

La doctrina laboral singularmente se ha pronunciado en torno a que la duración de los contratos de trabajo no depende de la voluntad de las partes, ni del interés del empleador y de la aceptación de trabajador

sino de la naturaleza de la prestación de servicios por lo que a labores de carácter permanente, propias de toda actividad laboral le corresponde la duración indeterminada y para labores de carácter temporal o accidental la duración determinada criterio incorporado en nuestra legislación laboral, cómo está prevista en la Norma legal. Presumiéndose que en la prestación de servicios siempre se dará lugar a un contrato de trabajo a plazo indeterminado, pese a que la libertad de contratar permite celebrar contratos por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad por lo que la formalidad para el primero puede ser verbal o escrita mientras que parece hundo en los casos y con los requisitos exigidos por la ley.

Se añade que podrá celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna al no generar derechos ni beneficios sociales para la persona contratada.

Esta óptica sido ratificado por diversos juslaboralistas cómo Wilfredo Sanguinetti Raymond, que lo vinculan al principio de estabilidad en el trabajo, pues cómo se sostiene, el contrato de trabajo ha de durar tanto como la fuente que le dio origen, de forma que a labores de carácter permanente ha de corresponder la celebración de un contrato por tiempo indefinido, en tanto que para las labores de naturaleza temporal Será posible celebrar contrato de duración determinada.

Esa “fuente que le dio origen”, en materia de contratación laboral prevé que la regla son los contratos de trabajo de duración determinada y la excepción que lo confirma los contratos de trabajo de duración determinada.

El sustento anotado para la contratación laboral ha sido uno de los aspectos más afectados por la reforma laboral marcadas por la orientación flexibililadora y desreguladora del derecho de trabajo, pues facilitó la contratación de duración determinada o temporal haciéndola prevalecer sobre la contratación indefinida, convirtiendo la excepción en regla invirtiendo los roles otorgados por la doctrina laboral, al acto de la contratación cuya tendencia forma parte de la historia reciente de países europeos como España, donde igualmente la contratación temporal se convirtió en la regla haciendo excepción a la contratación indeterminada,

Esa tendencia ópera en el Perú, como fruto de la reforma laboral, y aunque formalmente invoque la libertad de contratar, en realidad trastocada uno de los pilares del derecho del trabajo como la contratación laboral indefinida, aplicable a labores de naturaleza permanente para dar

paso a la contratación temporal, que incluso espermicida para labores permanentes las que también son sometidas a la contratación sujeta a cualquier modalidad,

Se sella así la preeminencia de la autonomía privada individual en la contratación laboral, atendiendo a la mayor movilidad de la fuerza de trabajo al mercado laboral, y más allá de la voluntad de la ley y de la buena fe contractual la temporalidad de la contratación laboral genera limitación en el ejercicio de los derechos individuales y colectivos como ha venido sucediendo durante los años anteriores

Es conveniente mencionar que durante los últimos años esa tendencia viene siendo revertida al volver a tener mayor importancia la contratación indefinida sobre la determinada como ocurre en el caso español.

4.6. CONTRATOS DE TRABAJO SUJETOS A MODALIDAD.

Hay razones que explican la existencia de este tipo de contratos. Por un lado, la empresa constituida por un empresario, es por lo general de duración indefinida; por esta razón las labores de sus servidores son de naturaleza permanente porque se cumplen en el tiempo y por consiguiente, la duración de los contratos de trabajo, debe ser de duración indeterminada.

Por eso, sí surgen circunstancias requeridas por la empresa, para no contratar personal a tiempo indefinido, sino para labores eventuales sean temporales accidentales o para una obra determinada para esas labores que por su naturaleza no son permanentes la ley laboral permite que se recurra al contrato de trabajo, de duración determinada denominados como contratos sujetos a modalidad pero sólo en los casos y con los requisitos exigidos por ella

De allí, que el D.S 003-97-TR señale cuáles son los contratos de trabajo modales que por su naturaleza deben ser temporales, accidentales o para una obra o servicio los contratos sujetos a modalidad previstos en la ley son los siguientes.²⁰

20 *Ibidem* 44

4.6.1.-POR SU NATURALEZA TEMPORAL.

A.- CONTRATO DE TRABAJO POR INICIO E INCREMENTO DE ACTIVIDAD.

Es el que celebra un empleador con un trabajador, que se origina cuando se inicia una nueva actividad empresarial, se entiende por ésta no sólo el inicio de una actividad productiva sino también la posterior apertura de nuevos establecimientos o mercados, o el incremento de la ya existente dentro de la empresa, su duración es de 3 años.²¹

B.- CONTRATO DE TRABAJO POR NECESIDADES DE MERCADO.

Es el que celebra un empleador con un trabajador para atender incrementos coyunturales de la producción derivados por la variación sustancial de la demanda en el mercado, siendo labores ordinarias de la actividad de la empresa, no puede ser satisfecha por su personal estable.

En estos contratos debe constatar la causa objetiva que lo justifique, referida al incremento de imprevisible al ritmo de la productividad distinta a la variación de carácter cíclico o de temporada que se introduzca en actividades estacionales.

La duración máxima es de 5 años pudiendo ser renovado sucesivamente sin exceder de dicho plazo.²²

C.- CONTRATOS DE TRABAJO POR RECONVERSIÓN EMPRESARIA

El que celebra un empleador con un trabajador por la sustitución, ampliación o modificación de las actividades de la empresa y por cualquier variación de carácter tecnológico, maquinarias, equipos, instalaciones, sistemas, métodos y procedimientos productivos o administrativos. La duración máxima es de dos años.

21 Idem

22 Idem

4.6.2.-POR SU NATURALEZA ACCIDENTAL.

A. CONTRATO DE TRABAJO ACCIDENTAL.

Es el que celebra un empleador y un trabajador para la atención de necesidades transitorias distintas a la actividad habitual de la empresa.

B. CONTRATO DE TRABAJO DE SUPLENCIA.

Es el que celebra un empleador y un trabajador para que este sustituya como suplente a un trabajador estable, cuyo vínculo laboral se encuentra suspendido por causa justificada prevista en la normal legal o convencional. El empleador está obligado a reservar el puesto del titular, quien tiene su derecho de readmisión y con su reincorporación oportuna, procure el término del contrato.

La duración será la que resulte necesaria

C. CONTRATO DE TRABAJO DE EMERGENCIA

Es el que celebra un empleador con un trabajador para cubrir necesidades que se producen por caso fortuito, considerado como un hecho de Dios” o de fuerza mayor atendido como un “hecho del hombre”, como las inundaciones, sismos, incendios o actos de terrorismo.

La duración debe coincidir con la emergencia

4.6.3. PARA OBRA O SERVICIO.

A. CONTRATO PARA OBRA DETERMINADA O SERVICIO ESPECÍFICO.

Es el que celebra un empleador con un trabajador con un objeto establecido previamente y con una duración determinada. Se podrán efectuar las prórrogas necesarias hasta la culminación de la obra o de servicio de los contratados.

La duración será la que resulte necesaria.²³

23 *Ibidem* 46

B. CONTRATO DE TRABAJO INDETERMINADO.

Es el que celebra un empleador con un trabajador para cubrir necesidades de la actividad de la empresa, que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas.

Se podrá celebrar con el mismo trabajador, quien tiene derecho, preferente para la contratación, lo que debe contar en el contrato original, operando en forma automática, sin requerirse de nuevo contrato o innovación.

Debe precisarse en el contrato, las condiciones para que se reanude en cada oportunidad dicha afectivamente laborado.

C. CONTRATO DE TRABAJO DE TEMPORADA.

Es el que celebra un empleador con un trabajador para atender necesidades propias del marco empresarial, que se cumplen en determinadas épocas del año y que se repiten en periodos equivalentes en cada ciclo de acuerdo a la naturaleza de la actividad productiva.

En el contrato constara:

- La duración de la temporada.
- La naturaleza de la actividad de la empresa.
- La naturaleza de las labores del trabajador.

El trabajador que fuera contratado para dos temporadas consecutivas o tres alternadas, tiene derecho a ser contratado para las temporadas futuras. Para ejercer ese derecho, se presentara a la empresa dentro de los 15 días anteriores al inicio a la temporada, vencido el cual caduca su derecho preferente de readmisión.

Se incluyen en estos contratos, las actividades feriales así como los incrementos regulares de la actividad normal de la empresa, cuando se produce un incremento de la demanda durante parte del año.

Se incluyen dentro de la contratación modal, a los contratos sujetos al régimen de exportación no tradicional, utilizando comúnmente en la actividad textil; como en las zonas francas o régimen especial sujeto a su normativa regular, y en general en cualquier otro servicio siempre que su naturaleza sea temporal.

4.7. REQUISITOS COMUNES.

Los contratos modales deben celebrarse por escrito y por triplicado, indicando la duración, las causas determinantes de la contratación según la naturaleza y las demás condiciones laborales. Se presentara a la autoridad administrativa de trabajo, dentro de los 15 días naturales de suscrito. Ya no es obligatorio registrar los contratos de trabajo sujetos a modalidad ni los convenios de modalidades formativas laborales. Asimismo, aquellas contrataciones laborales a personas extranjeras están ahora sujetas a requisitos distintos. Conoce aquí el detalle de las modificaciones generadas por el Decreto Legislativo N° 1246 al ámbito laboral Mediante el Decreto Legislativo N° 1246, dispositivo que aprueba diversas medidas de simplificación administrativa, se han establecido una serie de normas con el objeto de simplificar, optimizar y eliminar procedimientos administrativos, coadyuvando así al fortalecimiento institucional y la calidad en el servicio al ciudadano. Esto se realiza dentro del marco fijado por la Ley N° 27444, que postula como principios del procedimiento administrativo el debido procedimiento, la razonabilidad, la celeridad, la eficacia y la simplicidad, todos los cuales deben aplicarse dentro de la actuación de toda entidad de la Administración Pública.

En el ámbito laboral, se elimina la obligación de registrar los contratos de trabajo sujetos a modalidad y los convenios de modalidades formativas laborales ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, modificándose además los requisitos para la aprobación de la contratación laboral de extranjeros.²⁴

De forma específica, se modifican tres dispositivos conforme al siguiente detalle:

- El artículo 73 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, eliminándose la obligación de presentar una copia de los contratos de trabajo sujetos a modalidad a la Autoridad Administrativa de Trabajo para efectos de su conocimiento y registro.
- El artículo 48 de la Ley N° 28518, Ley sobre modalidades formativas laborales, que elimina la obligación de inscripción de los beneficiarios de las distintas modalidades formativas ante la Autoridad

24 Ibídem 49

Administrativa de Trabajo, siendo suficiente con declararlos en la planilla electrónica.

- El artículo 8 del Decreto Legislativo N° 689, Ley de Contratación de Extranjeros, el que indica que para la solicitud de aprobación de este tipo de contratos de trabajo solo basta remitir el contrato de trabajo escrito y la declaración jurada de la empresa donde se señale que la contratación del extranjero cumple las condiciones establecidas por ley y cuenta con la capacitación o experiencia laboral requerida para la misma.

De este modo, tal como se detalla en un reciente comunicado del MTPE, se dejan sin efecto los siguientes procedimientos contenidos en el TUPA de la entidad mencionada:

- Procedimiento N° 38: Registro de contratos de trabajo sujetos a modalidad.
- Procedimiento N° 108: Autorización, registro y prórroga de convenios de jornada formativa en horario nocturno.
- Procedimiento N° 109: Registro y prórroga de convenio de aprendizaje.
- Procedimiento N° 110: Registro y prórroga de convenios de prácticas profesionales.
- Procedimiento N° 111: Registro y prórroga de convenios de capacitación laboral juvenil.
- Procedimiento N° 112: Registro y prórroga de convenio de pasantía.
- Procedimiento N° 113: Registro y prórroga de convenios de actualización para la reinserción laboral.

4.8. NORMAS COMUNES.

Todos estos contratos, podrán celebrarse por periodos menores a los establecidos para cada modalidad, pero que sumados no excedan los límites establecidos para cada uno de ellos.

Igualmente, se podrán celebrar contratos de diferentes modalidades con el mismo trabajador, de acuerdo a las necesidades empresariales, siempre que en conjunto las diversas modalidades de contratación no superen el plazo máximo de 5 años.

Los periodos de pruebas previstos en la legislación laboral, será de aplicación para todos los contratos sujetos a modalidad.

Los trabajadores sujetos a la contratación modal, percibirán los mismos derechos que los trabajadores permanentes del centro laboral y a estabilidad laboral siempre que hayan superado el periodo de prueba.

El empleador, pusiera fin en forma arbitraria al contrato de trabajo sujeto a modalidad, abonará al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con tope máximo de 12 remuneraciones.²⁵

4.9. LA DESNATURALIZACION.

El contrato de trabajo modal se desnaturaliza y pierde su esencia y naturaleza, convirtiéndose en un contrato de trabajo de duración indeterminada en los siguientes casos:

- a) Si el trabajador continuo laborando después del vencimiento de su plazo de las prórrogas convenidas.
- b) Si en un contrato para obra determinada o servicio específico, el trabajador continua laborando, después de concluida la obra o servicio.
- c) Si el titular, en un contrato de suplencia no se reincorpora al vencerse plazo y el trabajador suplente continuó laborando.
- d) Cuando el trabajador demuestra la existencia de simulación o fraude a la ley, en su contratación, pudiendo contar, a su solicitud, con la intervención de la autoridad de trabajo para la verificación de su labor.

En síntesis, la tendencia a la contratación temporal se ha visto robustecida con la siguiente precarización del empleo productivo, con formas más directas para la determinación de la relación laboral por iniciativa del empleador, perjudicando la estabilidad del ingreso al empleo, a través de una variedad de contratos de trabajo sujetos a modalidad como los anotados y con otros instrumentos creados para minimizar la contratación indefinida, promoviendo los denominados convenios de formación laboral juvenil de prácticas pre-profesionales y el contrato de aprendizaje además de la

25 Ibidem 50

intermediación laboral y la promoción del trabajo autónomo, en todas sus variantes, e incluso utilizando la contratación civil para servicios laborales.

Pese a ello, hoy en día viene debatiéndose en diversos foros empresariales, gremiales académicos e incluso políticos, la necesaria revisión de la contratación modal en Perú, dado que determinados contratos no tienen la naturaleza accidental o temporal que les asigna, pues las actividades para las que son contratados los trabajadores no tienen dicha naturaleza sino se trata de actividades permanentes, que son cubiertas por personal eventual.

Entre ellos se puede mencionar al contrato por inicio o incremento de actividad, el contrato de emergencia y el contrato por necesidades de mercado, cuya normativa debe ser acorde al tiempo de actividades temporales o accidentales.

Debe destacarse que con ocasión del debate de la ley del trabajo, se han cuestionado diversos contratos modales, dado que por su naturaleza no tienen esa calidad, en la medida de los servicios prestados son de carácter permanente.²⁶

4.10. MODALIDADES FORMATIVAS LABORALES.

Como antecedentes tenemos la capacitación para el trabajo de los jóvenes, previsto en la ley de fomento del empleo, D.S. 002-97-TR, el D.L. 728, ley de formación y promoción laboral, la misma que ha sido remplazada por la ley N° 28518, ley sobre modalidades normativas laborales, que fuera producto del consenso del Consejo Nacional de trabajo y luego en el poder legislativo.

En el título preliminar, sus principios consideran a la persona como el centro fundamental de todo proceso formativo, el acceso a la igualdad de trato y sin discriminación a la formación profesional y a la adecuación a la realidad basada en la experiencia práctica del profesional para asegurar la calidad de la formación.

Dentro de sus objetivos están los de lograr una eficaz interconexión entre la oferta formativa y la demanda en el mercado; fomentar la formación y capacitación laboral vinculada a los procesos productivos y de servicios; y, adecuar el desarrollo de las capacidades. Su ámbito de aplicación comprende a las empresas del régimen laboral de la actividad privada.

26 *Ibidem* 51

Son tipos especiales de convenios educacionales que se sustentan en la dualidad de la formación profesional, relacionado al aprendizaje teórico y práctico para lograr una capacitación integra, mediante el desempeño de tareas programadas de capacitación y formación profesional. Entre ellas tenemos.²⁷

1. Aprendizaje.

- a) Con predominio de la empresa.
- b) Con predominio en el centro de formación profesional.
- c) Practicas pre-profesionales.

2. Prácticas profesionales.

3. De la capacitación laboral juvenil.

Jornada formativa responde a las necesidades formativas y depende del convenio, exceder los siguientes límites:

- a) Aprendizaje con predominio en la empresa, no mayor de 8 horas diarias o 48 semanales.
- b) Aprendizaje con predominio en el centro de formación, no mayor de 6 horas diarias o 30 semanales.
- c) Practicas pre profesionales, 8 horas o 48 horas semanales.
- d) Capacitación laboral juvenil, no mayor a 8 horas diarias o 48 horas semanales.
- e) Pasantías puede superar las 8 diarias o 48 horas semanales.
- f) Actualización no mayor a 8 horas diarias o 48 horas semanales.

4. Desnaturalización.

Se desnaturaliza la modalidad formativa y se entiende que existe una relación laboral común, en los siguientes casos:

- a) La existencia del convenio de modalidad formativa.
- b) Falta de capacitación en la ocupación específica.

27 Ibídem 52

- c) Si el beneficio está relacionado con la empresa.
- d) Presentación de documentación falsa a la autoridad de trabajo.
- e) Si se exceden los plazos fijados para los convenios.
- f) Continuar con la modalidad formativa, después del vencimiento.
- g) La existencia de fraude o simulación.
- h) Exceder los porcentajes limitativos.

Además, la norma regula que los convenios celebrados serán presentados a la autoridad administrativa de trabajo y lo concerniente a los registros, la supervisión de las modalidades formativas, la restricción a la suscripción de convenios de modalidades formativas, de las infracciones y las sanciones.

4.11. EL CONTRATO CIVIL DIFERENCIA CON EL CONTRATO DE TRABAJO.

El contrato civil, se regula por el derecho civil. el artículo 1764 del código civil, establece que “por la colocación de servicios el colocador se obliga, sin estar subordinado al comité, al prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”.

En el contrato de locación de servicios, también intervienen dos partes, el comitente que paga por una retribución económica y el locador, que presta un servicio, ya sea a tiempo determinado o para un trabajo determinado.

La diferencia con el contrato de trabajo, está en el que el contrato civil, los servicios que se prestan no son subordinados, es decir, no existe control de horario, no se cumple órdenes del que contrata servicios y no percibe los beneficios económicos propios de la relación laboral.

Adicionalmente, la locación de servicios está sujeto al impuesto a la renta de cuarta categoría, no percibe ningún beneficio económico y no tiene derecho a la seguro social ni al sistema privado de pensiones o al del estado; mientras que el trabajo dependiente está sujeto a la renta de quinta categoría, percibe todos los derechos laborales, como gratificaciones por tiempo de servicios, vacaciones si labora por más de un año y aporta al seguro social y al sistema de pensiones o cargo del estado.

Si durante la prestación de servicio derivados de la locación de servicios, se determina que estos se han prestado bajo subordinación y dependencia, entonces dicho contrato se convierte en un contrato de trabajo de duración indeterminada, reconociéndose todos los derechos laborales y provisionales incluido el régimen tributario.

Es aplicable a este caso, lo que la doctrina denominó el “principio de la primacía de la realidad”, por el cual prima el contenido de la prestación de los servicios sobre las formalidades establecidas en un documento y la denominación que se le haya dado.

Por eso la jurisprudencia laboral, precisó:

Para determinar la existencia de un vínculo laboral dependencia prima el contenido de la relación y la forma en el que se presta sobre los términos de los documentos suscrito.

La relación jurídica del contrato de trabajo se diferencia del contrato civil, justamente por cuanto la prestación de los servicios se realiza bajo subordinación y dependencia lo que determina la aplicación de la normas del derecho laboral, mas no las que corresponde al derecho civil.²⁸

28 *SUMILLA.- Cuando la renuncia se encuentra afectada por un vicio del consentimiento, no es equiparable al despido sin causa, sino que aquella es ineficaz y, por tanto, el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido el acto viciado de nulidad.*

Lima, ocho de abril de dos mil dieciséis. **VISTA**; la causa número nueve mil diecinueve, guion dos mil quince, guion **LIMA**, en audiencia pública de la fecha; y producida la votación con arreglo a ley; interviniendo como **ponente** el señor juez supremo **Malca Guaylupo** con la adhesión de los señores jueces supremos: Yrivarren Fallaque, Arias Lazarte y De La Rosa Bedriñana; y el **voto en minoría** del señor juez supremo **Arévalo Vela**; se emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO**: Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante, **Óscar Eduardo Romero Lozada Chavarri**, mediante escrito de fecha uno de abril de dos mil quince, que corre en fojas ciento ochenta y siete a ciento noventa; contra la Sentencia de Vista contenida en la resolución de fecha seis de enero de dos mil quince, que corre en fojas ciento setenta y ocho a ciento ochenta y dos, que revocó la Sentencia apelada contenida en la resolución de fecha trece de enero de dos mil trece, que corre en fojas ciento cuarenta y cuatro a ciento cincuenta y tres, que declaró fundada en parte la demanda, en el extremo que amparó la indemnización por despido arbitrario, reformándola declaró infundada y modificó la suma ordenada a pagar por la empresa demandada, y confirmó en lo demás que contiene; en el proceso seguido con la empresa demandada, **M A Servicios Integrales S.A.** sobre reconocimiento de vínculo laboral y otros. **CAUSAL DEL RECURSO**: El recurrente invocando el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por la Ley N° 27021, denuncia ia como

causal de su recurso, *aplicación indebida del inciso b) del artículo 16° del Decreto Supremo N° 003-97-TR*. **CONSIDERANDO: Primero:** El recurso de casación reúne los requisitos de procedencia del artículo 55° de la Ley Procesal de Trabajo, Ley N° 26636, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, y los requisitos de forma contemplados en el artículo 57° de la misma norma. **Segundo:** Conforme se aprecia de la demanda, que corre en fojas sesenta y uno a sesenta y ocho, el actor solicita la desnaturalización de los contratos de locación de servicios suscritos con la parte emplazada; y se declare la existencia de una relación de trabajo a plazo indeterminado en el período comprendido desde el uno de octubre de mil novecientos noventa y nueve al treinta y uno de julio de dos mil dos; y como consecuencia de ello, se le paguen los beneficios sociales no percibidos en dicho período, se reconozca la continuidad en la prestación de servicios desde la fecha de ingreso hasta el dos de noviembre de dos mil once, asimismo solicita la entrega del certificado de trabajo asignándose todo su record laboral; más intereses legales, con costas y costos del proceso. **Tercero:** Sobre la causal denunciada, cabe señalar que la invocación de la “aplicación indebida” de una norma de derecho material se suscita cuando se actúa una norma impertinente a la relación fáctica establecida en la propia sentencia. En el caso concreto, el recurrente describe correctamente la causal invocada; esto es, señala la norma indebidamente aplicada y precisó las normas a aplicar, de conformidad con el inciso a) del artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por la Ley N° 27021; deviniendo en **procedente**. **Cuarto:** El Vigésimo Sexto Juzgado Especializado de Trabajo Transitorio de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Sentencia de fecha trece de noviembre de dos mil trece, declaró **fundada en parte** la demanda, al considerar que el actor realizó trabajos de naturaleza permanente, relacionados con la actividad económica principal de la empresa demandada y continuó en el desempeño de la misma función en el período inmediatamente posterior, por lo que desnaturalizó los contratos de locación de servicios; además, determinó la existencia de un despido incausado al advertir que la demandada no concedió al demandante el plazo de treinta días naturales, regulado en el artículo 31° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia, por lo que declaró la existencia de una relación de trabajo de duración indeterminada, y ordenó el pago de los beneficios sociales e indemnización por despido arbitrario, así como ley de certificado de trabajo. **Quinto:** El Colegiado de la Tercera Sala Especializada Laboral de la misma Corte Superior, mediante Sentencia de Vista de fecha seis de enero de dos mil quince, confirmó en parte la Sentencia apelada referida a la desnaturalización de los contratos de locación de servicios con la aplicación del principio de veracidad y modificó el importe ordenado pagar por beneficios sociales, al concluir que la transacción extrajudicial solo es aplicable a derechos de carácter disponibles y transigibles. En cuanto a la por despido arbitrario, **revocó** la Sentencia apelada en el extremo que amparó la indemnización por despido arbitrario, al tomar como válida la carta de renuncia del actor, en la cual, el demandante manifestó su expresa voluntad de renunciar, configurándose una de las causas de la extinción del contrato de trabajo reguladas en el artículo 16° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. **Sexto:** En cuanto a la causal que se declara procedente, *aplicación indebida del inciso b) del artículo 16° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR*, prescribe:

“Son causas de extinción del contrato de trabajo: (...) b) La renuncia o retiro voluntario del trabajador”. Asimismo, el impugnante señala los **artículos 34° y 38° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97- TR**, como los que debieron aplicarse, que a su vez dicen: *“Artículo 34°.- El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. (...) Artículo 38°.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba”.* Al respecto, el recurrente señala que la extinción de la relación laboral se debió a un acto unilateral de la empresa emplazada, mediante el cual decidió cesarlo sin expresión de causa el día dos de noviembre de dos mil once. Por otro lado que la parte demandada, alega como causa del cese de la relación laboral, la renuncia voluntaria presentada el día treinta y uno de octubre de dos mil once, causal prevista en el inciso b) del artículo 16° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. **Sétimo:** En tal sentido, corresponde evaluar si, efectivamente, se produjo un despido arbitrario, o si, por el contrario, la relación laboral se extinguió a consecuencia de la renuncia voluntaria del actor. En efecto, en este contexto los hechos alegados por el demandante tienen incidencia directa sobre las normas de derecho material a aplicarse, razón por la cual, es objeto examinar si se ha vulnerado el derecho a la indemnización por despido arbitrario, evaluando los argumentos y las pruebas aportadas. **Octavo:**

En nuestro marco jurídico, se ha contemplado las siguientes causas de extinción del contrato de trabajo: a) el fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural; b) la renuncia o retiro voluntario del trabajador; c) 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; d) el mutuo disenso entre trabajador y empleador; e) la invalidez absoluta permanente; f) la jubilación; g) el despido, en los casos y forma permitidos por la Ley; h) la terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley, de acuerdo a la norma citada en el considerando anterior.

Noveno: Respecto a la causa de extinción del vínculo laboral, sobre renuncia o retiro voluntario, la Ley no exige al trabajador que funde su decisión en causa alguna, lo que debe verse como una expresión del principio protector del Derecho del Trabajo y de la libertad de trabajo, plasmados como derechos fundamentales de la persona, de acuerdo al inciso 15) del artículo 2° y el artículo 23° de la Constitución Política del Perú. Asimismo, cuando el trabajador opte por esta causa de extinción del vínculo laboral, deberá cumplir con el requisito previsto en el artículo 18° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, referido a dar aviso por escrito con treinta (30) días de anticipación; y que el empleador puede exonerar este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador; en este último caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día. **Décimo:**

Dentro de ese contexto, se aprecia que esta causa de extinción del contrato laboral, es por propia voluntad unilateral del trabajador, cuya eficacia no depende de la decisión del empleador de aceptar la renuncia, caso contrario se desnaturalizaría, dicha figura, por tal es un acto jurídico, una acción, propia, pura y simple del trabajador que se materializa en la extinción del vínculo laboral; más aún, si no solicita la nulidad o anulabilidad del mismo. **Décimo Primero:** Sin embargo, la renuncia efectuada por el trabajador carece de validez si obedeció a una actitud de la empleadora, quien teniendo intención de prescindir de los servicios de sus dependientes, pretendía sustraerse al pago de las indemnizaciones que debía otorgar al trabajador en caso de disponer de un despido directo. **Décimo Segundo:** Esto es debido a que la causal de extinción del contrato de trabajo establecida en el inciso b) del artículo 16° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, la renuncia constituye una manifestación libre y voluntaria del trabajador en la que se evidencia el deseo de dar por concluido el vínculo laboral, sin concurrir en ella uno de los vicios de la voluntad; es decir, error, dolo, violencia o intimidación, ya que cuando la renuncia se encuentra afectada por un vicio del consentimiento, no es equiparable al despido sin causa, sino que aquella es ineficaz y, por tanto, el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido el acto viciado de nulidad. En caso contrario, la renuncia es un acto válido, prístino e irrevocable. **Décimo Tercero:** Entonces, debemos hacer algunas precisiones sobre este punto. La Real Academia de la Lengua Española define la "coacción" como la fuerza o violencia que se ejerce sobre alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo, asimismo en una segunda acepción la define como el poder legítimo del derecho para imponer su cumplimiento o prevalecer sobre su infracción. Por otro lado, el artículo 214° del Código Civil señala que la violencia o intimidación son causales de anulabilidad del acto jurídico, mientras que el artículo 215° del citado Código, indica la existencia de intimidación cuando un tercero funda el temor de sufrir un mal inminente y grave. **Décimo Cuarto:** En el caso concreto, el actor argumenta en su escrito de demanda, que corre en fojas sesenta y uno a sesenta y ocho, que su carta de renuncia, elaborada con fecha treinta y uno de octubre de dos mil once, que corre en fojas setenta y seis, obedeció a la manifestación realizada por la demandada el ocho de noviembre de dos mil once a cambio de entregarle la suma de seis mil con 00/100 nuevos soles (S/. 6,000.00) a título de liberalidad; para lo cual, adjunta: i) el correo de fecha veintiséis de octubre de dos mil once, que corre en fojas treinta y seis a treinta y siete, enviado por Marco Iturri al demandante, mediante el cual le adjuntó informes realizados por el Inspector que confirmarían el deficiente desempeño laboral del actor y lo citó para el día dos de noviembre para hablar al respecto; ii) el correo de fecha quince de noviembre de dos mil once, que corre en fojas cincuenta, enviado por Marco Iturri al demandante, mediante el cual le comunica las modificaciones hechas al Acta de Transacción Extrajudicial y se le requiere presentar la carta de renuncia con fecha de conclusión de servicios el treinta y uno de octubre de dos mil once; y iii) el correo de fecha treinta de noviembre de dos mil once, que corre en fojas cincuenta y siete, enviado por Marco Iturri al demandante, en el cual lo cita para que el día cinco de diciembre de dos mil once le alcance la carta de renuncia. **Décimo Quinto:** Igualmente, la empresa demandada para sostener la validez de la renuncia adjunta: i) la carta de renuncia suscrita por el demandante con fecha treinta y uno de octubre de dos mil once; y ii) la transacción extrajudicial redactada

el primero de diciembre de dos mil once, que corre en fojas setenta y siete a setenta y ocho, mediante el cual la demandada entrega al demandante a título de gracia pura y simple la suma de seis mil con 00/100 nuevos soles (S/.6,000.00) e indica en el punto dos de la cláusula segunda la extinción de la relación laboral por renuncia el treinta y uno de octubre de dos mil once. **Décimo Sexto:** Conforme a lo anterior, si bien a primera vista la Carta de Renuncia acreditaría la dimisión voluntaria al puesto de trabajo en la empresa demandada, más aún si se encuentra suscrita por el trabajador; sin embargo, dicho medio probatorio por sí solo no genera convicción ni certeza plena a este Colegiado, respecto a la renuncia voluntaria, toda vez que de la revisión de los actuados se desprende la existencia de **contradicción evidente entre lo manifestado por la demandada**, respecto del motivo de cese del actor, en la diligencia de Constatación Policial por negativa de ingreso al centro de trabajo al término de sus vacaciones, de fecha dos de noviembre de dos mil once, que corre en fojas veintisiete y vuelta, en cuya acta consta que la señorita Claudia Fernández Dávila Iturri, Gerente Administrativo de la demandada, refirió que se le citó al demandante para el día viernes cuatro de noviembre de dos mil once a las trece horas para entrevistarse con el Gerente General; **los correos descritos precedentemente** en los que se verifica la ausencia de la carta de renuncia al día treinta y uno de octubre de dos mil once, ya que la demandada hasta el día quince de noviembre requiere al demandante presente la carta de renuncia; y lo **manifestado por la demandada en su escrito de contestación** de demanda en fojas noventa, en el que recién invoca como motivo del cese del actor la sin **renuncia voluntaria** realizada el treinta y uno de octubre de dos mil once, contradicción que hace inferir razonablemente la suscripción con posterioridad a la constatación policial, realizada el día dos de noviembre de dos mil once, sin que existiera en la realidad la voluntad de renuncia por parte del trabajador. **Décimo Sétimo:** Lo que se reafirma con el Acta de Transacción Extrajudicial en el cual consta la entrega a título de liberalidad de un importe dinerario al demandante pese a la presentación de la carta de renuncia, sin ser creíble el acto supuestamente generoso de la parte demandada al entregarle al trabajador la suma de seis mil con 00/100 nuevos soles (S/.6,000.00), ya que como se observa del correo de fecha veintiséis de octubre de dos mil once la demandada contaba con medios idóneos para iniciar el procedimiento formal de despido y además, incentiva al demandante al desligue de la empresa; situación fáctica que nos permite concluir que la transacción extrajudicial, es decir, la entrega del dinero se vio condicionada a presentar la carta de renuncia, la cual fue suscrita en fecha posterior al treinta y uno de octubre de dos mil once. **Décimo Octavo:** A lo señalado, debe agregarse lo afirmado por el actor en el punto séptimo de su demanda, referido al goce de sus vacaciones por el período comprendido entre el doce al treinta y uno de octubre de dos mil once, luego del cual no se le permitió el ingreso a su centro de trabajo el día dos de noviembre de dos mil once, lo cual se encuentra acreditado con la constatación policial de dicho día; lo que permite afirmar que el actor fue despedido el día dos de noviembre de dos mil once, cuando procedió a incorporarse al centro de trabajo. **Décimo Noveno:** La valoración conjunta y razonada de las pruebas y los hechos antes referidos, permite concluir a este Colegiado que la carta de renuncia no constituye la expresión de lo ocurrido en la realidad y el motivo del cese habría sido la voluntad del empleador de rescindir el contrato; por tanto, al no acreditarse la causal contemplada en el inciso b) del artículo 16° del Decreto Legislativo

4.12. INTERMEDIACION LABORAL

Es la relación que establece un tercero con un empleador, sin que los trabajadores presten servicios para este último; tengan relación laboral, ya que la mantienen con el intermediario. Víctor ferro, citando a KROTOSCHIN, anota que el intermediario puede ser generándose una relación triangular por la que si bien los servicios se prestan en provecho de otra, el vínculo de subordinación se establece, real o aparentemente, con la tercera persona. Así, el contratista dispone de elementos propios, de cierta solvencia económica y realiza para otros por su cuenta.

Es un verdadero empresario y mantiene vínculo laboral con sus trabajadores, mientras que el beneficiario principal de los servicios la empresa usuaria no está vinculado laboralmente con dicho personal.

La intermediación laboral, estuvo prevista en nuestro ordenamiento laboral, pero solamente a título de excepción, tanto en el D.L. 22126 en la

N° 003-97- TR, se puede determinar que el actor fue despedido sin alguna causal válida que permita extinguir el contrato de trabajo; por ende existe ausencia de causa justa para la extinción del vínculo laboral; en ese sentido, este **Colegiado concluye que al actor le asiste el derecho a la indemnización por despido arbitrario**; encontrándose comprendido dentro de lo previsto en los **artículos 34° y 38°** del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, razón por la cual la causal denunciada deviene en **fundada**. Por estas consideraciones: **DECISIÓN**: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante, **Óscar Eduardo Romero Lozada Chavarri**, mediante escrito de fecha primero de abril de dos mil catorce, que corre en fojas ciento ochenta y siete a ciento noventa, en consecuencia: **CASARON** la Sentencia de Vista de fecha seis de enero de dos mil quince, que corre en fojas ciento setenta y ocho a ciento ochenta y dos; *y actuando en sede de instancia*, **CONFIRMARON** la Sentencia apelada de fecha trece de noviembre de dos mil trece, que corre en fojas ciento cuarenta y cuatro a ciento cincuenta y tres, que declaró **fundada en parte** la demanda, y **ordena** a la parte demandada cumpla con reconocer a favor del demandante una relación de trabajo a plazo indeterminado en el período comprendido desde el uno de octubre de mil novecientos noventa y nueve hasta el treinta y uno de julio del dos mil dos, así como cumpla con pagar la suma de treinta y un mil seiscientos noventa y 37/100 nuevos soles (S/.31,690.37), por los siguientes conceptos: compensación por tiempo de servicios (CTS), gratificaciones, vacaciones e indemnización por despido arbitrario; con lo demás que contiene; y **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en los seguidos con la empresa demandada, **M A Servicios Integrales S.A.**, sobre reconocimiento de vínculo laboral y otros; interviniendo como ponente el señor juez supremo **Malca Guaylupo** y los devolvieron. **S.S. YRIVARREN FALLAQUE ARIAS LAZARTE DE LA ROSA BEDRIÑANA MALCA G**

ley 24514; producida la reforma laboral, de la flexibiliza desde 1991, con la legislación del Decreto Legislativo N°728, Ley del fomento del empleo, introduciendo modificaciones tendientes a posibilitar un mayor auge de esta modalidad, actuando como intermediarias, las siguientes empresas: Empresas especiales dedicadas a la intermediación que se subdividieron en:

4.12.1. EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES.

Que laboran temporalmente en el desarrollo de las actividades del tercero usuario, que contrata los servicios como persona natural o jurídica.

Los trabajadores vinculados a esta empresa son los trabajadores de planta, trabajan en las actividades propias de la empresa de servicios. Los trabajadores destacados son enviados a la dependencia del usuario para cumplir el servicio.

4.12.2. EMPRESAS DE SERVICIO COMPLEMENTARIOS.

Las ponen a disposición del usuario para actividades de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado, no sean actividades principales del usuario. En el contrato de locación de servicios se indicaran las labores y modalidades de los servicios a prestarse.

La autorización de funcionamiento de las empresas especiales, era otorgada por el ministerio de trabajo con las facilidades propias de la simplificación administrativa.

Las empresas de servicios temporales que efectúan intermediación laboral, son denominadas de segundo grado o atenuadas ya que realizan labores en las que el intermediario actúa como verdadero empleador, asumiendo la facultad directriz que le compete y sin sustituir al personal de la empresa usuaria que cumple las labores propias del giro del negocio, mientras que las empresas de servicios complementarios son de primer grado en cuanto que la empresa usuaria pasa a ejercer la directriz propia del contrato de trabajo con personal que no le pertenece, a quien conduce de la misma forma que a sus propios trabajadores. En tal virtud, el personal de esta modalidad de intermediación sustituye a los trabajadores de la empresa usuaria por lo que su intervención es de carácter restringido.

La primera modalidad de intermediación es de naturaleza cualitativa, al no existir limitación sobre el número de trabajadores que pueden prestar

servicios en la empresa usuaria a diferencia de la segunda modalidad, que debe estar en un marco de temporalidad, por lo que este sujeto a un determinado porcentaje. Porcentaje que varió, en el tiempo, fijados inicialmente en el 20% para luego “flexibilizarlo” hasta llegar al 50%, aplicado indistintamente para ambas modalidades de intermediación.

Dado que la intermediación laboral afectaba el contenido del derecho laboral, pues este regula la relación directa entre el empresario y sus trabajadores, sin intermediarios, y aceptada la intermediación laboral en supuestos específicos, atendiendo a la naturaleza de su actividad, se dictó de nueva regulación.

4.13. SUPUESTOS DE INTERMEDIACION LABORAL

Conforme a dicha ley, para que proceda esta clase de labor, es necesario que se den los supuestos de temporalidad, complementariedad, o especialización, esto es, que la intermediación laboral, este sujeta a un tiempo determinado, para labores complementarias a la actividad principal o de alta especialización, requeridas por una empresa usuaria.

Por tanto, no se podrá prestar servicios, que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria, pues tales servicios serán cubiertos por el personal permanente, cuya relación laboral la tienen establecida con su empleador.

La intermediación laboral está prohibida en el supuesto de reemplazar al personal que ejerce el derecho de huelga y también para reemplazar al personal de otra empresa de servicios o cooperativa.

4.13.1. LA EMPRESA DE SERVICIOS.

Estas empresas son las que prestan servicios de intermediación laboral, según la modalidad prevista en la ley laboral y son:

- a) **EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES.**- Son personas jurídicas que contratan con una empresa usuaria para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, para realizar labores bajo el poder de dirección de la empresa usuaria, que corresponden a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia.

- b) **EMPRESAS DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS:** Son personas jurídicas que destacan personal para desarrollar actividades accesorias o no vinculadas al giro principal de la empresa usuaria.
- c) **EMPRESAS DE SERVICIOS ESPECIALIZADOS:** Son personas jurídicas que prestan servicios de alta especialización para la empresa usuaria, careciendo del poder de dirección en las tareas que realizan en ella.

Los trabajadores vinculados a estas empresas son:

Trabajadores de planta: son los que prestan servicios subordinados, sin estar sometidos a las intermediación laboral.

4.13.2. NORMAS COMUNES.

- 1.- Los trabajadores de las Empresas de servicios y los socios trabajadores de las cooperativas, gozan de los mismos derechos y beneficios sociales que perciben los trabajadores de la actividad privada, tales como la compensación por tiempo de servicios, entre nosotros.
- 2.- Los trabajadores y socios trabajadores destacados a una promesa usuaria, durante el periodo de la prestación de servicios, percibirán la remuneraciones y condiciones de trabajo, que ella otorga a su personal.
- 3.- El número de trabajadores de las empresas de servicios y las cooperativas bajo modalidad temporal, no excederá del 20% del total de los trabajadores de la empresa usuaria. Tal porcentaje no es aplicable a los servicios que tengan autonomía técnica y la responsabilidad con sus actividades.
- 4.- Las cooperativas y las empresas de servicios, con el fin de garantizar el pago de los derechos laborales de sus socios trabajadores o de su personal, respectivamente, otorgarán una fianza emitida por una entidad bancaria o financiera. Si la fianza resulta insuficiente para el pago de los derechos adeudados, las empresas usuarias serán solidariamente responsables del pago de los adeudos.
- 5.- El ministerio de trabajo y promoción del empleo, está facultado para declarar la perdida de vigencia de la inscripción en el registro si existe incumplimiento reiterado de sus obligaciones laborales o no se cumple con el deber de la información o se produce la pérdida de

alguno de sus requisitos necesarios para su subsistencia o la solicitud de la propia en entidad.

4.14. DENATURALIZACION.

La intermediación laboral carece de eficacia y es nula de pleno derecho, si limita el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores que pertenecen a la empresa usuaria o de las empresas de servicios o cooperativas de trabajadores.

Si se incumplen los supuestos de la intermediación laboral, comprobados en un procedimiento inspectivo y en aplicación del principio de la primacía de la realidad, se entenderá que desde el inicio de la presentación, los trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria.

Si se incumple la limitación establecida, se considera la existencia de una relación de trabajo, con el personal que hubiera ingresado al servicio de la empresa usuaria, a partir de que se produzca la excedencia.

Si se celebran contratos civiles, para desarrollar labores que corresponden a la actividad principal de la empresa usuaria, se entiende que los trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria desde el inicio de las labores.

Las empresas usuarias que hayan celebrado contratos de intermediación laboral, fuera de los supuestos de la ley laboral, se adecuarán dentro del plazo otorgado de la ley, vencido el cual, si no se hubieran adecuado, se asume que los trabajadores destacados tienen contrato de trabajo con la empresa usuaria desde el inicio del destaque.

4.15. SUSPENSION DE CONTRATO DE TRABAJO

La suspensión del contrato de trabajo produce la interrupción temporal de las obligaciones esenciales que de él emanan, tales como la presentación de servicios por parte del trabajador y el no abono de la contraprestación por el empleador, sin que desaparezca el vínculo laboral.

4.15.1. FORMAS DE SUSPENSION.

La suspensión se presenta a través de diversas formas, como enseña Mario Pasco Cosmopolis:

Por su ámbito, la suspensión puede ser individual, si comprende a un solo trabajador como en el caso de un accidente o enfermedad; o colectiva, cuando afecta a un colectivo de trabajadores.

Por causa común, que se presenta cuando se ejerce el derecho de huelga.

Por su origen, procede la suspensión si se deriva de la voluntad de una de las partes como cuando el empleador impone una sanción disciplinaria por infracción a las obligaciones contractuales por el trabajador; o de la voluntad conjunta de ambas partes si convienen en el otorgamiento de una licencia con goce o sin goce de haberes.

Por su regularidad, la suspensión se produce bien sea de modo previsible, ajustado a un otorgamiento del descanso vacacional; o imprevisible, si se presenta de modo inesperado, como una situación de caso fortuito o fuerza mayor.

4.15.2. EFECTOS

Para Mario Pasco Cosmopolis, los efectos jurídicos de la suspensión serían:

a) **Cese de la obligación de trabajar.** En tal sentido, el trabajador se encuentra eximido, en virtud de la suspensión o prestar sus servicios.

Cese la obligación remuneratoria. El empleador, a raíz de la inactividad de trabajador, se encuentra autorizado para no cumplir con la contraprestación, excepto si la ley lo obliga, tratándose de una suspensión imperfecta, donde pese a que no hay prestación del servicio, se obliga a abonar la remuneración.

Subsistencia del contenido ético. Pese al no cumplimiento de una actividad laboral, se mantienen latentes los deberes de lealtad y respeto, que no cesan ni se interrumpen.

Acumulación de la antigüedad. Salvo disposición legal en contrario, los periodos de suspensión se computa para efectos de la antigüedad, el tiempo de servicios del trabajador y los derechos laborales.

b) **Reserva del puesto.** Por ser temporal la suspensión, el trabajador, una vez concluida, tiene derecho a su reinstalación en su puesto para

lo cual, el empleador debe reservarlo, que se manifiesta al retomar el titular en el supuesto de la suplencia.

Continuidad de afiliación a la seguridad social. Durante la suspensión, no se pierde la condición, de afiliado de la seguridad social, y de requerir las prestaciones sociales que por cualquiera contingencia o riesgo social que se presentare. Podría considerarse extensivo al sistema de pensiones, pública o privado, en cuanto a los aportes que haya que realizar.

4.15.3. CLASES.

La tipificación de las clases de suspensión, se realiza con arreglo a nuestra formativa nacional, D-S-003-97-TR, de la que fluye la siguiente:

1.-SUSPENSION PERFECTA.- Es aquella por la cual, el empleador y el trabajador no cumplen las obligaciones derivadas del contrato del trabajo, es decir, no hay prestación del servicio y pago de la remuneración.

2.-SUSPENSION IMPERFECTA.- Es aquella por la cual, el empleador debe cumplir con su obligación de pagar la remuneración sin que el trabajador preste los servicios derivados del contrato del trabajo. Es decir, se efectúa la contraprestación sin la prestación de servicios.

4.15.4. CAUSALES DE SUSPENSIÓN.

No estamos ante un sistema de *numerus clausus*, que señale taxativamente las causas de suspensión del contrato de trabajo, dado que las establecidas en la ley laboral, no exceptúan a otras no contempladas expresamente pero que tienen la misma naturaleza, como cuando se produce la extinción del contrato de trabajo por el acto de una despido, que es declarado judicialmente como nulo, lo que determina una suspensión por el lapso de tiempo desde que lo fue, proceso judicial de por medio, hasta la reposición efectiva convirtiéndose por ende, en una suspensión imperfecta.

1.- LA INVALIDEZ TEMPORAL.

De producirse la invalidez del servidor, implica la no prestación del servicio por un tiempo determinado. La ley ha establecido una diferencia: si se trata de una invalidez temporal absoluta, se suspende la relación de trabajo por el tiempo de su duración.

Si es una invalidez parcial temporal, solamente suspende la relación de trabajo si le impide al trabajador desempeñar sus labores en el centro de trabajo.

En ambos casos, será declarada por ESSALUD o por el Ministerio de Salud o por una Junta de Médicos designada por el Colegio Médico, a solicitud del empleador.

2.- LA ENFERMEDAD Y EL ACCIDENTE COMPROBADOS.

Cuando el trabajador sufre una enfermedad, debe contar con el certificado de Incapacidad temporal para el trabajo expedido por ESSALUD y durante el periodo de incapacidad declarado, el empleador abonará la remuneración por los primeros 20 días y a partir del vigésimo primer día ESSALUD le abonará un subsidio; dicho periodo de incapacidad o excederá de 11 meses y 10 día, ya que de lo contrario, será sometido a una evaluación que determine su invalidez. También si sufre un accidente comprobado, el que sigue la suerte del anterior, entendiéndose como accidente toda sesión corporal producida por una acción imprevista, fortuita u ocasional, de una fuerza externa que obra súbitamente sobre la persona y que puede ser determinada por los médicos de una manera cierta.

3.- LA MATERNIDAD DURANTE EL DESCANSO PRE Y POST NATAL.

Las madres trabajadoras tienen derecho al descanso por maternidad hasta por La licencia por maternidad es un derecho garantizado por el Estado peruano. Según la **Ley N° 26644**, ley que precisa el goce del derecho de descanso pre y post natal de la trabajadora gestante, el descanso debe ser de 98 días calendario. Sin embargo, muchas mujeres aún desconocen cuáles son los beneficios que tienen y las obligaciones que deben cumplir sus empleadores. Por tal motivo, entrevistamos a dos expertos en el tema para que aclaren las principales dudas que se puedan tener sobre el descanso pre y post natal. **Álvaro García, abogado laboralista**, explica que la licencia por maternidad dura 98 días naturales, repartidos en 49 días prenatal y 49 días postnatal. No necesariamente debe tomarse 49-49 sino que la trabajadora podrá acumular todo o parte del prenatal al postnatal, previa opinión favorable del médico tratante. Esta licencia se puede extender por 30 días adicionales si: existe nacimiento múltiple o nacimiento de niños con discapacidad César Puntriano, abogado laboralista

y socio del Estudio Muñiz, añade que a este descanso se le puede sumar las vacaciones pendientes de la trabajadora, para lo cual se debe comunicar la decisión al empleador con una anticipación no menor de 15 días naturales del inicio del descanso vacacional. Esta decisión no requiere aceptación ni aprobación del empleador.

Por mandato legal, podrá acumular el descanso pre-natal con el post-natal, previa comunicación al empleador y con el visto bueno, aparejado con el informe respectivo del Médico Tratante, que certifique que no existe perjuicio para la madre o al concebido, pudiendo incluso solicitar concluido que sea, su descanso vacacional.

Adicionalmente se ha reestablecido el derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, luego del descanso post-natal hasta que su hijo tenga un año de edad, hora diaria que se considera como efectivamente laborada para todo efecto remunerativo legal.

4.- LA LICENCIA PARA DESEMPEÑAR CARGOS CÍVICOS O PARA CUMPLIR EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO.

Si quien presta servicios remunerados y subordinados es elegido para desempeñar un cargo parlamentario, se suspende la relación laboral por el tiempo que dure el mandato, que para el caso de los parlamentarios es por el término de 5 años.

Si se trata del cargo de Alcalde, será por el tiempo que dure el mandato para el que fue elegido, y por ser un cargo a tiempo completo es rentado mediante una remuneración mensual fijada por acuerdo del Municipio dentro del primer trimestre del primer año de gestión, tal como lo establece el artículo 21 de la Ley Nro. 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

En el caso de los regidores electos que trabajan como dependientes en el sector privado o público, procede la suspensión del contrato laboral, con goce de haber hasta 20 horas semanales para que se cumpla con su función municipal; el empleador se obliga a preservar su nivel remunerativo así como a no trasladarlos sin su expreso consentimiento mientras ejerza dicha función; criterio de proporcionalidad horaria que es extensivo a los Consejeros Regionales de los Gobiernos Regionales. Los empleadores concederán la licencia bajo responsabilidad.

La cual relativa al Servicio Militar Obligatorio, establecida en la ley, ha sido objeto de modificación legislativa, en virtud de la ley del Servicio Militar, Ley Nro. 27178, toda vez que dicho Servicio Militar ha dejado de ser obligatorio para ser considerado como honor, y por ende, la convocatoria al llamamiento importa una incorporación voluntaria. Sin embargo, los seleccionados voluntariamente tiene derecho, por mandato de dicha ley, a conservar su empleo, por lo que en tanto presten su servicio militar, se producirá la suspensión del contrato de trabajo, debiendo el empleador reservar el puesto hasta la culminación del mismo.

5.- LA LICENCIA PARA DESEMPEÑAR CARGOS SINDICALES.

Por mandato de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, D. L. 25593 y sus modificatorias, la licencia sindical será por un periodo de 30 días al año para desempeñar el cargo sindical, salvo acuerdo de las partes para establecer un plazo mayor, como la licencia sindical permanente durante el plazo en el que ejerce la condición de diligente sindical.

6.- LA SANCIÓN DISCIPLINARIA.

Impuesta por el empleador cuando se produce infracción de las obligaciones por parte del trabajador, y se suspende por el tiempo dispuesto por la medida disciplinaria, la que es producto de la decisión sancionadora del empleador.

7.- EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA.

Conforme lo dispone la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la huelga suspende la relación laboral de los trabajadores involucrados por el lapso que dure la acción sindical, al margen de su es declarada legal o ilegal por la Autoridad Administrativa de trabajo.

8.- LA DETENCIÓN DEL TRABAJADOR.

Salvo el caso de condena privativa de la libertad. Si se produce la detención del trabajador por razones ajenas, se suspende la relación laboral por el tiempo de la detención que lo priva de su libertad, excepto en el caso que el trabajador sea condenado por la resolución judicial con pena privativa de su libertad.

9.- LA INHABILITACIÓN ADMINISTRATIVA O JUDICIAL.

Por un periodo inferior a los tres meses. La inhabilitación dispuesta por la autoridad administrativa o judicial, surtirá efecto si lo es para desempeñar el cargo o función que el trabajador cumple en el centro de trabajo, siempre que no sea superior a los tres meses. En caso contrario, pese a la inhabilitación, no se suspenderá el contrato de trabajo.

10.- EL PERMISO O LICENCIA CONCEDIDA POR EL EMPLEADOR.

Se produce cuando es otorgada como una liberalidad del empleador y suspende la relación de trabajo por el lapso que disponga el empleador, pudiendo ser con goce o si goce de haber, que ha de determinarse por la voluntad común de ambas partes.

11.- EL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR.

Si se presenta cualquier eventualidad, se faculta al empleador a suspender de modo perfecto las labores hasta un máximo de 90 días, salvo que adopte otras medidas para no agravar la situación de su personal, debiendo comunicarlo a la Autoridad Administrativa de Trabajo, la que podrá verificar la causa invocada, y de no acreditarla, se ordenara la reanudación de las labores y el pago de las remuneraciones por el tiempo de suspensión, estando habilitadas las partes para interponer los recursos impugnativos atinentes a su derecho. En este último caso, si bien a norma legal establece que se trata de una suspensión perfecta de labores, la intervención de la autoridad administrativa determina que se modifique a una suspensión imperfecta, hecho que se configura igualmente en otro tipo de causales no previstas en dichas normas.

12.- OTROS CAUSALES ESTABLECIDOS POR LEY.

Están previstas para casos especiales, como la suspensión del contrato de trabajo para el caso de los deportistas que asisten a eventos internacionales, en representación del Perú; cuando existe de por medio mandato sancionador de Autoridad Administrativa, disponiendo el cierre o clausura temporal de establecimiento; que no libera al empleador del cumplimiento de sus obligaciones para con sus trabajadores; o en el caso del proceso judicial por despido nulo cuando se ordena la reposición al centro de trabajo y el pago de la remuneraciones devengadas; o durante la exoneración de

asistencia del trámite previo para el despido por causa justa, tipificada en la ley y debidamente comprobada.

4.16. SUSPENSIÓN DE CONTRATO.

No resulta novedoso, pero sí práctico, recordar que el contrato de trabajo, como los seres vivos, tiene un ciclo vital y certero: uno y otros nacen, se desarrollan, afrontan vicisitudes y finalmente mueren. La suspensión es precisamente una de sus contingencias naturales, la más frecuente y necesaria, y acaso hasta deseable.

El contrato de trabajo es de tracto sucesivo, se ejecuta y prolonga en el tiempo y tiene definida vocación de permanencia. La suspensión, en salvaguarda de la continuidad de la relación contractual, tiene por objeto evitar una ruptura definitiva cuando sobreviene una causa suficiente y justificada que impide transitoriamente su cumplimiento, esto es, permitir que el contrato sufra una interrupción pasajera sin afectar su subsistencia esencial.

La suspensión es, entonces, un intervalo pasivo del contrato, un paréntesis en su dinámica, la cesación justificada de la ejecución del contrato de trabajo que, sin afectar su subsistencia, exonera temporalmente al trabajador, y generalmente también al empleador, del cumplimiento de sus obligaciones esenciales.

La suspensión del contrato puede darse en periodos predeterminados o esporádicos, obedecer a causas extrínsecas o intrínsecas y producir variados efectos. Un problema terminológico envuelto en su nombre y en su definición es si la suspensión es del contrato o sólo de sus efectos, vale decir, ¿se interrumpe el contrato o sólo las obligaciones que de él emanan?

En puridad, el contrato no cesa en ningún instante, sigue vigente, en estado potencial o de latencia; los que se interrumpen son sus efectos, las obligaciones esenciales que de él emanan. Por eso algunos autores prefieren hablar de “suspensión parcial de los efectos del contrato”, en vez de suspensión del contrato mismo, lo cual no es una exquisitez sino sólo un extremo de rigor jurídico. Para la mayoría, en cambio, sin negar lo exacto del cuestionamiento semántico, es preferible optar por lo sencillo y didáctico, y cuidar simplemente de hacer la pertinente aclaración.

¿Qué es lo que estamos haciendo aquí? La discontinuidad ejecutiva del contrato de trabajo, como la denomina Catharino, “comprueba, en cierto modo, su contractualidad. Por ejemplo, para la concepción de la relación laboral fáctica, sería inconcebible la producción de efectos sin que hubiese el hecho-trabajo” (p. 165). No todas las obligaciones emergentes del contrato laboral cesan con carácter absoluto, sino sólo las esenciales, que son rendir el trabajo, como prestación, y remunerarlo como contraprestación.

Subsisten, empero, no se detienen ni se exoneran en ningún instante otros deberes, especialmente en la esfera ética, el llamado contenido ético del contrato: fidelidad, lealtad, confianza, respeto mutuo, etcétera. Otro problema terminológico es la diferencia entre suspensión e interrupción.

Para Krotoschin (p. 516), suspensión es la que se produce por iniciativa del empleador, mientras que la interrupción se origina en la esfera del trabajador (enfermedad, maternidad, servicio militar). Para la doctrina y legislación españolas, en cambio, la suspensión exime a ambas partes de sus obligaciones recíprocas, mientras la interrupción sólo comprende las obligaciones del trabajador, dejando subsistentes las del empleador.

Carro Igelmo las vincula como género y especie, al expresar que “toda suspensión laboral supone indudablemente una interrupción del contrato de trabajo, pero no toda interrupción puede calificarse de suspensión contractual laboral” (p. 20). En América, en cambio, suele denominárselas, respectivamente, suspensión absoluta o perfecta y suspensión relativa o imperfecta, términos que Vida Soria rechaza con calor (p. 24). Se discute, asimismo, si la suspensión es un derecho del trabajador, una prerrogativa del empleador o un simple hecho jurídico. En realidad, ello varía según el tipo de suspensión de que se trate: en el caso de la vacación, como de la enfermedad o el accidente, constituye evidentemente derecho del trabajador ausentarse del trabajo y dejar de rendir el servicio; en el caso fortuito o la fuerza mayor, en cambio, es potestad que se confiere al empleador para cesar la prestación y exonerarse del pago de retribuciones ante la existencia de una causa evidentemente justificada; en el servicio militar, finalmente, hay un hecho externo e imperativo que obliga al trabajador a rendir sus servicios de índole no laboral, obviamente en una institución ajena al empleador, pero que impone a éste el deber de reservarle el puesto de trabajo.

4.16.1. CLASES DE SUSPENSIÓN.

La suspensión adopta diversas formas o modalidades, lo que a su vez da origen a múltiples clasificaciones. Así:

- a) Por su ámbito, puede ser individual, si afecta a un solo individuo o una pluralidad de ellos, pero por causas que les atañen de modo personal; o colectivo, si afecta a un conjunto homogéneo por causa que les es común. Ejemplos de suspensión individual son el descanso por enfermedad, la licencia por maternidad, la vacación. Suspensión colectiva típica es la huelga.
- b) Por sus efectos, hay suspensión absoluta o perfecta, que es aquella en la que se interrumpen tanto la prestación del trabajador cuanto el pago de la remuneración por el empleador, o sea la contraprestación, como sucede con la suspensión disciplinaria. La suspensión imperfecta o relativa determina el cese del trabajo, pero no exonera al empleador de abonar remuneración; ejemplo típico es la vacación, que es no sólo el derecho al descanso anual por un periodo predeterminado, sino además y fundamentalmente el de obtener la retribución correspondiente en monto equivalente al que se hubiera percibido de haberse continuado laborando.
- c) Por su origen, la suspensión puede derivar de la voluntad de una sola de las partes, como acontece con la huelga, donde prevalece el designio unilateral del conjunto de los trabajadores, o, en el reverso, con la suspensión disciplinaria, cuya causa eficiente es la decisión sancionadora del empleador. Puede también derivar de la voluntad común o conjunta de ambas partes, cuyo ejemplo típico es obviamente la licencia convencional. Puede, finalmente, obedecer a una causa exógena, ajena a la voluntad contractual, lo que corresponde por lo general a una situación objetiva como la fuerza mayor o el caso fortuito.

Por su regularidad, esto es, por la previsibilidad o imprevisibilidad de su presentación, la suspensión puede darse en forma programada o intempestiva. Del primer tipo es la vacación, que se ajusta a un calendario establecido de antemano, conocido y aceptado por ambas partes, y en circunstancias normales, la maternidad; del segundo, la enfermedad y el accidente, que se presentan sin aviso, de modo súbito e inesperado.

Todas estas clasificaciones presentan algún interés, aunque no todas ellas trasciendan hacia consecuencias o resultados prácticos.

4.16.2. CARACTERES DE LA SUSPENSIÓN.

Las características esenciales de la suspensión laboral son dos: causalidad y temporalidad.

4.16.2.1. CAUSALIDAD

Para que la suspensión sea tal, es decir, para que libere del cumplimiento de las obligaciones es requisito sine qua non la existencia de una causa válida y suficiente. De lo contrario, la incomparecencia del trabajador constituiría, llana y simplemente, una violación contractual; la falta de causa la privaría de justificación y, aún más, la transformaría jurídicamente del ejercicio regular de un derecho en una infracción, posible incluso de sanción disciplinaria.

A diferencia de lo que sucede en materia de terminación del contrato, donde predomina la rigidez, en materia de suspensión hay gran flexibilidad causal. La causa justificada no tiene que estar necesariamente en la ley; aunque muchas legislaciones la contemplan, puede provenir también de la convención colectiva, del contrato individual, de la costumbre e incluso hasta del simple acuerdo entre empleador y trabajador, como sucede en el caso de la licencia voluntaria.

De la naturaleza de la causa dependerán los efectos. Los diferentes tipos de suspensión detectables en la legislación y en la realidad se distinguen entre sí por la conjunción de ambos extremos: causa y efecto. Así, en términos generales, la suspensión debida a causa no imputable al trabajador conlleva en la mayoría de los casos el pago de remuneración, lo que no sucede necesariamente cuando la causa obedece a la voluntad de aquél.

En estas materias, sin embargo, se aprecia una gran variedad de soluciones legislativas. Por otro lado, la causa debe ser de suficiente entidad para justificar la paralización por un lapso notable. El descanso entre medias jornadas, la pausa para refrigerio, el propio descanso semanal, o aun otros hechos como un padecimiento leve, la ausencia breve para cumplir un trámite, el permiso para asistir a una ceremonia y, en general, la infinidad de pequeños actos de que está compuesta la vida cotidiana no trascienden hacia medidas de suspensión debiendo ser considerados como

simples desmayos de la relación laboral, intrascendentes en lo jurídico y en lo económico.

4.16.2.1. TEMPORALIDAD.

El segundo elemento es también fundamental: la suspensión es un fenómeno temporal, transitorio, proporcional a la causa que lo origina. Si adquiriera carácter permanente, su naturaleza se transformaría y devendría en extinción de la relación laboral, lo que sucede en casos como, por ejemplo, cuando una detención penal concluye en una sentencia privativa de la libertad o cuando una invalidez sufre un profundo agravamiento.

Natural consecuencia de la temporalidad es que, al desaparecer la causa, concluye automáticamente la suspensión del contrato y se reanuda de modo subsecuente las obligaciones.

4.16.3. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN.

Mientras la terminación de un contrato afecta su subsistencia misma, la suspensión sólo afecta su ejecución o cumplimiento. Ello significa que algunos de los efectos del contrato se mantengan y otros se paraliquen.

4.16.4. CESE DE LA OBLIGACIÓN DE TRABAJAR.

El primer y principal efecto de la suspensión es obviamente el cese de la obligación de trabajar. La suspensión implica necesariamente la exoneración del deber de rendir la tarea comprometida como efecto natural de una causa preestablecida. La sola cesación del trabajo no es una suspensión, jurídicamente hablando; para que haya suspensión se requiere causa justificada. Como señala con precisión Justo López, la prestación del trabajo subordinado es la más típica de la relación laboral y por eso bien puede decirse “que, precisamente, hay suspensión de la relación de trabajo cuando se suspende la exigibilidad de esa prestación que es la más típica (tipificante) de la relación de trabajo” (p. 518). Consecuentemente, la ausencia al trabajo no es ni la suspensión ni su causa, sino consecuencia. No es que al no acudir el trabajador se produzca de facto la suspensión, sino que, dada una causa justificada, el trabajador queda exonerado de la obligación de concurrir.

4.16.5. CESE DE LA OBLIGACIÓN REMUNERATORIA.

El correlato natural de la cesación del trabajo es la del pago remuneratorio, al menos en la denominada suspensión perfecta o absoluta. El juego causa efecto es aquí patente y manifiesto: suspendida la causa, que es el trabajo, se suspende el efecto, que es la remuneración. En la suspensión imperfecta o relativa, empero, este efecto aparentemente no se produce: la falta de trabajo no priva al trabajador del derecho a la retribución ni exime al empleador de la obligación de pagarla. Surge aquí una duda jurídica: lo que el empleador paga durante la suspensión ¿es propiamente remuneración? Si la remuneración es contraprestación, al no haber prestación, ese pago ¿sigue siendo contraprestación?

La definición del salario o remuneración como contraprestación del trabajo efectivo refleja una acepción prestacional, restringida del concepto. Si la adoptáramos, la respuesta a las interrogantes sugeridas sería que lo que el empleador abona no es salario, sino un sucedáneo del mismo; algo que se parece a la remuneración, que la sustituye o suplanta, pero que no es stricto sensu remuneración.

En la enfermedad o el accidente, verbigracia, lo que el trabajador normalmente recibe es un subsidio, no una remuneración; en la vacación, el sustantivo “remuneración” es calificado por el adjetivo “vacacional”, que es ocioso en la remuneración propiamente dicha y que refleja una diferencia sutil, pero existente y real. Los ejemplos se suceden y reafirman esta aproximación. Si se adopta, en cambio, una noción integral, amplia y comprensiva del vocablo “remuneración”, una acepción social y no prestacional, éste parece como el conjunto de percepciones económicas del trabajador derivadas de la existencia de una relación de trabajo.

Desde tal perspectiva, todo aquello que el trabajador recibe de su empleador, aunque no provenga de una labor efectiva, es salario; de allí entonces que también lo sea el que se genera durante la suspensión.

4.16.6. SUBSISTENCIA DEL CONTENIDO ÉTICO.

Como es sabido, el contrato de trabajo no se agota en obligaciones objetivas como son el cumplimiento diligente, cabal y oportuno de las tareas encomendadas y el pago puntual y completo de la remuneración, sino que hay obligaciones subjetivas, intangibles, que conforman el área ética del contrato.

Tales obligaciones son, básicamente, deberes de lealtad, de fidelidad, de respeto, de confianza y, en resumidas cuentas, de buena fe, los cuales, durante la suspensión del contrato, se mantienen plenamente vigentes, no cesan ni se interrumpen. Lo contrario resultaría una incongruencia.

No tendría sentido, en efecto, que un trabajador pudiera, durante su descanso vacacional, practicar competencia desleal a su empleador, o que en uso de licencia por enfermedad quedara desligado de toda obligación de respeto y consideración o pudiera quebrantar la confianza o violar la buena fe contractual.

Adviértase que estos deberes son recíprocos: también el empleador debe guardar respeto y consideración a sus trabajadores, y actuar frente a ellos con total buena fe, obligaciones todas ellas que tampoco se detienen durante la suspensión.

4.16.7. ACUMULACIÓN DE ANTIGÜEDAD.

Salvo disposición en contrario de ley expresa y respecto de determinados beneficios, una posibilidad es que el tiempo durante el cual transcurre la suspensión se presuma y compute como trabajado para todo aquello en lo que influye la antigüedad.

Caldera considera, en cambio, que “efecto claro de la suspensión es el no romper la antigüedad del trabajador, pero tampoco sería justo computar dentro de ella el tiempo durante el cual la relación estuvo suspendida” (p. 326).

Por ejemplo, no resultaría lógico que el tiempo no laborado por suspensión fuera considerado activo para la suspensión del periodo de prueba, que es una etapa inicial de la formación del contrato, durante la cual ambas partes aprecian el grado real de adaptación de la persona al puesto y que permite dar término al contrato sin expresión de causa, sin preaviso y sin pago de indemnización alguna.

Como es natural, la comprobación de esa adaptación, vale decir, la superación de la prueba fáctica sólo puede darse si hay prestación efectiva de labores. Tampoco puede aplicarse el cómputo de la antigüedad cuando la suspensión es muy prolongada y se trata de un beneficio de corto alcance. Por ejemplo, ¿cómo podría computarse la ausencia por una enfermedad que duró un año para el disfrute de la vacación, que es un beneficio anual?

Las legislaciones suelen precisar por eso, con cierto grado de detalle, para qué, en qué medida y con qué efectos opera la presunción de asistencia al trabajo y cuándo, por el contrario, hay solución de continuidad en el tiempo de servicios o cómputo sólo parcial.

4.16.8. RESERVA DE PUESTO.

Como toda suspensión es temporal e implica la subsistencia latente del contrato, evidente consecuencia de ello es que el trabajador tenga derecho a reinstalarse en su puesto, cargo o plaza habitual una vez concluida aquélla, lo que sucede al desaparecer la causa que la originó.

Vida Soria critica esta denominación y advierte que, ante la ausencia del trabajador “la plaza no está vacante, sino ocupada por su titular, que, sin embargo, no cubre la función para la que la plaza fue creada; no hay reserva, sino inalterabilidad de la situación del trabajador en la empresa”.

No obstante ello, hecha la precisión del caso, termina por aceptar su uso “concediéndole un significado convencional equivalente al de suspensión” (p. 64).

4.16.9. CONTINUIDAD DE AFILIACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL.

La seguridad social no es un derecho laboral, ni propio y exclusivo de los trabajadores, empero, por su origen histórico y por su ámbito natural de actuación, está ligada decisivamente a éstos, y constituye, la masa laboral, su universo natural.

Durante la suspensión el trabajador mantiene su condición de derecho-habitante de la seguridad social: en su condición de beneficiario, debe obtener todas las prestaciones que requiere en caso de sufrir alguna contingencia, y como contribuyente, en los casos de suspensión imperfecta, debe continuar abonando el aporte que legalmente le corresponda.

4.16.10. ETIOLOGÍA: LOS DIVERSOS CASOS DE SUSPENSIÓN, SEGÚN SUS CAUSAS

Las causas de suspensión pueden estar precisadas en la ley o no. Empero, la ley rara vez o nunca agota el repertorio: el señalamiento legal de las causas, allí donde se produce, suele ser enunciativo o ejemplificador y no enumerativo, como es el método de *numerus clausus*.

Por consiguiente, es perfectamente natural que se admitan causales de suspensión adicionales no contempladas en la ley. Clasifican los autores las causas de suspensión de muy diversas maneras, atendiendo a veces a la presencia o ausencia de voluntariedad, a la naturaleza intrínseca de la causa, y a muchos otros factores. Por nuestra parte, preferimos abstenernos de toda clasificación y examinar asistemáticamente las causas que más corrientemente reconocen las legislaciones y la doctrina.

4.16.11. INVALIDEZ ABSOLUTA TEMPORAL O INVALIDEZ PARCIAL.

La invalidez puede tener diversos grados, según la magnitud de la afectación, y duración variable. A grandes rasgos suelen adoptarse dos criterios de clasificación, que se vinculan entre sí, a saber: invalidez total o absoluta e invalidez parcial, de un lado, e invalidez temporal o permanente, de otro.

De su combinación surgen cuatro especies: Invalidez absoluta y permanente, cuya máxima expresión es la denominada “gran invalidez”, un grado de incapacidad tal que la persona no puede valerse por sí misma siquiera para los actos indispensables de la vida. Invalidez absoluta y temporal, que incapacita de modo total para el desempeño de toda y cualquier actividad, pero que habrá de permitir la reintegración plena a la vida normal, luego de un periodo de recuperación.

Es caso por demás frecuente, aunque para efectos de su reconocimiento, de acuerdo con las reglas que rigen a la seguridad social, cuando es de corta duración es admitida y tratada más como una simple enfermedad que como invalidez propiamente dicha, la cual es admitida como tal sólo cuando se prolonga en el tiempo por un periodo no inferior a un año. Incapacidad parcial y permanente, que es aquella en la que existe por lo general una pérdida orgánica: un órgano de los sentidos, una extremidad, etcétera, que habrán de reducir sensiblemente la capacidad laboral de la persona.

Incapacidad parcial y temporal, que es la más corriente y leve de las afecciones. Son causas naturales de suspensión la invalidez absoluta temporal o la invalidez

Parcial que impide el desempeño de las funciones.

En el primer caso, la explicación está dada por la temporalidad: aunque la persona no puede desempeñar función alguna, tal impedimento es sólo transitorio; cuando la persona se recupere, se restablecerá la plenitud del vínculo laboral y de las obligaciones recíprocas que del mismo emanan.

En el segundo caso, para que el contrato se suspenda se requiere que la afectación incida en una incapacidad para el desempeño de las labores. De no ser así, obviamente no hay causa para suspensión alguna. Cuando lo que hay es, en cambio, incapacidad absoluta y permanente, corresponde no la suspensión sino la extinción del contrato de trabajo, como en efecto contemplan unánimemente las legislaciones.

4.16.12. LA ENFERMEDAD Y EL ACCIDENTE.

Según la corriente más moderna, derivada de los principios de la seguridad social, en materia de enfermedad y accidente debe darse atención a los efectos y desentenderse de la causa del evento, es decir, eliminar o al menos minimizar la diferencia entre la enfermedad común y la ocupacional o profesional y entre el accidente ordinario y el trabajo.

Algunas legislaciones, empero, mantienen la separación, sobre todo cuando de ella derivan responsabilidades de naturaleza laboral, como pueden ser la de atender a la curación, otorgar un subsidio, pagar una indemnización o asumir una pensión vitalicia.

Se plantean como requisitos para que la enfermedad o el accidente justifiquen la suspensión, primero, que se trate de una dolencia impediende, es decir, que imposibilite la concurrencia al centro de trabajo y el desempeño de las labores; un simple malestar o una accidente leve puede explicar una ausencia breve, mas no una suspensión. En segundo lugar, la inculpabilidad, especialmente en materia de infortunio laboral.

Desde el punto de vista formal, se exige la comunicación oportuna del hecho, tanto para evitar responsabilidades disciplinarias, cuanto para permitir al empleador la cobertura de la vacante temporal con un reemplazante.

Natural consecuencia de la suspensión es la prohibición para trabajar: carecería de sentido que el laborante quedara exonerado de cumplir su obligación frente a su principal y que se desempeñara para una tercera persona. Las legislaciones suelen reconocer explícitamente el derecho del

empleador a comprobar la efectividad del evento morboso, pero no son unánimes en cuanto a los efectos de una constatación negativa, en especial cuando el trabajador recibe tratamiento médico en una institución estatal o de la seguridad social, casos en los cuales se Suele dar prioridad al dictamen médico oficial sobre el particular.

En materia retributiva, lo que correspondería dentro de un régimen adecuado de seguridad social es una suspensión perfecta, quedando el empleador exonerado de pagar remuneraciones y subsidios, los que tienen que ser sufragados por el instituto respectivo. En efecto, el pago del subsidio por enfermedad o accidente está presupuestado dentro de los costos que se cubren con la cotización que abonan trabajadores y empleadores. La normatividad sobre seguridad social excluye a veces el pago de subsidio por los primeros días de incapacidad. Ello obedece a causas económicas y psicológicas. Es sabido, en efecto, que los días más costosos son los primeros de toda enfermedad, aunque sólo fuera por la circunstancia obvia de que son inevitables. La enfermedad de larga duración, entendiéndose por tal la que supera 20 o 30 días, es excepcional, estadísticamente esporádica.

El pago de subsidio desde el primer día constituye un aliciente al ausentismo. Por eso, muchas legislaciones disponen que los primeros días de eventual ausencia no sean compensados, lo que actúa como ticket moderador, como una limitación psicológica contra el abuso. En el otro extremo, la incapacidad derivada de enfermedad o accidente tiene un plazo máximo de duración: un año prorrogable por un año más en casos especiales, según regla aparentemente universal. Vencido ese plazo, si la persona no es dada de alta para reincorporarse al trabajo, la suspensión se transforma en terminación del contrato, pues la incapacidad temporal es declarada invalidez permanente, pasando el trabajador a la condición de pensionista.

4.16.13. LA MATERNIDAD DURANTE EL DESCANSO PRE Y POST-NATAL

La maternidad determina una suspensión individual de naturaleza previsible: se sabe con grado alto de exactitud la fecha en que comenzará el descanso, su duración y la fecha de su conclusión. Las legislaciones varían en cuanto al lapso de la licencia anterior y posterior al parto. La primera se computa a partir de una fecha tentativa: la de la probable ocurrencia

del nacimiento; la segunda, en cambio, es rígida porque se calcula a partir de una fecha exacta y conocida, que es la del parto.

Por tal razón, la forma de establecer su duración varía: en algunos países se concede un número de semanas anterior y otro posterior, verbi-gracia, seis semanas antes y seis después del parto; en otros, se otorga un número global, doce semanas por ejemplo, que se pueden disfrutar antes y preferentemente después del nacimiento.

La Constitución del Brasil de 1989 y la Ley 50 de Colombia, conceden derecho a licencia no sólo a la parturienta sino también al padre del neonato. En el caso colombiano, la madre puede reducir su descanso en una semana y cederla a su esposo o compañero “para obtener de éste la compañía y atención en el momento del parto y en la fase de iniciación del puerperio”.

4.16.14. EL DESCANSO VACACIONAL.

Si la suspensión es una figura necesariamente causal, ¿cuál es la causa que justifica el descanso anual remunerado denominado vacación? Hay tres respuestas: la causa remota es de índole biológica. La fisiología humana exige pausas periódicas en la actividad laboral para permitirle al cuerpo recuperar las fuerzas perdidas.

Éste es un condicionamiento natural que las sociedades de todos los tiempos han respetado y convertido en necesidad. El reposo es necesario tras la jornada cotidiana; el ciclo lunar que divide el tiempo en periodos de siete días acarrea, como consecuencia natural, el descanso hebdomadario, que tiene su ilustrísimo origen nada menos que en la obra divina del Creador; el descanso anual completa y cierra el circuito de los descansos derivados de periodos cíclicos de la naturaleza: día, semana, año.

La causa próxima es la ley. Las legislaciones consagran sin excepción la vacación como uno de los derechos laborales fundamentales, aunque varíen en la fijación de sus requisitos, sus peculiaridades, su duración. La causa eficiente es la voluntad de las partes contractuales para fijar de común acuerdo la oportunidad del descanso y sus características eventuales, dentro de los márgenes que las leyes permiten en orden a su acumulación, postergación, compensación, frustración, etcétera.

La vacación es arquetípicamente una suspensión imperfecta: el descanso anual es necesariamente remunerado. Si no lo fuera, tal vez ni descanso sería. Al considerarla una interrupción y no una suspensión, los autores españoles por lo general no la estudian en este capítulo.

4.16.15. LAS LICENCIAS PARA DESEMPEÑAR CARGO CÍVICO Y PARA CUMPLIR CON EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO.

La suspensión para el desempeño de cargos cívicos (electivos o por designación), así como para cumplir con el servicio militar es, en algunos casos, perfecta y, en otros, imperfecta, dependiendo ello de la norma nacional pertinente. La suspensión relativa corresponde, por lo general, a relaciones laborales en el campo estatal o público, pero resulta insólita en las relaciones laborales privadas.

El plazo de la suspensión está supeditado al de la convocatoria, y suele añadir un periodo posterior al de la fecha de término de la función o de haber sido dado de baja 30 o 60 días, lapso dentro del cual debe, el trabajador, apersonarse para su reinstalación en el puesto cuya reserva le es garantizada. Habida cuenta de que el periodo de licencia se conoce de antemano es de 12, 18 o 24 meses, en el caso del servicio militar, y el de la elección en el caso de los cargos públicos la provisión del reemplazante se da mediante el contrato modal conocido como contrato de suplencia, aunque una alternativa poco utilizada es el contrato sujeto a la condición resolutoria: la condición se cumple al reintegrarse el titular, y a partir de allí queda rescindido el contrato del reemplazante.

4.16.16. PERMISO O LICENCIA PARA DESEMPEÑAR CARGO SINDICAL

Dentro de la protección o estímulo a la actividad sindical y como una manera eficaz de garantizar el cumplimiento de las tareas propias del cargo, es práctica universal que el dirigente disponga de tiempo absolutamente libre para ello, al que se conoce como permiso cuando es de corta duración, o licencia cuando es por tiempo prolongado.

No son idénticas las necesidades en esta materia, según se trate de un sindicato de empresa o de uno supra empresarial (sindicato de industria o rama de actividad u organismo de segundo o tercer grado).

En el sindicato de empresa, la actividad sindical se cumple en gran medida al interior del establecimiento, y las necesidades en materia de

tiempo libre son limitadas; en los sindicatos de gran envergadura, en cambio, la totalidad de la actividad es extra empresarial, lo que exige licencia total. En el sindicato de empresa, siendo la licencia pagada, no cabe duda que la obligación remuneratoria del empleador subsiste.

En los sindicatos de actividad, en cambio y de acuerdo con su dimensión, es posible que asuman como propios los costos salariales de sus principales dirigentes, dándose entonces una suspensión perfecta del contrato de éstos con sus empleadores, lo que es más compatible con una visión ortodoxa de la autonomía sindical.

Cuando es el empleador el obligado salarial, suelen presentarse dos formas o modalidades para la utilización del permiso o la licencia: por el sistema llamado de crédito de horas o de "cuenta corriente", que consiste en la concesión al sindicato de un número determinado de horas o días/hombre al mes o al año, que pueden ser utilizados por uno o varios dirigentes indistintamente hasta agotarlas; o por el sistema, cada vez menos utilizado, de conferir el permiso cuando se solicita, pero dependiendo de su justificación.

Como resulta obvio, el primer método deja a salvo la autonomía sindical, exonerando del requisito de demostrar la causa que motiva la solicitud de licencia, lo cual suele ser además fuente de discrepancias y hasta de conflictos, dado que tal justificación debe ser satisfactoria para la empresa. En uno y otro caso, lo concreto es que la licencia sindical es, por lo general, una forma de suspensión imperfecta, pues el dirigente continúa percibiendo su remuneración.

4.16.17. LA SANCIÓN DISCIPLINARIA.

Dentro de las facultades del empleador propias de su poder directriz, una de las más caracterizadas es la facultad disciplinaria o sancionadora. Las sanciones más comunes que el empleador puede imponer ante las faltas e infracciones en que incurra el trabajador son la advertencia o amonestación, verbal o escrita, la suspensión sin goce de haber y el despido causal o disciplinario; algunas legislaciones admiten además, como sanción, la multa, pero otras expresamente la excluyen o prohíben.

De estas sanciones generalmente aceptadas nos interesa la que se denomina precisamente suspensión. Por su naturaleza disciplinaria, su aplicación está sujeta a determinados requisitos, siendo los más importantes los

siguientes: proporcionalidad, que implica que la sanción debe ser adecuada a la magnitud de la falta; oportunidad, es decir, inmediatez para que la infracción sea punida inmediatamente después de conocida o investigada; non bis in idem, que impide que una falta sea sancionada dos veces o con dos castigos simultáneos o acumulativos; recurribilidad, que autoriza al trabajador a reclamar interna o externamente contra la sanción aplicada. En algunas partes se exige también tipicidad, asumiendo que por el carácter cuasipenal de la infracción laboral debiera aplicarse el principio *nullum crime sine lege*, pero tal rigor formal, en general, es reservado sólo para las faltas y las sanciones más graves, no para una suspensión disciplinaria. Difieren grandemente las legislaciones en cuanto a la duración máxima que tal sanción puede alcanzar: en algunos países no se admite sino por lapsos muy breves (de uno hasta tres días, o una semana como máximo); en otros puede llegar a durar hasta treinta días; hay finalmente otros que la permiten hasta por varios meses.

La cuestión de la suspensión disciplinaria se vincula de alguna manera al tema de la estabilidad laboral: suele haber una cierta ligazón entre el rigor o rigidez que se permite en materia sancionatoria y el grado profundo o superficial que la estabilidad alcanza; así, en los países donde existen sistemas de estabilidad plena o absoluta, con derecho del trabajador a la reinstalación en el empleo en caso de despido injustificado, la suspensión es también severamente limitada en el tiempo; en cambio, en países con regímenes liberales en materia de despido hay también, por lo general, una mayor amplitud para la aplicación de la sanción indicada.

Resulta obvio que la suspensión disciplinaria comporta necesariamente una suspensión perfecta.

4.16.18. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA.

La huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria por los trabajadores. Su ejercicio supone generalmente la no percepción de remuneraciones durante su transcurso, por lo que es una forma de suspensión plena o perfecta. Algunas legislaciones, empero, contemplan el pago de salarios caídos durante el conflicto, en especial cuando la causa u origen del mismo deriva de un acto del cual el empleador es inexcusablemente responsable, como sería, por ejemplo, el incumplimiento de obligaciones legales o convencionales.

No es infrecuente, tampoco, que el reconocimiento de tales remuneraciones se produzca por vía convencional, al incorporarse como exigencia o petición anexa a la cuestión de fondo a la que la huelga atañe. La huelga es hoy reconocida como un derecho de rango constitucional incluso en muchos países. Su ejercicio debe hacerse en la forma que la ley señala.

La paralización colectiva que escapa a tales formas, que excede o desborda los márgenes que para su ejecución señala la ley, ya no es huelga y, por lo tanto, deja de ser el ejercicio regular de un derecho. Así sucede con las llamadas “formas o modalidades irregulares”: paro intempestivo, brazos caídos, ritmo lento, trabajo a reglamento, etcétera, que comportan, no una suspensión jurídicamente válida, sino una simple transgresión contractual. Por definición, la huelga es una suspensión de naturaleza colectiva.

4.16.19. LA DETENCIÓN DEL TRABAJADOR.

Conocida como “suspensión preventiva”, tiene por objeto permitir la investigación de un ilícito en el que el trabajador resulta directa o indirectamente involucrado. Consiste en la privación temporal de la libertad del trabajador, con carácter cautelar, tanto para impedir la eventual fuga del imputado, cuanto para facilitar la tarea de instrucción del delito.

Debe ser radicalmente diferenciada de la condena penal: en la suspensión preventiva, la inocencia de la persona se presume, mientras no se demuestre lo contrario; en la condena, la culpa ha quedado demostrada y la privación de la libertad tiene carácter de pena. La denuncia puede provenir del propio empleador o de un tercero o haberse promovido de oficio. El hecho investigado puede estar o no vinculado con la relación laboral, es decir, puede ser una falta grave laboral presunta o consistir en algo ajeno y distinto a dicha relación; en uno y otro caso procede la suspensión del contrato por el tiempo que dure la detención.

Como es natural, la suspensión es perfecta. Si posteriormente el trabajador es condenado a pena privativa de la libertad por delito doloso, muchas legislaciones la reputan como causa válida y suficiente para la terminación definitiva del contrato, vale decir, causa justa de despido.

4.16.20. SUSPENSIÓN PRECAUTORIA.

Se conoce como tal a la suspensión, dispuesta por el empleador, para investigar hechos acaecidos dentro de la empresa que pueden eventualmente configurar incluso falta grave del trabajador. La suspensión tiene por objeto práctico evitar que la presencia física del trabajador en el centro de trabajo pudiera interrumpir o perturbar el curso de la investigación. Entre otras legislaciones, contemplan este tipo de suspensión las de Costa Rica, España, México, Panamá, Perú y República Dominicana.

La de Venezuela exige la inculpabilidad del trabajador, y la de Colombia excluye el arresto cuya causa pueda justificar un despido. En general, la suspensión es perfecta. La legislación panameña, no obstante, reconoce el pago de salarios cuando la prisión preventiva deriva de denuncia fundada en hechos falsos o acusación particular del empleador; y la mexicana, si el trabajador obró en defensa de la persona o la de los intereses del patrón y el trabajador resulte absuelto (cfr. Livellara, p. 143).

4.16.21. LA INHABILITACIÓN ADMINISTRATIVA O JUDICIAL.

Como en el caso de la incapacidad, visto anteriormente, también aquí hay que distinguir en función de la duración de la inhabilitación: si es por un periodo corto, inferior, por ejemplo, a tres meses, el contrato queda en suspenso; una inhabilitación más prolongada autoriza ya no la suspensión sino que se convierte normalmente en causal de extinción del contrato.

La explicación es muy simple: si el trabajador está inhabilitado, es obvio que no puede trabajar. Como el origen y la responsabilidad por tal inhabilitación le son imputables, la empresa no tiene por qué remunerar a quien por tal razón no presta el servicio. Obviamente, entonces, la suspensión es de tipo perfecto.

Pero si se prolonga por un lapso dilatado, no puede haber obligación de reserva de puesto, dado que repetimos la causal corresponde a una conducta personal del servidor, lo que elimina toda posibilidad de privilegio en su favor.

4.16.22. EL PERMISO O LICENCIA CONCEDIDOS POR EL EMPLEADOR.

Se trata de un caso de suspensión acordado por ambas partes, normalmente a solicitud del laborante aceptada por el empleador. Sus

características, en lo que atañe particularmente a su duración y al pago o no pago de remuneración, son también convencionales. Como en el caso sindical, suele denominarse permiso al que es de corta duración; puede obedecer a una causa objetiva, como sería el nacimiento de un hijo o el fallecimiento de un familiar inmediato, o responder tan sólo a una necesidad eventual o incluso a un deseo subjetivo del trabajador para celebrar un cumpleaños o atender una obligación formal.

La licencia, en cambio, suele corresponder a una ausencia prolongada y exige comúnmente, por ello mismo, la existencia de una causa suficiente. Frecuente es su concesión; verbigracia, para perfeccionamiento profesional o cuando está motivada en un hecho familiar inevitable, como el que el cónyuge sea trasladado de ocupación y desplazado a localidad distinta, lo que obliga a mudar el domicilio familiar.

No obstante, puede también obedecer a una situación psíquica o subjetiva, como sería la necesidad de un descanso prolongado o de un apartamiento por razones de índole personal. Este tipo de situaciones rara vez está contemplado por la legislación, y se sustenta, por tanto, en el juego de la voluntad común de las partes del contrato.

De allí, entonces, que dependa de ella el que la licencia sea otorgada con o sin ella, goce de remuneración según su justificación y finalidad. La voluntad prevalente habrá de ser la del empleador, salvo aquellos casos en que la licencia es derecho contemplado en la convención colectiva, en los cuales es ésta la que determina sus efectos y contenido.

4.16.23. SUSPENSIÓN POR CAUSA ECONÓMICA.

Se acepta generalizadamente que el empleador pueda cesar las labores y eximirse del pago de remuneraciones cuando existe una causa económica que lo justifica. En estos casos, se suelen exigir como requisitos el que se trate de una interrupción por periodo corto y preciso, la previa demostración de la causa y, sobre todo, la no responsabilidad o inimputabilidad del empleador. Tal forma especial de suspensión en algunos países queda librada a la sola decisión del empleador; en otros, es decidida por el empresario, pero sujeta a fiscalización de la autoridad competente; y en otros, finalmente, puede requerir de una autorización oficial anticipada.

4.16.24. EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR.

Caso fortuito y fuerza mayor son conceptos del derecho común, que en el derecho laboral son tomados sin alteración. Antiguamente se distinguía formalmente entre ambas figuras, asimilando el caso fortuito al hecho proveniente de la naturaleza, como pudiera ser una inundación o un terremoto, mientras la fuerza mayor sería el acto imperativo de la autoridad. Por eso tradicionalmente se les denominaba, en su expresión latina, *factum Dei* y *factum principi*, respectivamente: hecho de Dios o hecho del hombre. Modernamente, no se hace mayor hincapié en la diferencia, atendiendo más bien a sus efectos que, para el caso, son los mismos: el impedimento a la ejecución del contrato derivado de un hecho imprevisible, inevitable e irresistible.

Muchas veces se discutió si la interrupción en las actividades de la empresa por causa ajena a la voluntad de ambas partes de la relación laboral caso, por ejemplo, de la interrupción del fluido eléctrico o la carencia intempestiva de materia prima debía ser asumida por el trabajador o por el empleador.

No hay unanimidad legislativa al respecto. Como en la causa económica, tampoco hay consenso legislativo respecto del procesamiento de una suspensión basada en tales hechos: en algunas legislaciones se autoriza lisa y llanamente la suspensión dispuesta por el empleador; en otras, se la sujeta a una comprobación ulterior de la causa por la autoridad laboral, de cuya constatación depende el que la suspensión sea reputada justificada o injustificada; en otras, finalmente, la suspensión sólo procede después que la autoridad efectuó tal constatación, caso este último en el que se requiere de una resolución autoritativa.

Antes de determinar la suspensión motivada en caso fortuito o fuerza mayor, sólo si es posible, pero con carácter obligatorio, deben adoptarse medidas que eliminen o reduzcan los daños a los trabajadores, como puede ser el otorgamiento de vacaciones adelantadas u otra forma de suspensión imperfecta. La suspensión no debe ser, pues, en estos casos, un acto automático ni inevitable, sino que es deber del empleador el buscar paliativos a la situación creada, procurando adoptar medidas alternas que eviten un mal mayor.

Por sus características, la suspensión derivada del hecho fortuito o la fuerza mayor es de naturaleza colectiva, y puede darse en forma perfecta o

imperfecta. Otras causales La doctrina y las legislaciones apuntan todavía muchas otras causales, dispersas y de poca importancia. He aquí algunas: cierre del establecimiento por vía de sanción, por concurso o quiebra del empleador, excedencia, donantes de sangre, por razones deportivas, mudanza de domicilio, día femenino, etcétera. Nos limitamos a enunciarlas.

4.17. ESTABILIDAD LABORAL.

Es la permanencia de un trabajador en su empleo, en tanto no se produzca la comisión de una causa justificada que permita al empleador dar por terminada la relación laboral. La estabilidad laboral es un derecho del trabajador, que le permite asegurar una remuneración permanente a fin de atender sus necesidades, tanto personales como de la familia, garantizándole una seguridad salvo que incurra en una causa justificada, que permita al empleador dar por terminada la relación de trabajo.²⁹

La estabilidad laboral, significa en si la permanencia en el empleo, que el contrato de trabajo que una persona tiene con su empleador, esta se mantenga en el tiempo, que no termine de un momento a otro sin motivo.

Como es natural, todo persona, desea tener un trabajo estable, que no este preocupado que al día siguiente deje de trabajar, es decir la estabilidad se dará siempre en cuando haya un contrato de trabajo. Sea este un contrato de trabajo a plazo indeterminado o plazo fijo, en el primer caso tendrá que una persona laborar cotidianamente, sin fecha de término del contrato, salvo las causales legales de terminación del contrato, en el segundo caso, el trabajador permanecerá dentro del plazo fijado en el contrato, la misma que debe ser respetada por el empleador, salvo que exista causal legal para la finalización de esta.

Históricamente se ha considerado que el contrato de trabajo, es un contrato de tracto sucesivo, que hay prestaciones que cumplir tanto del trabajador como del empleador uno de prestar los servicios en el tiempo, en una jornada, y la otra parte de cumplir con el pago de esa jornada de trabajo, es decir hay un principio de continuidad de la labor del trabajador subordinado. Martín Carrillo,³⁰laboralista peruano nos indica sobre el

29 Jelio Paredes Infanzón Juez Superior la estabilidad laboral en el Perú.

30 Carrillo Calle Martín. La Flexibilización del contenido laboral de la Constitución. En Balance de la Reforma Laboral Peruana. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2001, pag. 77.

tema “*..es del principio de continuidad de donde dimana el concepto de la estabilidad que opera en los dos extremos de la relación laboral: en la contratación (con la llamada “estabilidad de entrada”) y en el despido (con la llamada “estabilidad de salida”).*”

Un trabajador debe primero adquirir la estabilidad, la estabilidad de entrada, y ésta la adquiere superando el periodo de prueba que en el Perú es de tres meses, en el régimen laboral privado. Es decir no es suficiente que uno labore continuamente para adquirir la estabilidad, es necesario cumplir los requisitos legales para ello, más aun cuando la legislación laboral peruana y comparada permite al empleador, que dentro del periodo de prueba pueda prescindir unilateralmente al trabajador. El artículo 10º del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sobre el periodo de prueba expresa: “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 de adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar perjudicada. 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 dirección.”

En sí la norma laboral indicada, permite que el periodo de prueba pueda prorrogarse por acuerdo de las partes, trabajador y empleador, cuando así se consideren más que todo en trabajadores calificados. En casos de que se le prescinda sus servicios a un trabajador que se encuentra dentro del periodo de prueba, que labore mínimamente cuatro horas, tiene derecho a que se le abone el pago de su compensación por tiempo de servicios y vacaciones truncas.

Explicando el tema de la estabilidad en el empleo, Alonso García³¹ laboralista español, indica que los ordenamientos jurídicos acusan su tendencia protectora del trabajador, y que la estabilidad del empleo se adquiere en ciertos casos, cuando el contrato de trabajo es por tiempo

31 Alonso García, Manuel. Curso de derecho del Trabajo. Editorial Ariel. Barcelona, España, 1975, pag.444.

indefinido. Por su parte Neves Mujica³², ayuda a complementar la idea de la estabilidad de entrada, cuando sostiene que en ésta se da preferencia por la contratación de duración permanente sobre la temporal.

En fundamento de la estabilidad laboral en un país, busca proteger que los trabajadores laboren más en trabajos permanentes que temporales, más indefinidos que los de plazo fijo, y además durante su vida laboral tenga permanencia, ello conlleva estabilidad familiar, social, económica.

417.1. LA REGULACION DE LA ESTABILIDAD LABORAL EN LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (OIT).

Veamos previamente antes de ingresar a la legislación peruana, su regulación internacional, por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que desde el año 1919, ha sido el ente rector de la regulación de los temas laborales en el mundo. Y el tema de la estabilidad laboral, no lo ha sido ajeno y ella fue contemplada en el convenio de la OIT. Número 158 la misma que no fue ratificada por el Perú, el Convenio 158 de la OIT, se refiere sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, que data de junio del año de 1982, la misma que es complementaria a la recomendación 119, de la OIT. Recomendación sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, del año 1963.

Es decir en ambos casos solo se aborda la estabilidad de salida, la misma que está relacionada al despido, sin embargo la estabilidad de entrada, no fue contemplada por la OIT.

Nos preguntamos porque la OIT, no reguló la forma de adquirir la estabilidad laboral, considero al ser un tema muy polémico, dejar que los Estados regulen internamente dicho aspecto. Y sobre la estabilidad de salida, es decir en el tema del despido la recomendación 119, indica en el punto 2.1. **“No debería procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio.”**. Sobre este tema las últimas dos constituciones peruanas, la regulan en el tema de trabajo. Sobre el enfoque de la estabilidad en el mundo, actualmente ha

32 Neves Mujica, Javier. Introducción al Derecho Laboral, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima.2003. pag. 39.

cambiado si antes se buscaba la estabilidad en el empleo, asegurando tener “trabajo” durante la vida laboral de una persona, y así tener la seguridad económica personal, familiar, social. Ahora en que se vive en un mundo competitivo, globalizado, en donde ni siquiera las empresas llegan ser estables, surge el tema de que la estabilidad, resulte ser un asunto secundario, por cuanto la mayoría de los jóvenes peruanos desean a como de lugar “trabajar” y es común de que pasen de una empresa a otra, y es tan alta la demanda laboral que el mercado laboral peruano no llega abastecer y si obtienen trabajo dependiente en muchos casos la remuneración es insuficiente para cubrir la canasta básica familiar; ello ha generado que los jóvenes peruanos en muchos casos emigren al exterior, en búsqueda de empleo. Entonces resulta ser que el tema de estabilidad laboral, es un caso que solo atañe a un pequeño porcentaje de trabajadores.

4.17.2. LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERU.

4.17.2.1. La Constitución Política de 1993.

La regulación del tema de la estabilidad laboral en la Constitución Política de 1993, es muy diferente a la Constitución de 1979. En la Constitución de 1979, se reconoce el derecho a la estabilidad laboral, así se tiene en el artículo 49º lo siguiente: **“El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa ajena, señalada en la ley y debidamente comprobada”**. Es decir, la constitución de 1979, no sólo contempla la estabilidad de salida, sino también comprende la estabilidad de entrada, es decir su regulación es completa.

Tal como también lo indica Jorge Toyama³³ refiriéndose a los derechos individuales de los trabajadores de la Constitución de 1979, expresa, **“..conviene anotar que la Constitución reconocía la dos modalidades de estabilidad laboral: la de entrada y la salida.”**. Por su parte la actual Constitución de 1993, expresa en su artículo 27º, **“la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.”** Conforme se aprecia, el constituyente del año 1993, sólo consideró importante regular constitucionalmente la estabilidad de salida, dejando desprotegida la estabilidad de entrada, eso no significa que la ley no la regule, si lo hace, lo que pasa

33 Toyama Miyagusuku Jorge, Los derechos laborales en las Constituciones de 1979 y 1993. En Balance de la reforma laboral. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2001. pag. 17.

es que prevalece más un contrato de trabajo eventual, plazo fijo, que la de plazo indeterminado. Pasco Cosmópolis,³⁴ refiriéndose sobre el tema indica que la Constitución de 1993, ha morigerado la expresión, indicando que ésta se ha dado en dos formas, siendo la primera que no menciona explícitamente la estabilidad y en la segunda la referida a la frase que el trabajador gozará de adecuada protección contra el despido arbitrario, y que la ley debe explicar los alcances de dichos conceptos.

4.17.2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO EN EL TEMA DE LA ESTABILIDAD LABORAL: ESTABILIDAD DE SALIDA.

El año 2004, surgió una larga polémica en el ambiente académico laboral como en entes representativos de las organizaciones de los trabajadores y empleadores, y el punto fue a consecuencia de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de del Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetrafel, expediente N° 1124-2001-AA/TC.

En sí fue un proceso de amparo interpuesto por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú en contra de las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Holding. S.A. fue con el objeto de que se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores a los cuales representan, por cuanto hay un plan de despido masivo contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de la Empresa Telefónica del Perú. S.A.A. sostiene que se han vulnerado los siguientes derechos constitucionales:

- a la igualdad ante la ley.
- al debido proceso.
-a la legítima defensa.
-al trabajo.
-a la libertad sindical.
-a la tutela jurisdiccional efectiva.

34 Pasco Cosmópolis Mario, Derecho Laboral, Pontificia Universidad Católica del Perú. Selección de Textos. Lima, 2000, pag. 140-141.

Particularmente el fundamento 12 de dicha sentencia está referida al derecho al trabajo.

El Tribunal Constitucional indica, "*..cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará adecuada protección frente al despido arbitrario, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional..*". Lo que plantea el Tribunal Constitucional es que se debe respetar el contenido esencial del derecho del trabajo, la misma que significa tener acceso a un puesto de trabajo y derecho a no ser despedido sin justa causa.

Es decir no puede haber despido sin causa, sin motivo, sin contenido, por ello cuestiona abiertamente al artículo 34° del D.S. 003-97-TR, cuando se refiere la norma en el segundo párrafo "el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de indemnización..", expresa el Tribunal Constitucional, que no basta que el legislador haya señalado que es un despido arbitrario, y una de las modalidades sea que el empleador despidiera a un trabajador sin causa, "incausadamente", y el trabajador busque su reparación pidiendo una indemnización frente a la actitud del empleador, SI NO QUE SE DEBE RESPETAR EL DERECHO DEL TRABAJO, porque esa norma referida al artículo 34° de la ley citada es CONTRADICTORIA CON EL ARTICULO 22° de la carta magna, es incompatible con la Constitución. Es por ello que dispone en su fallo la inaplicabilidad del artículo 34° segundo párrafo del T.U.O. del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR. Por ello ordena el TC. La reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidos, y se abstenga de seguir.

La estabilidad laboral de salida debe protegerse en todo momento, tanto a los trabajadores que estén en el régimen laboral privado o público o los regímenes especiales, el cese unilateral de la relación laboral por parte del empleador, denominado despido, la misma universalmente la tendencia aceptada es que sea CAUSAL, además esta causal debe ser una causa justa de despido, lo que en la legislación laboral privada peruana, señala que la misma debe ser en la conducta o capacidad del trabajador, previo a un procedimiento de despido, en la cual el trabajador tenga conocimiento de los hechos y ejerza su derecho de defensa.

4.17.3. CLASES.-

La doctrina considera la existencia de la Estabilidad Absoluta y la Estabilidad Relativa.

Estabilidad Absoluta.- Es aquella por la cual el trabajador solo puede ser despedido por la comisión de una causa justificada, tipificada en la ley y debidamente comprobado.

Estabilidad Relativa.-Es aquella por la cual el trabajador es despedido por la voluntad unilateral del empleador, sin que medie la comisión de alguna causal, abonándosele una indemnización.

Como señala el autor citado, se considera como "Estabilidad absoluta cuando se niega al patrono, de manera total la facultad de disolver una relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad y únicamente se permite la disolución por causa justificada, que deberá probarse, mientras que hay estabilidad relativa cuando se autoriza al patrono, en grados variables, a disolver la relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad, mediante el pago de una indemnización.

Doctrinariamente, entonces, se reconoce esas dos clases de Estabilidad Laboral, diferenciadas por la comisión de una causa especificada o por la voluntad del empleador, poniendo fin a ese derecho y con ello al contrato de trabajo.

4.17.4. LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL D. LEG. 728.

Nos limitaremos a destacar las principales innovaciones en esa materia, marco conceptual del despido, las causas justas de despido, el despido nulo y el cese colectivo por necesidades de funcionamiento de la empresa.

El marco conceptual: La extinción de la relación laboral como concepto genérico y el despido como situación específica. La legislación anterior no sólo precisaba las causas de extinción de un contrato de trabajo, sino que, de modo equívoco, incluía indiscriminadamente dentro del campo de la estabilidad laboral una serie de supuestos que, en sentido estricto y con apego a la Constitución Política, debían tener un tratamiento legal aparte y diferente.

Ello surgía del error de considerar al despido como un concepto genérico y no específico, sin diferenciarlo de la terminación de la relación en sentido concreto.

El despido es un acto unilateral y recepticio; consiste en la acción de una sola de las partes- el empleador – autorizado por la ley para poner término al contrato; recepticio por que el acto se completa con la recepción de la comunicación por el trabajador.

Se asumió una concepción multívoca del término “estabilidad”, que daba categoría semejante a la falta grave (causal de despido) y a las situaciones objetivas de la empresa (terminación de la relación por iniciativa del empleador, previa autorización administrativa).

El problema se agravaba por no haberse contemplado en la ley algunas causales individuales, relacionadas con la capacidad del trabajador.

En la nueva Ley se marcan claramente las diferencias entre las causas genéricas de extinción del vínculo laboral y las específicas que tienen que ver con el despido, materia ésta última que es la única a la que se aplica el concepto de la estabilidad laboral, y además se han agregado nuevas causas de extinción.³⁵

35 <https://sitovur.webcindario.com/estabilidad.htm>

CAPÍTULO 5

EL DESPIDO

5.1. CONCEPTO.-

El despido es la decisión unilateral del empleador, donde poner fin al contrato de trabajo. El jurista Manuel Alonso García, define el despido, el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual éste decidió poner fin a la relación de trabajo.

Significa que la voluntad del empleador es determinante, para el despido del trabajador, en la medida que es un deber poder que no requiere necesariamente ser ejercitado, a menos que el incumplimiento de las obligaciones de trabajo sea de tal naturaleza que impida la continuación de la relación laboral y la prestación de los servicios en el centro de trabajo. El trabajador que labore más de cuatro horas para un mismo empleador, sólo podrá ser despedido por una causa justa contemplada en la ley y sea debidamente comprobada

5.2. CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO:

El D. S. 003-97-TR texto único ordenado de la ley de productividad y competitividad laboral, reconoce como causas justas de despido las vinculadas a la capacidad y conducta del trabajador. 5.2.1) CAUSAS VINCULADAS CON LA CAPACIDAD DEL TRABAJADOR:

La primera se refiere al detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida que sea determinante para desempeñar sus labores.

La segunda señala el rendimiento deficiente la relación con la capacidad del trabajador y del rendimiento promedio en labores bajo condiciones similares.

La tercera considera la negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por la ley determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas pláticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades y accidentes.

5.2.2) CAUSAS JUSTAS VINCULADAS CON LA CONDUCTA DEL TRABAJADOR:

- A) la Comisión de falta grave es la infracción cometida por el trabajador contra los deberes esenciales que manan de su relación laboral que impide la continuación de la relación laboral.
- B) la condena penal por delitos dolosos, en cuyo caso el despido se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y sea de conocimiento del empleador, excepto si es de la conoció antes del contratarlo.
- C) la inhabilitación del trabajador, impuesta por la autoridad judicial o administrativa para que ejerza su actividad en el centro de trabajo, si es mayor a tres meses.

De todas ellas la más común, es la falta grave, que está tipificado en el artículo 25 del D. S.003-97-TR: Falta grave es de infracción cometida por el trabajador de los deberes esenciales que manan del contrato, de tal índole, que haga razonable la subsistencia de la relación.

5.2.2.1 SON FALTAS GRAVES:

- A) El cumplimiento 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 revista 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 necesario, para la constatación de estos hechos debiendo y 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 la 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 encuentra bajo su custodia, así como la retención o utilización indebida 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 la influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o de trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial prestará 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 disciplina, injuria y falta de miento de palabra verbal o escrita en agravio de limpiador, de sus representantes, del personal jerárquico 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 denunciados ante la autoridad judicial competente.

- G) El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinaria, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de esta

- H) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un periodo de 30 días calendario o más o más de 15 días en un periodo de 180 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.

5.3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO.

5.3.1. ESTABILIDAD LABORAL: MARCO GENERAL.

Tabla 1

Característica	Descripción	Según las normas se aplica para:		
		Amonestación	Suspensión	Despido
Faltas laborales	Relación causa-efecto entre falta y sanción.	No hay regulación expresa pero hay parámetros generales.		Sí, regulado expresamente
<i>Numerus clausus</i>	Tipicidad de las faltas.	Todos las faltas que no motivan un despido		Sí, regulado expresamente
Control posterior	Garantía mínima ante toda sanción	Sí ante el Poder Judicial (jueces laborales y de paz)		
Proporcional y Razonable	Proporción entre la gravedad de la infracción y la contundencia de la sanción.	Sí hay regulación genérica		
Inmediatez	Relación inmediata temporal entre determinación de la falta y su sanción.	No hay referencia expresa pero se aplica		Sí mención expresa
<i>Non bis in idem</i>	No se puede sancionar una falta que ha sido previamente castigada.	No hay referencia específica, pero se entiende que se aplica.		Para sancionar por reiterancia se requiere sanciones menores
Derecho de descargo	Posibilidad de defensa ante cargos imputados.	Es potestad del empleador otorgarla		Es obligatorio salvo la flagrancia
No multas	La sanción debe ser siempre disciplinaria	Aplica a cualquier tipo de sanción		
Independencia de otras vías	Una falta laboral es independiente de reglas civiles, penales.	Aplica a cualquier tipo de sanción, hay referencia expresa para el despido		
Comunidad de infractores	Criterios objetivos (antecedentes) y a circunstancias coadyuvantes.	Hay referencia para aplicar sanciones diferenciadas		

En virtud del principio protector del Derecho del Trabajo, y de su derivado el principio de continuidad, el contrato laboral tiene vocación de permanencia en el tiempo¹. Los esfuerzos por mantener la vigencia del contrato de trabajo frente a las vicisitudes que pueda afrontar responden y representan se conoce como estabilidad laboral. Y es que básicamente lo que procura el derecho a la estabilidad en el trabajo es proporcionar al trabajador las garantías necesarias para que esta vocación de permanencia de su vínculo se vea reforzada. Tales garantías parten del derecho constitucional al trabajo y buscan limitar la facultad de empleador para evitar arbitrariedades y brindar tutela al trabajador ante un despido². En efecto

1 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Desalma, 1978. p. 154.

2 «La Ley restringe la libertad del empresario para despedir sobre dos grandes líneas de acción: la limitación de la arbitrariedad empresarial y la reparación del daño

los artículos 22 y 27 de nuestra Carta Política comprenden la consagración del derecho al trabajo cuyo contenido involucra la presencia de dos aspectos que se identifican con la llamada estabilidad laboral de entrada y la de salida.

Cuadro elaborado por, Jorge Toyama Miyagusuku. El despido disciplinario en el Perú.

Consagración del derecho al trabajo cuyo contenido involucra la presencia de dos aspectos que se identifican con la llamada estabilidad laboral de entrada y salida. Desarrollemos seguidamente con más detalle estos ámbitos de desarrollo del derecho al trabajo. Decíamos que el derecho al trabajo previsto como derecho fundamental en nuestra Constitución ha sido concebido a partir de dos aspectos que se identifican con lo que la doctrina (34) ha denominado estabilidad laboral de entrada y de salida. Así, se ha explicado que la primera implica la garantía jurídica que le proporciona al trabajador, la protección de su puesto de labores desde el inicio de la relación laboral en tanto la vocación de permanencia, derivada del principio de continuidad, que la caracteriza, así lo exige. En nuestro sistema jurídico la estabilidad laboral de entrada encuentra el siguiente límite: se adquiere la estabilidad laboral de entrada superado el periodo de prueba (tres, seis o doce meses según el caso. Además, hay que precisar que no tendrán derecho a la estabilidad laboral de entrada las personas que laboren menos de cuatro (4) horas diarias o en promedio toda vez que la protección contra el despido arbitrario sólo alcanza a los trabajadores que laboran por encima del mencionado récord de horas laboradas a la semana. La estabilidad laboral de salida es quizás el contenido del derecho al trabajo que más atención ha recibido por parte de la normativa y de los estudios jurídicos en tanto se corresponde con el derecho a la conservación del empleo salvo que se presente una causa de suficiente entidad extintiva. He aquí, fundamentalmente, donde reside el fundamento jurídico el derecho a la estabilidad laboral. 132 ius la revista, n° 38

Recordemos que la estabilidad laboral se configura como el presupuesto indispensable para que el trabajador pueda ejercitar sus derechos

por la pérdida del empleo, pero en función de determinados contextos históricos y políticos, su forma de precisar las garantías frente al despido varía en distintos ordenamientos nacionales en razón a la intensidad de las mismas». BAYLOS, Antonio y Joaquín PÉREZ. *Op. cit.*; p. 49.

individuales y colectivos³; en tal orden de ideas la extinción de la relación laboral deberá darse en los términos descritos, es decir, a partir de una causa extintiva y suficiente cuya inobservancia deberá ser proscrita y reparada adecuadamente. Según la protección que pueda acoger cada ordenamiento jurídico la estabilidad laboral de salida puede ser de dos clases:

- a) Absoluta, según la cual toda extinción irregular del vínculo de trabajo trae como consecuencia la reposición en el puesto de labores,
- b) Relativa la cual conlleva protecciones distintas a la reposición como la indemnización, remuneraciones devengadas, etcétera

Esta última clase de estabilidad laboral de salida puede ser a su vez propia o impropia. La primera de ellas no supone la obligación del empleador de reincorporar al trabajador despedido de forma irregular sino que trae como consecuencia la declaración de nulidad del cese y el otorgamiento de una indemnización por el tiempo que duró el proceso y el abono de las remuneraciones devengadas. De acuerdo a ello lo que se da en realidad es una restitución ficta mas no efectiva. La impropia sólo genera derecho a una indemnización.

Entonces tenemos lo siguiente:

Estabilidad laboral de entrada	<ul style="list-style-type: none"> • Protección del puesto de labores desde el inicio de la relación laboral. • Límite: Periodo de prueba + jornada mínima 	
Estabilidad laboral de salida: Derecho a la conservación del empleo salvo que se presente una causa de suficiente entidad extintiva.	Absoluta: Ante toda extinción irregular procede la reposición.	
	Relativa: La extinción antijurídica es reparada de cualquier otra forma menos con la reposición.	Propia: Restitución ficta mediante pago de indemnización Impropia: Sólo indemnización.

Cuadro elaborado por, Jorge Toyama Miyagusuku. El despido disciplinario en el Perú.

La estabilidad laboral de salida no ha sido tratada de manera explícita en la actual Constitución como sí lo hacía la anterior. Las únicas referencias constitucionales que aluden a ella las encontramos en los artículos 22 y 27. Sobre el primero ya hemos explicado que la previsión del derecho al trabajo que comprende lleva implícita la idea de estabilidad laboral de salida.

3 VILLAVICENCIO, Alfredo. PROEM. En: Coyuntura Laboral. Número 9. Lima: Descó, 1996. p. 9.

Por su parte el artículo 27, al establecer que el trabajador tiene derecho una adecuada protección frente al despido arbitrario, no dispone sino la proscripción de este tipo de despido⁴ y permite a su vez que el legislador establezca la forma de resarcir al trabajador despedido arbitrariamente. Por su parte las normas internacionales del trabajo, mediante el Convenio 158 de la OIT -no ratificado por el Estado peruano- establece que no se podrá dar término a la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

Continúa la norma explicando que si se verifica un despido arbitrario y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no se pudiera o no considerara posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y separación; así en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional. Tal norma internacional ha sido ratificada por el estado peruano por lo que se constituye en fuente obligatoria para la interpretación de las normas fundamentales en el país. El esquema legal que regula el despido y que es reflejado en la LPCL solo ha previsto la estabilidad laboral absoluta para los supuestos en que se verifica la nulidad de un despido (artículo 29 de la LPCL). Para los demás clases de despidos irregulares (despido arbitrario, despido indirecto) se ha preceptuado una reparación indemnizatoria (estabilidad laboral impropia).

Todo este diseño legal de los despidos antijurídicos y su protección han sido trastocados con la senda jurisprudencial que el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado sobre la constitucionalidad del despido arbitrario. A partir de la nueva línea interpretativa del TC la tipología de los despidos se ha visto ampliada con la elaboración de tres nuevos conceptos: el despido incausado, el despido fraudulento y el despido lesivo de derechos fundamentales. Eventualmente proponer la readmisión del trabajador, se podrá ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

De otro lado tenemos la previsión que realiza el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

4 NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. 3ra. edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007. p. 54.

- Conocido también como Protocolo de San Salvador- el cual, además de reconocer el derecho al trabajo en sus dos manifestaciones, proclama específicamente la estabilidad de trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones con las causas de justa.

5.3.2. UNA CLASIFICACIÓN SOBRE LAS FORMAS DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Introducido el tema relativo a la estabilidad laboral, trataremos en primer lugar como es que pueden ser clasificadas las causas que justifican la terminación del vínculo de trabajo partiendo básicamente de la participación de la voluntad de las partes en tal acto jurídico.

Partiendo de tal premisa, tenemos que la presencia de la voluntad de las partes en la extinción de la relación laboral puede provenir de una sola de las partes o de ambas. De acuerdo a la manifestación unilateral de dar por terminada la relación laboral tenemos que ella puede adoptar la forma de despido si la decisión procede del empleador, mientras que, si deriva de la determinación del trabajador, la conclusión del vínculo de trabajo adopta la forma de una renuncia. Si la manifestación de voluntad procede de ambas partes estaríamos frente al llamado mutuo disenso y el cumplimiento del plazo respectivo, condición resolutoria o terminación de la obra o servicio correspondiente en los contratos sujetos a modalidad.

Si no existe participación alguna de la voluntad de las partes en la conclusión del contrato de trabajo, tenemos que ella se debió a hechos externos de carácter impeditivo.

Manifestaciones de tales hechos los tenemos en las causas objetivas de terminación del vínculo laboral (caso fortuito o fuerza mayor), la jubilación, la desaparición de las partes (fallecimiento del trabajador o empleador persona natural) o la incapacidad del trabajador por devenir en inválido permanente De acuerdo a lo expuesto podemos elaborar el siguiente cuadro.

Extinción laboral	Por manifestación de la voluntad	Unilateral	Por parte del trabajador: Renuncia	
			Por parte del empleador: Despido	
			Mutuo disenso	
		Acuerdo	Contratos a plazo fijo	Cumplimiento de plazo
				Cumplimiento de condición resolutoria
				Terminación de obra o servicio
	Hecho externo impeditivo	Causas objetivas: caso fortuito o fuerza mayor		
		Jubilación		
		Desaparición de las partes		
		Invalidez absoluta permanente del trabajador		

Cuadro elaborado por, Jorge Toyama Miyagusuku. El despido disciplinario en el Perú.

5.4. EL DESPIDO DISCIPLINARIO

5.4.1. CARACTERÍSTICAS.

La facultad disciplinaria que ejerce el empresario se configura como consecuencia lógica de sus facultades de dirección y de control adoptando como finalidades la sanción y corrección de las indebidas conductas de sus trabajadores que desconocen las obligaciones derivadas de la ley, del convenio colectivo, del estatuto profesional, del reglamento de la empresa o del contrato mismo⁵. Toda vez que el despido supone la extinción del contrato de trabajo derivada de la voluntad del empleador, éste debe guardar las siguientes características formales:

- a) Es un acto unilateral del empleador por lo que para su eficacia no se requiere del asentimiento del trabajador;
- b) Es un acto constitutivo en tanto el empresario no lo propone sino que lo realiza de forma directa;
- c) Es un acto recepticio puesto que la extinción decidida por el empleador debe ser conocida por el trabajador para que surta sus efectos; y
- d) Es un acto que produce la extinción del vínculo laboral⁶. Además de las particularidades reseñadas sobre el despido, éste tiene también un carácter que es medular: la motivación de acuerdo a las causas justificantes del despido.

En efecto hablar del despido implica que ajustemos su definición a ciertas exigencias que justifiquen su ejercicio, éstos requerimientos constituyen el carácter causal del despido en el sentido que la relación de

5 Así entiende esta facultad Cabanellas citado por PILOTTO, Luigino. El principio de razonabilidad y la facultad disciplinaria. En: Los Principios del Derecho del Trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 464.

6 MONEREO, José Luis y María MORENO. Forma y procedimientos del despido disciplinario. En: La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1994. p. 257. Además, puede verse MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. Madrid: Tecnos, 1998. pp. 446 y siguientes.

trabajo sólo puede ser disuelta válidamente cuando exista algún motivo justificado; de ello se colige la consecuente insuficiencia jurídica de la sola voluntad del empleador para extinguir la relación laboral⁷. Lo expuesto ha sido recogido expresamente en el artículo 22 de la LPCL el cual preceptúa que el despido de un trabajador estará supeditado a la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobado.

5.4.2. LA CAUSA JUSTA

En concordancia con la causalidad del despido tenemos que nuestra legislación laboral ha agrupado las causas justas de despido en dos categorías: i) las que se derivan de la capacidad del trabajador y ii) de su conducta. Fuera de éstas no existe motivo que permita al empleador despedir. De esta manera la norma laboral recoge el criterio anotado en el artículo 4 del Convenio 158 OIT el cual preceptúa que, además de las causas justificadas por las necesidades de funcionamiento de la empresa, el despido podrá responder a causas justificadas relacionadas con la capacidad o conducta del trabajador.

5.4.2.1. FALTA DE CAPACIDAD.

La falta de capacidad para laborar se puede verificar en tres (3) supuestos:

- a) El detrimento de facultades o ineptitud sobrevenida determinante para el desempeño de labores.
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares, y.
- c) 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

7 Blancas Bustamante llega a esta conclusión luego de citar al maestro uruguayo Plá Rodríguez. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El Principio de Continuidad y el Despido Individual. En: Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 220.

accidentes (artículo 23 de la LPCL). El detrimento de facultades o ineptitud sobrevenida implica la verificación de un menoscabo que surge durante la ejecución del contrato de trabajo en tanto si se verifica que la incapacidad es anterior a la celebración del contrato e inclusive sobreviene durante el periodo de prueba, no se podrá despedir por tal causal⁸ salvo que hubiera sido determinante para la contratación y el trabajador brindó información falsa y en cuyo caso se podrá despedir por una falta de conducta.

El detrimento o ineptitud sobrevenida debe ser verificada por el Essalud, el Ministerio de salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio de Médicos. Tal causal de despido tiene que ser precisada para evitar confusiones respecto de otros supuestos que afectan la capacidad del trabajador pero que suponen la pérdida total de las facultades físicas y mentales del trabajador. En tal sentido hay que decir que la causal de despido en mención implica una invalidez permanente en tanto los casos en que se presenta una invalidez absoluta, sea parcial o total, implicarán la extinción del vínculo de trabajo por un hecho ajeno a la voluntad de las partes. Veamos ahora la segunda causal.

El rendimiento deficiente por su parte supone la existencia de una incapacidad permanente, habitual, continuada, establecida en función del rendimiento precedente del mismo trabajador o el promedio de los demás trabajadores que realizan labores similares en las mismas condiciones atendiendo a la ratio legis de la norma⁹.

Este supuesto no se refiere a la falta de adaptación del trabajador en su puesto de trabajo dado que el empleador, por ejemplo, no podría despedir al trabajador cuyo rendimiento es deficiente si es que aquel no lo ha capacitado adecuadamente para operar con nueva tecnología¹⁰. En la medida que la prueba del rendimiento deficiente es complicada la norma ha establecido que el empleador, con el objeto de acreditar la incapacidad defectuosa, podrá pedir el auxilio del Ministerio de Trabajo y del sector al

8 ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo*. Lima: Palestra, 2008. p. 536.

9 Pese a que la norma no lo dice se entiende que el rendimiento deficiente también se somete al parámetro relativo al rendimiento promedio de los demás trabajadores que laboran en similares funciones. Así puede verse BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. 2da edición. Lima: Ara, 2006. p. 141.

10 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Ibid.*; p. 143.

cual pertenezca la empresa, lo que coadyuvaría su intención de evidenciar el rendimiento deficiente.

Finalmente, tenemos a la negativa injustificada a realizarse un examen médico establecido por mandato legal o convencional determinantes de la relación laboral o la resistencia a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

Al respecto se ha considerado que la ubicación de tal causal de despido dentro del grupo relativo a la capacidad del trabajador responde a que las medidas de salud mencionadas procuran la preservación de la capacidad del trabajador dado que se busca evitar que el trabajador recaiga en incapacidad como efecto de sus propios incumplimientos¹¹. Para nosotros, en cambio, esta causal es una de carácter disciplinario en tanto denota un incumplimiento del trabajador y por ello debió estar ubicado dentro de la lista de faltas graves.

5.4.2.2. LAS FALTAS DE CONDUCTA.

Tratadas las causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador, procedamos a tratar los supuestos relacionados con la conducta del trabajador que el empleador puede alegar para despedirlo.

El llamado despido disciplinario, el que procede ante ciertas inconductas del trabajador, se configura en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Por condena por delito doloso,
- b) Por inhabilitación del trabajador y
- c) Por la comisión de falta grave (artículo 24 de la LPCL).

Veamos en este acápite las dos primeras causales. Si el trabajador es procesado penalmente por la supuesta comisión de un delito doloso, es finalmente encontrado culpable y su sentencia condenatoria pone fin

11 ARCE ORTIZ, Elmer. *Op. cit.*; p. 539. Queda la interrogante de si en realidad la negativa injustificada de la que venimos hablando implica una desobediencia laboral considerada como causa justa de despido desde la óptica de la conducta del trabajador. Así se ha considerado también que tal negativa se encuentra más próxima a las causas de despido relacionadas con la conducta del trabajador y por tanto se configura como una infracción a sus deberes esenciales. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. 2da edición. Lima: Ara, 2006. p. 144.

al proceso penal respectivo, el empleador podrá despedirlo. Tenemos entonces tres requisitos para que el empresario pueda proceder a despedir a su trabajador que ha sido considerado culpable de un delito:

1. Que haya sido sentenciado por la comisión de un delito doloso -lo que impediría al empleador despedir si se trata de un delito culposo,
2. Que el proceso penal haya concluido con la sentencia condenatoria es decir que ésta haya quedado firme y por tanto libre de cualquier recurso impugnatorio,
3. De otro lado la norma no hace distinción sobre la pena a cumplir por el trabajador, sólo importa que la sentencia condenatoria haya quedado firme y no si ella conlleva una pena privativa de la libertad, ergo, resulta indiferente la clase de pena impuesta.

Sobre esta causal cabe precisar también, como la ha hecho ya el Tribunal Constitucional, que el delito por el cual se le condena al trabajador y que es causa de su despido no necesariamente tiene que ver con su conducta laboral, en otras palabras, no interesa si el ilícito penal por el cual se le castiga al trabajador afecta o no la relación laboral toda vez que la comisión de un acto delictivo supone el quebrantamiento de varios principios fundamentales de una relación laboral, entre ellos, la buena fe contractual, honradez, lealtad, diligencia, etcétera¹². Sobre la inhabilitación del trabajador en realidad no hay mucho que decir. Si una inhabilitación administrativa o judicial del trabajador para laborar se prolonga por más de tres meses, servirá de sustento para que el empleador despida al trabajador inhabilitado. Los típicos ejemplos son las autorizaciones administrativas para el trabajo que son suspendidas o canceladas al trabajador (comúnmente para los choferes de transporte terrestre). La tercera causal que faculta a despedir por la conducta del trabajador es la referida a la comisión de falta grave, causal que guarda cierta complejidad en su definición y concreción, dificultad que ha llevado al legislador a preceptuar con más detalle el concepto de falta grave y las situaciones que en particular califican como concreciones de tal causa. Por ahora, veamos el siguiente cuadro que engloba las causales de despido por falta de capacidad y por la conducta del trabajador.

12 Fundamento Jurídico 11 de la sentencia recaída en el Expediente 01807-2007-PA/TC LIMA.

Causas	Supuestos
Por falta de capacidad	Detrimiento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño laboral.
	Rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.
	Negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico obligatorio
Por conducta	Condena penal por delito doloso.
	Inhabilitación del trabajador por 3 o más meses.
	Falta grave laboral.

Cuadro elaborado por, Jorge Toyama Miyagusuku. El despido disciplinario en el Perú.

5.4.2.3. EL DESPIDO POR FALTA GRAVE.

El despido disciplinario, como también es conocido el cese en relación a la conducta del trabajador, se verifica a partir de la comisión de una falta grave laboral tipificada legalmente, es decir, fuera de los supuestos que trataremos a continuación el empleador no podrá despedir por falta grave a sus trabajadores. Así lo establece el artículo 22 de la LPCL cuando

Determina que para el despido de un trabajador es indispensable la existencia de causa justa

Contemplada en la ley.

La falta grave laboral es definida por el legislador en la introducción del artículo 25 de la LPCL como la infracción por parte del empleado de los deberes esenciales que emanan del contrato de tal índole, que vuelven irrazonable la subsistencia de la relación laboral.

En este punto, hay conexión con el Derecho Civil en tanto que la falta grave supone un incumplimiento contractual¹³ y la sanción representa el ejercicio de

13 En esta línea, «Para el Derecho Laboral el poder disciplinario, como figura específica en la que se adecuan las reglas civiles sobre incumplimientos contractuales a las evidentes particularidades de la relación de trabajo». SAN MARTÍN, Carolina. *Op. cit.*; p. 1191.

un poder privado del empleador en la búsqueda de un orden laboral¹⁴. Así esta premisa guiará al operador jurídico para encuadrar correctamente la apreciación de los hechos o conductas tipificadas en los incisos que comprende el artículo 25 de la LPCL como faltas laborales específicas y en particular cuando la ley condiciona la configuración de éstas a su gravedad sin precisar en qué consiste ésta¹⁵.

Existen dos consecuencias de lo expresado precedentemente.

De un lado, la aplicación del principio de gradualidad en la imposición de una sanción que se valora en cada caso concreto. Naturalmente, se debe analizar cada caso y determinar, en forma específica, si la falta es de tal magnitud que califica como grave y motiva la imposición de la sanción más drástica.

Así, la jurisprudencia ha señalado que para verificar el incumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador como premisa inicial para iniciar un trámite de despido es recomendable atender al hecho de la actividad negligente del servidor la cual adquiere gravedad según el cargo que desempeñaba, la experiencia y antigüedad en el mismo y el perjuicio causado al empleador¹⁶ así como, en general, cualquier hecho que sea determinante para la valoración de la falta laboral¹⁷.

14 «Lo que explica la esencia y la función del poder disciplinario es el mantenimiento del buen orden en la organización, y para cumplir ese cometido, los mismos poderes que contribuyen a perfilar la organización, a dirigirla y darle forma, resultan suficientes». FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. *Op. cit.*; p. 450.

15 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. 2da edición. Lima: Ara, 2006. p. 144.

16 Casación 1207-2006 LIMA. En otra ocasión, la Corte Suprema señaló que «la gravedad del incumplimiento de sus obligaciones de trabajo que configura la falta imputada, debiendo tenerse en cuenta al evaluar su entidad, la condición y jerarquía que ostentaba el accionante dentro de la organización administrativa del centro de labores, habida cuenta de su condición de trabajador de máxima jerarquía dentro de la sede de Pimentel de la recurrente» (Casación 1210-2005 LAMBAYEQUE).

17 Sobre el tema, destacan GORELLI y GÓMEZ que «Se tienen así en cuenta toda una serie de circunstancias; en primer lugar, relacionadas con el propio trabajador, como su antigüedad; los elementos que caracterizan el incumplimiento imputado al trabajador, tales como la existencia o no de advertencias previas al trabajador, la habitual tolerancia de 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

Adicionalmente, la apreciación de la conducta del trabajador no exige de manera indispensable la configuración de un acto doloso pues basta con que su actuar u omisión afecte gravemente la convivencia laboral¹⁸.

En resumidas cuentas, se puede convenir que un despido válido procede cuando existe un incumplimiento contractual caracterizado por su especial intensidad («grave») e imputabilidad («culpable»)¹⁹; se trata, entonces del incumplimiento de una obligación principal o esencial de cargo del trabajador²⁰. Veamos ahora las causales específicas que implican la comisión de una falta grave laboral.

5.4.2.4. OBLIGACIONES LABORALES Y LA BUENA FE.

El inciso a) del artículo 25 de la LPCL agrupa las siguientes infracciones laborales: 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 y Salud en el Trabajo²¹.

Veamos primero la buena fe laboral. La buena fe se puede definir como un principio, es decir como una de las premisas que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado con el objeto de que sirva a manera de guía, directriz y criterio de conducta de las partes contractuales. En efecto, la buena fe se

públicamente o no, etcétera» GORELLI, Juan y Tomás GÓMEZ. *Op. cit.*; p. 19. En la misma línea, puede verse TERRADILLOS, Edurne. *Op. cit.*; p. 152.

18 «Que, el artículo veinticinco del Decreto Supremo 003-97-TR define a la falta grave como la infracción del trabajador a los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que hagan irrazonable la subsistencia de la relación, sin mencionar que ésta tenga o no contenido doloso, pues de otro modo no podría sancionarse adecuadamente la conducta que sin tener contenido ilícito puede tener la envergadura suficiente para quebrantar la disciplina, armonía y orden indispensables en todo centro de trabajo» (Casación 1622-2000 AREQUIPA).

19 GORELLI, Juan y Tomás GÓMEZ. *Op. cit.*; p. 11; y, ORTIZ, Carmen. *Op. cit.*, p. 1120.

20 QUISPE, Gustavo y Federico MESINAS. *Op. cit.*; p. 22.

21 «(...) 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 (...).»

configura, respecto del Derecho Laboral, como su base axiológica, a modo de principio fundamental que lo informa y que, por tanto, queda plasmado en sus diversas normas, ya sea explícita o implícitamente²².

Sobre la buena fe se ha dicho que importa la «adecuación o coherencia entre la conducta y su finalidad, entre el medio y el fin»²³ y que resulta un principio constitucional que es «inmanente a las relaciones de coordinación, un principio de justicia protectora en las relaciones de poder, es decir, un principio soporte del Estado de derecho»²⁴.

En nuestra normativa general, el principio de la buena fe se refleja en la sección legal que regula de manera global a las fuentes de las obligaciones. Es el artículo 1362 del Código Civil el que dispone expresamente la consagración de la buena fe contractual en nuestro ordenamiento jurídico positivo en los siguientes términos: «Los contratos deben negociarse, Celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.»

La normativa laboral ha recogido el principio mencionado en las demás faltas graves que motivan un despido además del quebrantamiento de la buena fe previsto en este primer inciso del artículo 25 de la LPCL.

Podemos apreciar que en los siguientes acápites que conforman todo el artículo 25 de la LPCL se presenta un arraigado interés del legislador por castigar conductas específicas que, en nuestra consideración, contradicen la buena fe laboral: la apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia; la retención o utilización indebidas de bienes en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor; 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

22 Así lo entiende Plá Rodríguez citado por GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo. *El deber de Buena Fe del Trabajador: Falta grave derivadas de su transgresión*. En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 482.

23 CASAS BAAMONDE, M.E. *La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe*. En: *Revista Relaciones Laborales* Número 12. Madrid: 2004. p. 9.

24 CONDE MARÍN, Emilia. *La buena fe en el contrato de trabajo*. Madrid: La Ley, 2007. p. 19.

intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal, entre otras, se configuran con actitudes que no se condicen con el deber de buena fe que debe guiar toda relación laboral. Por su parte, la jurisprudencia no se ha mantenido al margen en el examen relativo a determinar las actitudes laborales que calzan dentro de la buena fe.

Así, por ejemplo en la Casación 1210-2005-LAMBAYEQUE la Sala Suprema entendió que una falta atribuida al actor se configura indiscutiblemente como un incumplimiento de sus obligaciones de trabajo, lo cual demuestra que su conducta no responde a las exigencias de lealtad y fidelidad que surgen de la relación de trabajo, contraviniendo así el principio de buena fe que, por irradiar su ámbito de aplicación a todo el Derecho, constituye un elemento que sirve como relacionante entre las partes de honestidad y cumplimiento de las obligaciones de confianza mutua²⁵.

El incumplimiento de las obligaciones laborales que implican la vulneración de la buena fe predicable de toda relación contractual solo podría referirse de los deberes propios, específicos y concretos derivados de la función u ocupación para la cual se le contrató al trabajador.

Se castiga entonces la falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas por las partes o designadas y también la inobservancia de cuidados y previsiones derivados de la buena fe que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento las obligaciones acordadas²⁶. Naturalmente, en estos casos, no se debe apreciar necesariamente daños ni un perjuicio determinado para concluir que nos encontramos ante una falta laboral pues es suficiente la afectación de los deberes de fidelidad y lealtad²⁷. Lo relevante es que, como cualquier otra falta grave, se aprecie la existencia de gravedad y culpabilidad: debemos encontrarnos ante una conducta imputable al trabajador y que altere gravemente las relaciones

25 En otra ocasión se ha dicho sobre la buena fe que «la conducta anterior quiebra por su propia naturaleza la obligación de actuar con lealtad y honestidad que son los componentes de la buena fe durante la relación laboral, dando lugar además a la infracción del artículo treintiuno del Reglamento Interno de Trabajo que señala que es deber de todos los trabajadores cumplir con las funciones inherentes al cargo que desempeñan con honradez, lealtad, dedicación, eficiencia y productividad» (Casación 2242-98 LIMA).

26 ARCE ORTIZ, Elmer. *Op. cit.*; p. 526.

27 ORTIZ, Carmen. *Op. cit.*; p. 1134.

laborales entre el trabajador y la empresa. Así, por ejemplo, no podría despedirse a un soldador

mecánico por un accidente producido en el centro laboral si él no tenía que realizar funciones correspondientes a la seguridad de los tanques de agua que explotaron, previsión que, más bien, estaba a cargo de otros profesionales²⁸.

En cambio sería justificado el despido del trabajador que no tomó las medidas necesarias para evitar la sustracción de bienes de la empresa por parte de los trabajadores que tenía a su mando en tanto esta omisión de sus deberes laborales implica un quebrantamiento de la buena fe laboral²⁹ así como también del trabajador que no hizo oportunamente las acciones de control para supervisar el correcto desempeño de los empleados bajo su supervisión³⁰.

Ahora, veamos las faltas relacionadas con la resistencia del trabajador a seguir las órdenes del empleador. Como manifestación del poder de dirección que ejerce el empleador, éste puede disponer que sus trabajadores lleven a cabo una serie de actos que coadyuven a los objetivos empresariales queridos, es decir puede exigir de sus trabajadores obediencia respecto de las órdenes que pueda impartirles.

Si pese a ello el trabajador no cumple las directivas empresariales, el empleador podrá despedirlo; no obstante, como ordena la norma, la resistencia debe ser reiterada para que pueda apreciarse la gravedad de la falta. Por su parte para efectos probatorios la reiterada resistencia a las órdenes se deberá Documentar, tanto las órdenes, requerimientos y las llamadas de atención realizadas al trabajador³¹ y, previo a ello, debe tratarse de órdenes claras y concretas³².

28 Expediente 01564-2005-PA/TC MOQUEGUA

29 Casación 092-2002 LIMA

30 Casación 1210-2005 LAMBAYEQUE

31 *«Que la forma de demostrar la reiterancia es justamente cursando una advertencia o exhortación al trabajador para dejar constancia que se viene cometiendo una infracción, la cual de continuar, se convertirá en causal de su despido» (Casación 1218-98-LIMA).*

32 *«En la práctica, la claridad suele venir asociada a la concreción, pues las órdenes o instrucciones de carácter general son susceptibles de mayores dosis de dificultad aplicativa e interpretativa a la realidad cotidiana que una simple orden concreta, en la que el emisor del mandato ya ha hecho, por definición, una interpretación*

Cabe precisar que en ocasiones la resistencia del trabajador puede calificar como lícita y no devenir en una falta grave en la medida que las órdenes que no se quieren cumplir conllevan la comisión de ilícitos penales por ejemplo. Pese a la exigencia de la reiteración, este elemento puede suprimirse si se trata de una desobediencia muy grave del trabajador, con una actuación dolosa y que originó un perjuicio económico a la empresa³³.

En este caso, la afectación a la buena fe laboral que hemos visto puede ser el sustento para la imputación de un despido. Sobre la reiterada e intempestiva paralización de labores se puede decir que se configura cuando las interrupciones no son notificadas al empleador ya sea cuando éstas sean de un solo trabajador o más de uno.

No importa si hay abandono del centro de trabajo aunque sí interesa, y mucho, que la paralización intempestiva y reiterada sea verificada fehacientemente por la Autoridad Administrativa de Trabajo, o en su defecto por la Policía o la Fiscalía si fuere el caso. Finalmente tenemos los incumplimientos a las normas internas y legales. Atendiendo a la potestad «normativa» que posee el empleador, éste tiene la facultad de elaborar una serie de parámetros normativos que tienen la finalidad de organizar y regular las labores dentro de la empresa. Tales disposiciones se reúnen en el llamado Reglamento Interno de Trabajo³⁴ y, en general, cualquier norma general (política, directiva, etcétera) u orden específica que se hubiera difundido en la empresa. La afectación a estas obligaciones debe ser grave e imputable al trabajador, «bien deliberada o ya negligente», es decir puede ser de forma deliberada, consciente o por negligencia³⁵.

contextualizada auténtica». GIL y GIL, José & Otros. *El despido disciplinario*. En: AUTORES VARIOS (Antonio Sempere, coordinador). *El despido: aspectos sustantivos y procesales*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004. p.156.

- 33 En este sentido, se ha descrito que «La desobediencia para que opere como causa de despido debe ser injustificada, grave y culpable. La culpabilidad es equivalente a imputabilidad o responsabilidad y la gravedad, siguiendo la tesis gradualista suele apreciarse en la reiteración con que fue impartida la orden, en la negativa a obedecer de forma expresa e inequívoca, en la renuente falta de voluntad al cumplimiento y, en general, en función de las circunstancias concurrentes, entre las cuales se halla el perjuicio causado a la empresa». ORTIZ, Carmen. *Op. cit.*; p. 1130.
- 34 La legislación obliga que las empresas con más de 100 trabajadores tendrán un Reglamento Interno de Trabajo. En los demás casos es opcional.
- 35 ORTIZ, Carmen. *Op. cit.*; p.1121. En la misma línea, CASTRO describe: «La desobediencia sólo puede generar el despido si evidencia una voluntad de incumplimiento

La inobservancia del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo y cualquier norma sobre esta materia también es castigada con el despido siempre que aquella sea grave. En este caso ya no solo se vulnera la obligación de obediencia al empleador sino también el deber de cuidado que el trabajador debe tener cuando su centro de labores presenta una serie de riesgos y peligros que pueden menoscabar la integridad física, la salud y la vida del trabajador infractor, la de sus compañeros, los bienes de la empresa o terceros.

Aquí bastaría que el trabajador infractor con su inobservancia produzca un riesgo sin necesidad que este se concrete en un daño³⁶. El marco legal general se completa por el Decreto Supremo 009-2005-TR que rige a todos los sectores económicos sin perjuicio de las normas de seguridad e higiene sectoriales en tanto no contengan disposiciones incompatibles con la referida norma general y en todo caso cuando establezcan derechos y obligaciones superiores a los previstos en ésta.

Si por un lado es obligación de las partes laborales comportarse de acuerdo a los cánones de la buena fe, resulta complementario a ello que, entre otros deberes laborales, el trabajo realizado se enmarque en torno a criterios relativos a la colaboración, diligencia, etcétera a manera de manifestaciones de la directiva general de la buena fe laboral.

En este orden de ideas cuando se solicita al trabajador que cumpla sus labores en forma diligente no se precisa otra cuestión que no sea la de afirmar el cuidado necesario y suficiente con el que se debe cumplir la prestación de servicios.

El deber de colaboración importa que el trabajador deba prestar sus servicios en forma adecuada, llevando a cabo prestaciones que no se encuentren reseñadas expresamente en el contrato de trabajo y obviando todo comportamiento que pueda perjudicar la utilidad de su trabajo al empleador.

Cierto sector de la doctrina estima que la obligación de colaboración se refiere también a la conservación de la seguridad, salud y moralidad

de los deberes que vienen impuestos al trabajador en razón de su contrato, que ha de ser clara, abierta, grave, trascendente e injustificada». CASTRO, María. *El régimen disciplinario de la empresa*. Pamplona: Aranzadi, 1993. p.165

36 DE BUEN, Néstor. *Derecho Mexicano del Trabajo*. México: 1990. Tomo II. p. 177.

en los lugares de trabajo y, en general, al cumplimiento estricto de la legislación laboral y especialmente de las medidas de prevención. Los reglamentos internos podrían ayudar a detallar los deberes esenciales que podrían reflejar el deber de colaboración entre las partes laborales³⁷.

En resumen esta primera falta laboral es, a nuestro modo de ver, genérica, en tanto se recogen principios generales (buena fe), comportamientos genéricos (incumplimientos o paralizaciones) y afectaciones a disposiciones legales e internas (reglamentos internos, de seguridad y salud, etcétera). Así, todas las faltas laborales que califiquen de graves y que no estén contempladas en los demás incisos del artículo 25 de la LPCL, ingresan dentro de este supuesto jurídico. En esta línea, se han considerado faltas graves dentro de este acápite al soborno³⁸, conductas omisivas³⁹, situaciones de conflicto de intereses y conductas éticas⁴⁰, no consumir alcohol dentro de las instalaciones de la empresa⁴¹, cobro de sumas que no corresponden(74), etcétera.

37 BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *Derecho del Trabajo*. Tomo I. Volumen 2. 2da. edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1999. p. 175.

38 «El soborno solicitado por el demandante a un proveedor para favorecerlo en la colocación de la orden de compra está acreditado en autos por las instancias de mérito, constituyendo una clara transgresión no sólo al deber de fidelidad, sino también al de lealtad, que exige la relación laboral, toda vez que el trabajador debe desarrollar la prestación del servicio de acuerdo a las disposiciones establecidas por el empleador, velando siempre por los intereses de éste» (Casación 1052-97 LIMA).

39 «La conducta omisiva del actor se encuadra dentro de los alcances de la norma sub examine, ya que, conforme ha quedado establecido en los presentes autos, no tomó las medidas destinadas a evitar la sustracción de bienes de la empresa por parte de los trabajadores que tenía a su mando, por lo tanto, esta omisión de sus deberes labores implica un quebrantamiento de la buena fe laboral» (Casación 092-2002 LIMA).

40 «Si bien el actor no recibió la «Carta de Ética» bajo cargo, es de suponer que su actuar debe basarse en criterios elementales de razonabilidad; por ende es imposible suponer que desconocía de su existencia, por cuanto es un trabajador que tenía dieciocho años laborando en la empresa. En tal sentido si se establece que pese a la sub-contratación de la empresa (...), en la cual tenía participación la madre de la esposa del actor, no se causó perjuicio a la empleadora, este hecho de por sí constituye un quebrantamiento de la buena fe laboral» (Casación 825-2001 LIMA).

41 «El incumplimiento de obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, no necesariamente tiene que estar plasmado en un reglamento interno de trabajo, como por ejemplo las obligaciones que son de tipo moral y ético, como la de asistir y permanecer en las horas de trabajo en estado de sobriedad y sin la injerencia de bebidas alcohólicas» (Casación 210-2006 JUNÍN).

5.4.2.5. RENDIMIENTO ADECUADO.

De acuerdo al inciso b) del artículo 25 de la LPCL la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, califica como una falta grave meritoria de despido.

En buena cuenta lo que se persigue castigar con esta causal, es la falta de diligencia del trabajador que intencionalmente disminuye de forma frecuente su rendimiento cuantitativo o cualitativo. El rendimiento deficiente supone que la producción o calidad de la labor del trabajador infractor decaiga respecto de su nivel normal, en tal sentido, la labor defectuosa se podrá determinar en relación con rendimientos anteriores del mismo trabajador o con el rendimiento promedio de los demás compañeros que realizan otras labores⁴².

Entonces, al estimarse que la reducción deliberada y reiterada de las labores o del volumen o de la calidad de producción califica como una falta grave meritoria de despido se procura el castigo de la falta de cuidado, que es inclusive voluntaria y repetida, en la prestación de las labores encargadas⁴³. Ciertamente, la evaluación puede ser cualitativa o cuantitativa. No obstante se sanciona disciplinariamente la escasez de diligencia en la prestación de servicios laborales, la comprobación de ello no importa un sencillo examen de la efectiva falta de cuidado en las labores. Justamente es por ello que el dispositivo legal mencionado establece que la reducción deliberada y reiterada de las labores tendrá que ser verificada fehacientemente para lo cual puede pedirse la ayuda del Ministerio de Trabajo, quien podrá, a su vez, solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa para tales efectos⁴⁴ aunque los convenios colectivos, los

42 «El rendimiento debido como el rendimiento normal que viene obteniendo un trabajador, apto para la labor asignada. Pero al no ser éste un concepto absoluto, sino que debe ponerse en relación con el tipo de actividad, el nivel de rendimiento sólo puede valorarse «a través de un elemento de comparación que opere dentro de condiciones homogéneas». CASTRO, María. *Op. cit.*; p. 171. Además, puede verse ARCE ORTIZ, Elmer. *Op. cit.*; p. 529

43 «El trabajador al advertir que no se encontraba en buenas condiciones de salud y que presentaba somnolencia, debió pedir licencia y abstenerse de operar máquinas, lo que no hizo, incurriendo en negligencia y responsabilidad» (Casación 106-98-SANTA).

44 «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

contratos individuales y las políticas empresariales podrían dar las pautas razonables para dilucidar la falta de diligencia en las labores⁴⁵. En suma, además del elemento volitivo que interviene en esta falta laboral y el otro temporal referido a su reiteración o la apreciación de un determinado período de tiempo⁴⁶, el empleador requerirá de una prueba para proceder a despedir bajo esta causal.

5.4.2.6. BIENES Y SERVICIOS DEL EMPLEADOR.

Prevé el inciso c) del artículo 25 de la LPCL una concreción de una falta que implica la vulneración del deber de honradez derivado del deber de buena fe laboral- que debe guiar toda relación de trabajo. 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, califica como falta grave que puede justificar un despido⁴⁷.

Desarrollando las situaciones que comprende esta causal tenemos en primer lugar que se castiga la apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia⁴⁸; en tal sentido podemos decir que la falta se produciría tanto si se concretiza

de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, quien podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa».

45 «De conformidad con lo establecido en el artículo 25º, inciso b) del Decreto Supremo N° 03-97-TR si bien la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores constituye falta grave es necesario que dicha disminución en el rendimiento sea verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo; lo cual no se ha probado fehacientemente ni tampoco ha acreditado haber acudido a los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo a efectos de comprobar dicho hecho» (Expediente 2332-2003-IND (S)).

46 «La valoración de la brevedad exigirá aludir a dos parámetros: la intensidad de la disminución y su extensión en el tiempo-lo que el art. 54.2e) ET quiere decir cuando habla de disminución continuada-. Finalmente, al juicio de culpabilidad el art. 54.2e) ET aporta la calificación de la disminución como voluntaria». GIL y GIL y otros. *Op. cit.*; p. 165.

47 La norma prevé que «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».

48 «Resulta inválido el despido sustentado en la comisión de falta grave de apropiación de bienes del empleador cuando este no logra acreditar el hecho de la apropiación

la apropiación así como si ella solo queda en tentativa toda vez que, entendemos, la intención frustrada de apropiarse de un bien del empleador califica de por sí como una falta relativa a la honradez y a la buena fe que debe regir en toda relación de trabajo.

De otro lado, ha establecido la jurisprudencia, que en caso que se produzca efectivamente la apropiación de los bienes del empleador, debe atenderse a tres criterios:

- i) Que el bien del empleador pase al patrimonio de un tercero por acción del trabajador o al patrimonio de este último;
- ii) Que el hecho beneficie al trabajador o a un tercero y
- iii) Que dicho acto perjudique al empleador⁴⁹.

La segunda situación prevista es la referida a la retención o utilización indebida de los bienes o servicios, en beneficio propio o de terceros podría configurarse por ejemplo cuando el empleado utiliza uno de los vehículos del empleador con el objeto de transportar mercadería de contrabando o para transportar cierta cantidad de material de construcción de propiedad de un tercero cobrando los honorarios a éste, etcétera.

Es recomendable que para este tipo de falta exista una política de utilización apropiada de bienes en la empresa que respalde la sanción cuando exista un manejo indebido de los mismos. En esta línea, la inserción de nuevas tecnologías en el trabajo, el uso de herramientas de trabajo para fines personales, como vehículos, teléfono, conexión a Internet o servicio de correo electrónico podría estar normado mediante el mismo reglamento interno o directrices especiales al respecto.

5.4.2.7. INFORMACIÓN RESERVADA Y COMPETENCIA LEAL.

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 no son sino supuestos claramente lesivos de la buena fe laboral que en estos casos

ni tampoco la propiedad y preexistencia del material supuestamente objeto de la sustracción» (Expediente 5382-97 R (S)).

49 Expediente 028-89-2JT-AREQUIPA.

se refleja como una forma de proteger el interés económico del empresario y que por tanto deben ser sancionados con severidad de acuerdo con el inciso d) del artículo 25 de la LPCL⁵⁰. Veamos cada supuesto: el uso o entrega a terceros de información reservada del empleador junto a la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa califican en particular como supuestos en los que se vulnera el deber de reserva que compete al trabajador respecto de los saberes y conocimientos que adquiere en función de las labores que cumple en su empresa⁵¹.

No se trata solamente de aquellos documentos o información que son calificados expresamente como confidenciales. Como son aquellos protegidos por las normas de propiedad intelectual o políticas internas del empresario también cualquier información que salga del centro de trabajo por actuación del trabajador y que cause o pudiera ocasionar un perjuicio a la empresa. En el caso de la quiebra de la confidencialidad, el desvío de la información fuera de la empresa sería suficiente en tanto conducta grave para justificar un despido sin que se tenga que acreditar la existencia de un perjuicio real del empleador.

La entrega de información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja implica inobservancias a los deberes de lealtad y confianza que debe existir en toda relación laboral⁵².

Para su configuración requiere que se pruebe la intención de causar perjuicio al empleador u obtener una ventaja y naturalmente acreditar la

50 La LPCL dispone que «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».

51 ARCE ORTIZ, Elmer. *Op. cit.*; p. 531.

52 Se trata de casos en que el trabajador falsea datos –en su currículum, en los partes de trabajo, en la causa de las ausencias, en los justificantes de ventas, en las factura de dietas, etcétera-, o en que suplanta la personalidad de alguien (un compañero de trabajo, p. e., por el que se ficha a la entrada), o en que otro ha suplantado la personalidad del trabajador despedido –p.ej., trabajador que manda a un familiar a trabajar en su lugar». GIL y GIL, José y otros. *El despido disciplinario*. En: AUTORES VARIOS (Antonio Sempere, coordinador). *El despido: aspectos sustantivos y procesales*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004. p. 193.

falta de veracidad de la información⁵³, no siendo indispensable que se verifique un perjuicio al empleador. Por último tenemos que la competencia desleal se configura cuando se realiza a favor de otros o para sí mismo servicios similares a los realizados para el empleador, sin comunicar dicho hecho y sin estar autorizado para ello.

Naturalmente, como en todas las faltas laborales, el empleador tiene que acreditar la existencia de los actos comerciales que compiten con la actividad de la empresa⁵⁴, en tanto que la ejecución de actividades comerciales compiten con las realizadas por la empresa dentro de un marco donde «no sólo le remunera un trabajo, sino que también le facilita medios para adquirir experiencia y perfeccionamiento profesional que luego aquél pretende utilizar en su propio provecho y en demérito o perjuicio para los intereses de su empresa»⁵⁵.

5.4.2.8. ASISTENCIA DEBIDA: ALCOHOL Y DROGAS.

El inciso e) del artículo 25 de al LPCL prevé que la concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias

53 Así, cuando no se acredita la falta de veracidad no se configura la falta: «Que, la información contenida en el certificado médico que concedía un período de incapacidad por dos días para el trabajo, no corresponde a una información falsa, al estar corroborada por la historia clínica de la demandante, con lo que se concluye que no se incurrió en la falta grave alegada» (Casación 157-98-SANTA). Y en otro caso sí se acreditó: «Se ha verificado que el trabajador ha usado información falsa para mantener en error a su empleadora y prosiguió cobrando las cuotas de la obligación concursal pese a que tenía pleno conocimiento que el monto reconocido era errado, lo cual va en detrimento económico de la empresa» (Casación 2786-2007 ICA). En la misma línea, se ha señalado que «proporcionar información falsa al empleador, debe interpretarse que el elemento material u objetivo es el dato falso que el trabajador suministra al empleador; pero para que se configure la falta es necesario que concurra un elemento subjetivo, el *animus nocendi* del trabajador para obtener una ventaja para sí».

(Casación 2147-2004 LIMA).

54 «Para que se declare la procedencia o no del despido justificado en la comisión de falta grave fundada en la realización de actos de competencia desleal por parte del trabajador es necesario que el juez investigue ante la municipalidad y ante la Sunat obre dichos actos, debiendo oficiarse a dichas entidades para que informen sobre el registro y actividad de la empresa, con indicación de fechas de apertura y de pagos mensuales o anuales realizados hasta la fecha para su funcionamiento regular» (Expediente 2571-98-ND).

55 ORTIZ, Carmen. *Op. cit.*; p. 1134.

estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad es sancionada también con el despido. Las faltas reseñadas contravienen el deber de diligencia en tanto asistir al centro de labores en estado etílico o drogado importaría que, como destaca CADILLO, una afectación al deber de asistencia adecuada⁵⁶ y, de otro lado, estamos ante una irresponsabilidad laboral que pone en riesgo a los compañeros de trabajo y los bienes de la empresa pero se exige la reiterancia, como regla, en estos casos⁵⁷.

El dispositivo legal reseñado comprende dos supuestos: el primero indica que se requiere reiteración en la asistencia al centro de trabajo en tales estados. De otro lado, no se exige la referida frecuencia si el empleado asiste ebrio y/o dopado y por la naturaleza de sus labores necesita estar totalmente lúcido para efectuarlas, es decir la reiteración no se requiere si el trabajador realiza una función de tal dimensión que si se encuentra en los estados descritos puede poner en peligro a las operaciones, a los demás trabajadores o a terceros también (por ejemplo un chofer o el empleado encargado de la torre de control de un aeropuerto).

Ahora bien, la norma establece también que con la finalidad de que quede constancia de tales irresponsabilidades del trabajador, los estados reseñados deben ser acreditados con la presencia de un policía, quien debe realizar un atestado. Asimismo deberá dejarse constancia en el atestado policial si el trabajador se niega a realizarse las pruebas correspondientes, lo que calificará como un reconocimiento de la falta.

56 «La razón de tipificar la concurrencia a laborar en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o estupefacientes se encuentra en la afectación negativa que puede generar dicho estado en el adecuado ejercicio de las labores que tiene a su cargo el trabajador o en el normal desenvolvimiento de la actividad empresarial». CADILLO, Carlos. *Despido por concurrir a trabajar en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o estupefacientes*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 125. Lima: Gaceta Jurídica, 2009. p. 28.

57 «La falta contenida comprende dos supuestos: el primero consiste en que el trabajador asista a sus labores reiteradamente en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas o sustancias estupefacientes; el segundo, no requiere reiterancia, pues la gravedad de la falta queda determinada por la naturaleza de la función o trabajo que desempeña el infractor; en este segundo supuesto, la falta grave se deriva de la falta de responsabilidad inherente a la función o labor que el servidor cumple con la empresa» (Casación 787-2002-JUNÍN).

El Tribunal Constitucional recientemente ha emitido un dictamen que ha causado cierta polémica en tanto pareciera incluir ciertas actitudes alrededor de la falta por embriaguez para que sea considerada como meritoria de despido. Así ha expuesto el TC: «(...) si bien conforme se ha señalado en fundamento que precede al demandante se le puede reputar que ha incurrido en la falta grave, no es menos cierto que en ningún momento ha incurrido en algún acto de violencia, injuria o faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, del personal jerárquico o de otros trabajadores, ni ha ocasionado daño alguno al patrimonio ni al acervo documentario de la Municipalidad emplazada.

Siendo así y teniéndose en cuenta que la Municipalidad, en la fundamentación de las cartas cuestionadas y durante el curso del proceso de amparo, no ha argumentado que el demandante tenga antecedentes disciplinarios, se debe concluir que la sanción impuesta (despido) no fue la más adecuada e idónea, pues la emplazada podía haberle impuesto cualquiera de las otras sanciones disciplinarias ya citadas anteriormente»⁵⁸.

En este caso, un trabajador fue impedido de ingresar al trabajo porque estaba con aliento de alcohol y la empresa le indicó que se debía practicar el dopaje etílico.

Sin embargo, el trabajador se negó y, con la presunción legal de que la negativa a someterse a un examen supone el estado de embriaguez, se procedió a despedir al trabajador. Sobre la embriaguez, tenemos los siguientes escenarios:

- a) Beber licor dentro de la empresa: se puede despedir al trabajador por dichos hechos (actividad para fines no laborales);
- b) Llegar a la empresa en estado de ebriedad y ocupar un puesto de riesgo a la integridad física del trabajador o de terceros (chofer, maquinista, piloto, etcétera): se puede despedir dada la actividad de riesgo);
- c) Llegar al centro laboral en estado de ebriedad pero no ocupar un puesto de riesgo.

En este último caso, hay dos posibilidades:

58 Considerando 15 de la sentencia que resuelve el Expediente N° 3169-2006 PA/TC.

1. Si el trabajador comete actos de violencia, insultos, etcétera: se puede despedir porque existe afectación a la buena fe y la conducta laborales;
2. Si el trabajador no realiza actos de violencia, insultos, etcétera: se puede sancionar con una suspensión o amonestación.

Como hemos visto, cuando se trata de personas que no desarrollan actividades riesgosas, las normas peruanas exigen reiterancia para que proceda un despido.

Así, la primera vez que llega en estado de ebriedad, no se le deja ingresar al centro laboral y se le puede suspender y, la segunda vez, cabe un despido ante la repetición de la falta. Nótese que las normas no impiden la sanción a los trabajadores que ingresan en estado de ebriedad y lo que exigen es la configuración de una gravedad para despedir en tanto que se entiende que la falta grave importa una situación insostenible en la empresa. Por ejemplo, si un trabajador no acude a laborar tres días consecutivos, no se puede despedirlo pese a que no justificó sus ausencias ni comunicó con antelación que se ausentará dado que las normas exigen cuatro días para ello (más bien, cabe la posibilidad de una suspensión).

No obstante ello, el TC desliza la posición de que, en este caso, no hay proporcionalidad de la falta y ello importa una afectación al debido proceso sustantivo que se relaciona con la aplicación desproporcionada en relación a la falta cometida. Las normas describen que se exige reiterancia para el despido de un trabajador que llega ebrio y no desarrolla actividades de riesgo; de este modo, si se despidió y se trataba de la primera falta cometida, se ha aplicado una sanción desproporcionada y ello afecta un valor constitucional que es el debido proceso sustantivo⁵⁹.

A ello, agregamos un tema más. Si la sanción aplicada no está recogida en las normas legales (que exigen repetición), no se debiera admitir la imputación de la falta laboral como una causal de despido y se trataría

59 En torno a este tema, CADILLO sostiene que «En el caso de la concurrencia de estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o estupefacientes, se debe examinar la gravedad de cada falta laboral, en función a las circunstancias de cada caso concreto (por ejemplo, lapso dentro del cual se produce la reincidencia, la jerarquía del trabajador, entre otros aspectos) (...) También parece razonable que la calificación de gravedad se genere por la afectación del nombre, la imagen o la buena reputación de la empresa; lo cual puede reflejarse, por ejemplo, en pérdidas económicas o en la ruptura de sus relaciones comerciales». CADILLO, Carlos. *Op. cit.*; pp. 32-34.

de un despido carente de justificación legal y, en esta línea, se podría indicar que estamos ante un despido sin expresión de causa que tiene toda la tutela constitucional.

5.4.2.9. RESPETO A COMPAÑEROS Y EMPLEADOR.

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 son previstos en el inciso f) del artículo 25 de la LPCL⁶⁰ como faltas graves que buscan sancionar conductas que distorsionan la convivencia y buena organización de la empresa además de reaccionar frente a actos lesivos de derechos constitucionales como el honor, la imagen y la integridad física del empleador y/o de los trabajadores.

Ante la dificultad y complejidad que supone la probanza de esta causal de despido, tenemos que tal labor podría facilitarse a través de registros audiovisuales o informes de las personas afectadas y/ o testigos y constataciones de autoridades administrativas. Este caso presenta supuestos que son difíciles de diferenciar como la «grave indisciplina» y «actos de violencia» (supuestos genéricos) y la «injuria» y «faltamiento de palabra» (supuestos específicos), inclusive la distinción entre estos últimos dos supuestos no es nada fácil como lo destaca Castro Posadas⁶¹.

Más todavía, la distinción entre «grave indisciplina» (que describiremos en este acápite) y la desobediencia (contemplada en el inciso a) es

60 «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».

61 «Nuestra legislación ahora establece como supuestos diferenciados, al faltamiento de palabra y la injuria, fórmula que –a nuestro criterio– resulta innecesaria, ya que la injuria importa por sí misma, al margen de las connotaciones penales, la existencia de un faltamiento de palabra». CASTRO POSADAS, Eric. *La injuria y el faltamiento de palabra como causal de extinción de la relación laboral*. En: *Actualidad Jurídica*. Número 185. Lima: Gaceta Jurídica, abril de 2009. p. 268.

muy sutil e inclusive pueden coincidir en un solo supuesto⁶². Un supuesto que puede diferenciarse es la violencia, y que usualmente tiene una manifestación tangible (lo cual genera una menor dificultad para verificarla).

La violencia contra las personas referidas no necesariamente debe configurar un ilícito penal para ser sancionada con el despido dado que en sí misma tal conducta constituye una grave indisciplina que atenta los preceptos de respeto y orden que debe prevalecer en todo centro de trabajo.

De otro lado la grave indisciplina se debe apreciar a partir de conductas que alteren el orden interno de la empresa, rompiendo en cierta forma con la armonía o el modo habitual en que se llevan a cabo las labores en la empresa, por lo que la grave indisciplina usualmente se verifica dentro del centro de labores pero podría ubicarse fuera de él como ocurre en operaciones dentro del radio de acción de la empresa o en actuaciones externas pero que afectan a la empresa como actividades de un vendedor, por ejemplo⁶³, o más todavía fuera de cualquier radio de acción de la empresa.

En este último caso, si se verifica una ofensa en los exteriores de la empresa, habrá que apreciar que la agresión física o verbal tenga vinculación con la relación laboral⁶⁴.

62 Sobre este tema, SÁNCHEZ-RODAS destaca que «La indisciplina se configura como un término dotado de un significado más amplio, bajo el cual podrían quedar englobadas cualquier tipo de conducta irregular del trabajador. Mientras que la obediencia exigida al trabajador se identificaría con el más estricto cumplimiento de las órdenes expresas que reciba el trabajador del empresario o persona en quien éste delegue, lo que hace de ella un concepto más restringido y preciso, pues deriva del incumplimiento (por activa o por pasiva) de una orden concreta, determinada y específica. A mayor abundamiento, una misma conducta puede resultar incardinable bajo ambos vocablos, pues, generalizando, podemos afirmar que la desobediencia implica indisciplina, aunque no toda indisciplina presuponga, necesariamente, una previa desobediencia. Esta última sería el género, y la primera, la especie». SÁNCHEZ-RODAS, Cristina. *La indisciplina y la desobediencia como causas de extinción del contrato de trabajo*. En: AUTORES VARIOS (José Castiñeira, coordinador). *Presente y futuro de la regulación del despido*. Pamplona: Aranzadi, 1997. pp. 415 y siguientes.

63 Para Blancas, sin embargo, solamente deben comprenderse las actuaciones dentro del centro laboral. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Despido en el Derecho Laboral*. Op. cit.; pp. 200-201.

64 «Para que la agresión física fuera del centro laboral de un trabajador a su superior sea considerada como falta grave, debe acreditarse que esta haya sido derivada directamente de la relación laboral» (Expediente 845-92-CD).

El faltamiento de palabra y la injuria, verbales pueden ser expresiones, sonidos, gestos, etcétera- o escritas⁶⁵, deberán ser valorados de acuerdo a las circunstancias en las que se exteriorizan. Por ejemplo, la discusión que sostenga el trabajador con el empleador o sus representantes acerca de asuntos o materias derivadas o relacionadas con el trabajo que se presta, lo que suele ser frecuente en las relaciones entre empleadores y trabajadores que normalmente defienden intereses contrapuestos⁶⁶, tendría que analizarse con cautela. Una palabra subida de tono de un dirigente sindical en el marco de una negociación colectiva no puede ser analizada bajo la misma óptica si se da fuera de tal contexto⁶⁷.

Sin embargo, ello no implica que los dirigentes puedan insultar a funcionarios de la empresa dado que puede configurarse una causal de despido si la actuación de los dirigentes afecta la dignidad de tales funcionarios⁶⁸. En otras palabras, se ha indicado que debe proferirse por el trabajador una expresión claramente ofensiva y no ambigua elemento objetivo y con animusiniuriandi elemento subjetivo⁶⁹.

Por su parte, no constituirá falta de respeto al empleador si el trabajador, sobre el cual han recaído una serie imputaciones sobre su vida personal, manifiesta la posibilidad de denunciarlo por las afirmaciones de aquel pues esta posibilidad es un derecho que tiene toda persona para defender su honor aun contra su empleador o representante del mismo. Ahora bien, si dicha acción finalmente no contaba con pruebas suficientes, en varias

65 «A las ofensas verbales deben asimilarse las realizadas mediante cualquier otro tipo de signos (dibujos, p. ej.) o sonidos, así como las ofensas que podríamos denominar «gestuales», realizadas mediante gestos, muecas, risas, posturas, etcétera con el propio cuerpo del ofensor, y sin intervención física en el del ofendido». GIL y GIL, José y otros. *Op. cit.*; p. 165.

66 Así lo expresa ALONSO GARCÍA, Manuel citado por: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Despido en el Derecho Laboral. Op. cit.*; p. 202.

67 ARCE ORTIZ, Elmer. *Op. cit.*; p. 533. Al respecto, se ha dicho que «No se considera falta grave referirse a determinados actos del empleador como atentatorios de los derechos de los trabajadores en un momento en que la relación entre las partes no era muy armoniosa» (Expediente 2196-98-DN (S)).

68 Así se ha mencionado que «Constituye faltamiento grave de palabra imputable al demandante el haber suscrito una remitida a la demandada a nombre de la organización sindical, que contiene términos que atacan el honor y la dignidad de los representantes de la emplazada y en forma reiterada» (Expediente 1035-94).

69 ORTIZ, Carmen. *Op. cit.*; p. 1131.

ocasiones la jurisprudencia ha validado el despido laboral del trabajador⁷⁰. Hi5, Facebook, My Space, Yahoo Groups, Friendster, etcétera son algunas de las redes sociales que, cada vez más, gozan de mayor popularidad.

A través del Internet y sin costo alguno, los cibernautas se inscriben en estas comunidades virtuales que comparten intereses, gustos, preocupaciones, etcétera a través de un sinnúmero de herramientas: blogs, foros de discusión, chat, correos electrónicos, juegos on line, etcétera. Las personas pueden comentar hechos o situaciones laborales tales como chismes de compañeros o jefes, problemas laborales, clima laboral, políticas corporativas, incumplimientos legales, maltratos, etcétera.

Ahora bien, la información compartida en las redes sociales no necesariamente son privadas dado que, a través de los amigos, amigos de los amigos, amigos de estos y así sucesivamente, esta información puede ser extendida y hasta vuelta pública y conocida por la empresa y sus jefes.

Un primer tema es la «privacidad» de los comentarios realizados a través de una red social. En este caso, la privacidad resulta de menor tutela en tanto que voluntariamente el trabajador realizó sus comentarios en una red social pública y la empresa o la persona afectada por sus comentarios tuvo un acceso legítimo a los comentarios bajo las «reglas de juego» que están en estas redes sociales.

Un segundo aspecto se relaciona con el fondo, la posibilidad de realizar comentarios a través de estas redes públicas y dinámicas. Los comentarios de las personas pueden ser triviales o relevantes, íntimos o

70 En esta línea tenemos: «Constituye faltamiento grave de palabra en agravio del empleador la denuncia formulada contra este, carente de fundamentos, a través de la realización de imputaciones no probadas» (Expediente 9175-92) y en otra ocasión «Se incurre en la causal de falta grave laboral cuando se formula denuncia penal contra el personal jerárquico del empleador sin los elementos de juicio suficientes para acreditar el ilícito penal imputado; en consecuencia el despido resulta justificado» (Casación 420-99 LIMA). Por su parte CASTRO POSADAS señala que «La sola presencia de un faltamiento de palabra no basta para que pueda despedirse a un trabajador, toda vez que para su procedencia, las palabras agraviantes vertidas deberán ser de tal magnitud que hagan impensable la continuación de la relación laboral, porque vulneran no solo el honor o la dignidad de las personas afectadas sino también afecta el principio de buena fe que debe existir entre las partes y que resulta de gran trascendencia en las relaciones laborales». CASTRO POSADAS, Eric. *Op. cit.*; p. 269.

no, pero también pueden afectar a terceros, incluyendo a las empresas y los jefes. Veamos un ejemplo interesante.

Hace un tiempo los medios dieron cuenta que, en Inglaterra, una joven había indicado en Facebook que se sentía «aburrida de su trabajo» y que, tras enterarse el empleador de esta noticia, la llamó y la despidió, dado que no estaba contenta con su trabajo. Nótese que se trata de comentarios insertos en una red social de Internet interactiva y que, justamente por ello, fueron conocidos por la empresa.

Entonces, como hemos visto, no se presenta el tema de la invasión a la privacidad de la empresa. Lo que debe apreciarse es si hubo razones suficientes para un despido, ¿cómo resolvería un juez peruano este caso?

5.4.2.10. VIOLENCIA FÍSICA.

Con la previsión de que 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 ésta califica como falta grave se busca concretizar otra forma de vulneración del principio de la buena fe laboral el cual proscribe toda conducta que busca menoscabar el patrimonio de la empresa⁷¹.

Como se puede apreciar de la lectura de la norma en comentario, se requiere que haya un ánimo, una intención de causar perjuicio en el patrimonio del empleador. Este propósito de perjudicar al empleador, legitima a este último a proceder contra el trabajador infractor mediante la acción judicial respectiva que le permita la reparación de los daños ocasionados en su patrimonio sin perjuicio de iniciar también la secciones penales correspondientes⁷².

71 El literal g) del artículo 25 de la LPCL indica que «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».

72 «El trabajador, al haber puesto en funcionamiento una máquina de la empleadora a pesar de que tenía conocimiento que ésta se encontraba fuera de servicio, ha incumplido sus obligaciones de trabajo, lo que está previsto como falta grave, que produce su despido sin importar la cuantía del daño causado» (Casación 106-98-SANTA).

5.4.2.11. ASISTENCIA LABORAL

Finalmente tenemos que el abandono de trabajo, las inasistencias justificadas y la impuntualidad reiterada son causales de despido disciplinario. Tales justificantes implican la previsión de conductas que contravienen el incumplimiento de la obligación principal del trabajador: la prestación de los servicios a los cuales se ha comprometido, toda vez que si un trabajador inasiste de manera injustificada o si llega de manera impuntual a laborar se aprecia su dejadez e irresponsabilidad laboral.

Veamos cada supuesto comprendido en el inciso h) del artículo 25 de la LPCL⁷³. En primer lugar tenemos que se considera abandono del trabajo cuando se inasiste al trabajo de manera injustificada por más de tres (3) días consecutivos. Las inasistencias injustificadas, no consecutivas pero intermitentes también son castigadas con el despido siempre que sean:

- a) más de cinco (5) días no consecutivos en un periodo de treinta (30) días calendarios, y
- b) más de quince (15) días no consecutivos en un periodo de ciento ochenta (180) días calendario.

Adviértase que las inasistencias que componen el llamado abandono de trabajo y las demás que también califican como faltas graves deben ser injustificadas, es decir deberán responder a hechos independientes de la voluntad del trabajador y de los cuales no sea en manera alguna, culpable, que le impidan asistir al trabajo; situaciones como por ejemplo, la enfermedad, el accidente, la detención del trabajador, los casos fortuitos o de fuerza mayor, etcétera. Ciertamente, cuando el trabajador comunica previamente su ausencia al empleador sea por la el motivo que fuera, y ha obtenido el permiso correspondiente, no tendría por qué configurarse la inasistencia injustificada. Un interesante punto es determinar si necesariamente tengan que transcurrir el mínimo de días descritos para que proceda el despido.

73 «El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más 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».

Consideramos que, dependiendo de las circunstancias que se presenten, se podría imputar un despido si se incurre en menores días de inasistencias pero estas representan una falta grave laboral dependiendo del perjuicio causado, la conducta dolosa del trabajador (por ejemplo, faltar siempre hasta el máximo de días que impide el despido), etcétera.

En este caso, pensamos que se puede imputar una afectación a la buena fe que puede respaldar un despido⁷⁴.

Ahora bien la norma reglamentaria provee al trabajador que quiere justificar su inasistencia al centro de labores, de tres (3) días hábiles, a partir de producida más el término de la distancia, para explicar al empleador las razones de su ausencia⁷⁵ y éste adopte las medidas de prevención que corresponda⁷⁶. A ello, se agrega que, tras el envío de la carta de imputación de falta grave, se debe valorar el descargo del trabajador en tanto que se debe apreciar las causas y circunstancias que rodearon las ausencias incurridas⁷⁷.

De otro lado no necesariamente deberán haber sido sancionadas previamente mediante medidas disciplinarias menores (amonestación o suspensiones) para que el empleador proceda con el despido; inclusive se ha previsto reglamentariamente que los días de ausencias continuas e injustificadas por más de tres (3) días no castigadas con el despido podrán

74 «Se considera que el abandono del servicio es falta leve cuando sea por breve tiempo, aunque si supone reiteración, o causa perjuicio a la empresa o a los compañeros será susceptible de calificarse como grave, y si, además, el trabajador infractor ocupa puestos de responsabilidad se incluye en la escala de faltas muy graves». CASTRO, María. *Op. cit.*; p. 144.

75 «La exención de responsabilidad por ausencia de culpa se funda, en buena medida, en la doctrina de la razonable interferencia de los asuntos personales en el desempeño de los cometidos laborales». GIL y GIL, José y otros. *Op. cit.*; p. 135.

76 «Dentro de las obligaciones del trabajador enfermo está la de poner en conocimiento en forma inmediata, de su empleador de su enfermedad para adoptar las medidas en relación con las labores desempeñadas, así como para efectuar las comprobaciones del caso, que en caso de no responder a los sostenido se considera ausencia justificada» (Casación 421-97 HUARA).

77 «Las «faltas de asistencia o puntualidad no operan como causas de extinción del contrato de forma objetiva y automática», sino que «han de ser estudiadas en su realidad de forma específica y singular en cada caso» valoración de las circunstancias que no corresponde a las partes, sino al juzgador». ORTIZ, Carmen. *Op. cit.*; p. 1127.

considerarse para el cálculo de las ausencias injustificadas intermitentes. Un aspecto importante es determinar cuando estamos ante una ausencia justificada. Los supuestos legales (licencia sindical, maternidad, invalidez, etcétera), convencionales (previstos en convenios colectivos o individuales como permisos por nacimiento o fallecimiento de familiares) o establecidos en las políticas de la empresa (permisos por sucesos familiares, por cumpleaños del trabajador, etcétera) no generan debate pero aquellos que no tienen regulación expresa quedan en la absoluta discreción del empleador y un control posterior de ser el caso (permisos para atender compromisos o trámites personales, extensión de la licencia por fallecimiento de familiares, etcétera).

El supuesto restante se refiere a la llamada impuntualidad reiterada como falta grave justificante de un despido disciplinario. En este caso 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. Aunque no se encuentra en la lista del artículo 25 de la LPCL sino más bien en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), el supuesto referido a la inasistencia de ciertos trabajadores que laboran en empresas que prestan servicios públicos esenciales califica también como falta grave.

Veámosla brevemente. La LRCT, en su artículo 82, ha establecido que las empresas que brindan servicios esenciales anualmente y durante el primer trimestre, comunicarán a sus trabajadores u organizaciones sindicales que los representan ya la Autoridad Administrativa de Trabajo, el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios, los horarios y turnos que deben cumplir, así con la periodicidad en que deben producirse los respectivos reemplazos.

La finalidad de tales requerimientos persigue que los trabajadores u organización sindical cumplan luego con proporcionar al empleador la nómina del personal necesario para la continuidad del servicio respectivo cuando se produzca la huelga y los demás trabajadores, en tanto la huelga sea legal, tendrán la justificación para dejar de asistir⁷⁸. Los trabajadores que sin causa justificada dejen de cumplir el servicio, serán sancionados de acuerdo a Ley.

78 «Las ausencias del trabajador durante los días de huelga, declarada legal, constituyeron el ejercicio regular de un derecho» (Casación 03-97-Lima).

En tal sentido la falta grave se configura sin necesidad de que haya una reiterada inasistencia al centro de labores ya que sólo hace falta que el trabajador incluido en tal nómina no se presente a cumplir con el servicio mínimo en una ocasión. La gravedad de la falta reseñada se verifica en la trascendencia que conlleva la obligación del mantenimiento de un servicio mínimo o esencial.

5.5. PROCEDIMIENTO PARA EL DESPIDO.

El empleador conocida o investigada la causa justa relacionada con su conducta o su capacidad cursará el trabajador una comunicación por escrito indicando los cargos que se le imputan.

El trabajador en un plazo máximo de seis días naturales procederá a efectuar su descargo ejerciendo su derecho de defensa salvo que la falta grave sea flagrante que no permita concederle esa posibilidad o de 30 días para que demuestre su capacidad o corrija la deficiencia.

Durante ese plazo El empleador podrá exonerar al trabajador de concurrir al centro de trabajo siempre que no le perjudique su defensa y le pagará sus derechos remunerativos en ese lapso lo que constará por escrito.

Una vez concluido el trámite previo sin que el trabajador haya desvirtuado los cargos de la falta grave el empleador le remitirá una carta de despido indicando en forma precisa la falta grave cometida y la fecha de Ceci que será entregada personalmente y si se negara a recibirla se la cursará por notario público o por el juez de paz y a falta de aquellos por la policía nacional.

Durante el trámite del despido se observará el principio de inmediatez es decir se debe actuar en forma inmediata cuya observancia da lugar al despido arbitrario

5.5.1. CLASES DE DESPIDO:

Con las modificaciones de la ley laboral el despido de un trabajador puede ser nulo o arbitrario.

- A) es nulo el despido si se realiza por hechos que no tienen amparo en la ley y atentan contra la dignidad del trabajador sin que hay incurrido en cualquier causa justa de despido. El despido nulo se produce por los siguientes motivos:

1. La afiliación de un sindicato o participar en actividades sindicales.
2. Ser candidato o representante de los trabajadores o actuar en esa calidad.
3. Participar en una queja o procedimiento contra el empleador de las autoridades competentes, salvo que sea agravie el empleador.
4. La discriminación por razón de sexo, raza, religión o idioma.
5. El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento de la gestación desde la concepción o hasta los 90 días posteriores al parto.
6. Despido del trabajador por razones de ser portador de sida conforme la ley número 26626.
7. El despido al trabajador por razones justificadas o por la voluntad del empleador para poner fin a ese derecho y con ello al contrato de trabajo.

El despido es arbitrario cuando se realiza sin expresión de causa o si durante el procedimiento judicial, el empleador no prueba la causa justa invocada, obligándosele a pagar una indemnización, siempre que el trabajador no accione judicialmente contra el despido sin causa, a tenor de lo resuelto por diversas sentencias del Tribunal Constitucional.

Por ello es menester precisar, que conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la Acción de Amparo interpuesta por el Sindicato de trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de trabajadores de telefónica del Perú contra Telefónica del Perú, en la que se declara infundada la acción de amparo e inaplicable el segundo párrafo del artículo 34 del TUO de la Ley del fomento del Empleo, D. L. 728, Ley de Productividad y Competitividad Labora, aprobado por el D. S. 003-97-TR, que precisa que el despido es arbitrario por no expresarse la causa, por lo que devine en inconstitucional al afectar el derecho constitucional al trabajo, la libertad sindical y en consecuencia ordena la reposición al trabajo de los trabajadores despedidos.

En esa orientación, el despido arbitrario sin expresión de causa sería inválido, lo que determina que el despido para que surta efecto, solo pueda ser por una causa justa, tipificada en la ley y debidamente comprobada, como también lo dispone dicho dispositivo legal, y en consecuencia, el

despido que efectúa sin causa justa, deviene en nulo, otorgando el derecho de reclamar judicialmente el despido nulo, sea por la vía de la acción de garantía constitucional, como la acción de amparo o en la vía ordinaria laboral, de ser el caso.

De otro lado, en la Sentencia del Tribunal Constitucional recias en la acción de Amparo seguida por don Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú, se determina otras clases de despido, a saber:

- 1) Despido nulo, conforme lo establece el artículo 29 del D. S. 003-97-TR y como consecuencia de proteger los derechos del inciso 2 del artículo 2, inciso 1 del artículo 26 e inciso 1 del artículo 28 de la constitución.
- 2) Despido encausado cuando se despide al trabajador de manera verbal o por comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o labor que lo justifique.
- 3) Despido fraudulento, cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, aun cuando se le imputa causal o se cumpla con los cánones procedimentales.

El tribunal constitucional considera al mismo tiempo, que frente al despido de un trabajador, la ley laboral sólo previó la indemnización como única reparación al daño causado, cuando debe otorgarse una protección “preventiva” que de alguna manera “evite” o “impida” que pueda ser despedido arbitrariamente y la protección “reparadora” contra el despido arbitrario que implicaría una compensación económica o una indemnización.

5.6. PROCEDIMIENTO JUDICIAL:

El trabajador que considere que la noción de su contrato de trabajo, configura despido nulo o arbitrario, recurrirá a la autoridad judicial, en caso:

- a) Si el despido es nulo, y se declara fundada la acción judicial, se ordenará su reposición al trabajo y el pago de las remuneraciones devengadas, desde la fecha en que se produjo el despido hasta su reincorporación así como la compensación por tiempo de servicios y los intereses legales, salvo que en la sentencia, opte por el pago de la indemnización.

- b) Si el despido es arbitrario, por haberse actuado sin expresión de causa o porque no ha sido probada la comisión de la causa justa invocada por el empleador, el trabajador podrá realizar el pago de una indemnización además de cualquier derecho beneficio social pendiente.
- c) De acuerdo a las sentencias del tribunal constitucional, la vía para accionar contra un despido arbitrario o nulo, es la acción de amparo a fin de reponer las cosas al estado anterior de la violación del derecho al trabajo, sin embargo de lo cual, la vía laboral sería igualmente válida, siendo que el órgano jurisdiccional, con las facultades que la constitución política le otorga, ejerza el control difuso, declarando inaplicable por inconstitucional, el acto del despido sin causa, por ser nulo de puro derecho al atentar contra la dignidad del trabajador

5.7. INDEMNIZACIONES:

La indemnización es la reparación que el empleador está obligado a pagar al trabajador por el daño producido, al haber sido despedido sin expresión de causa o por no acreditarse la causa justa del despido.

El D. S. 003-97-TR, establece que la indemnización por despido arbitrario es el equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual, por cada año completo de servicios, con un máximo de 12 remuneraciones.

La fracción de año se pagará por dozavos y trientavos, y solo corresponde una vez superado el periodo de prueba.

LA MISMA INDEMNIZACIÓN CORRESPONDE:

- En el caso del despido nulo, si el trabajador opta por la terminación del contrato de trabajo
- En el caso de la terminación del contrato de trabajo derivado de los actos de hostilidad
- En la terminación arbitraria de los contratos de trabajo sujetos a modalidad.
- En la terminación de la relación de trabajo por causas objetivas, cuando el empleador no otorgue el derecho preferente al trabajador.

CAPÍTULO 6

PERIODO DE PRUEBA.

6.1. CONCEPTO.

La doctrina laboral académica y jurisprudencial peruana ha dedicado pocas páginas a la figura del período de prueba, a pesar de tratarse de un instituto de antigua raigambre, que ha sufrido diversas modificaciones en el último siglo y afecta a todos los trabajadores de la actividad privada, salvo contadas excepciones.

La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de interpretación de los derechos fundamentales exige una relectura de esta figura jurídica, a fin de distinguir los alcances de la libre extinción del contrato durante la vigencia del período de prueba. Asimismo, es necesario analizar cómo ha de contabilizarse el plazo de duración de este instituto en los casos en que no exista trabajo efectivo y en qué casos procede realizar una ampliación del plazo general establecido en el art. 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LCPL). Estas reflexiones nos permitirán profundizar en la naturaleza jurídica del período de prueba y realizar una breve referencia a su génesis en el último siglo y a los límites legales para tener personal contratado bajo estas condiciones.

6.2. REGULACIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA EN EL SIGLO XX.

El periodo de prueba fue instituido por el D.L. 18471 (Gobierno del Gral. Juan Velasco Alvarado) que estableció el derecho absoluto a

la estabilidad laboral una vez transcurrido los primeros tres meses de la relación laboral. Algunos años más tarde el D.L. 22126 quiso corregir las experiencias obtenidas durante la vigencia del D. L. 18471, pero sin alterar sustancialmente las faltas graves tipificadas en él¹. Su principal aporte fue ampliar el período a tres años², que debían ser ininterrumpidos.

Posteriormente, en el primer gobierno de Alan García, se promulgó la Ley 24514, que redujo el período de prueba a tres meses y mantuvo las causales de despido existentes, que se limitaban a las originadas por faltas graves de conducta, sin reconocer que la falta de capacidad podía ser también una razón suficiente para poner fin a la relación laboral.

En la década de los noventa, el gobierno de Fujimori, enfrentó los problemas de la infiltración terrorista en los sindicatos y en muchas empresas. Para solucionarlos promovió, entre otras medidas, una regulación más flexible del despido, a través del D. Leg. 728, conocido como Ley de Fomento al Empleo, pero sin alterar el plazo general del período de prueba, que continuó siendo de tres meses. Esta norma estableció excepciones y la posibilidad de ampliarlo en determinadas circunstancias, así como un porcentaje máximo de personal que pudiera estar dentro del período de prueba. La normativa vigente prevista en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) mantiene algunos de los criterios de la norma originaria, pero ha sufrido importantes modificaciones que analizaremos a continuación.

6.3. PLAZO DEL PERÍODO DE PRUEBA.

El plazo del período de prueba tiene directa relación con su objeto. En el Derecho laboral español existe la obligación, tanto para el empleador como para el trabajador, de “realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba” (ET, 14,1). Nuestra LPCL no tiene una disposición semejante, sin embargo, podemos deducir que la finalidad es idéntica porque se permite ampliar el plazo, en atención a los posibles “períodos

1 Cfr. D.L. 22126, 3º: “Los trabajadores a que se refiere el artículo anterior sólo podrán ser despedidos por las causales previstas en el presente dispositivo legal, salvo lo dispuesto en el art. 28.”

2 “La rescisión del vínculo laboral sin causa justificada de los trabajadores a que se refiere el inciso b. del artículo 2º del presente Decreto Ley, que no superaren los tres años al servicio de su empleador, se hará con un preaviso de noventa días calendario, cursado notarialmente o por intermedio del Juez de Paz a falta

de adaptación”³. De allí que exista un plazo general de tres meses, que puede ser ampliado cuando⁴:

- a) Las labores que se van a realizar requieran una capacitación mayor;
- b) Los tres meses sean insuficientes para medir la adaptación al puesto;
- c) La naturaleza de las labores requieran mayor tiempo para evaluar al personal;
- d) El grado de responsabilidad asumido por el personal exija una selección más cuidadosa.

Una primera aproximación a esta cuádruple causalidad evidencia que los tres primeros supuestos podrían ser subsumidos en uno solo, porque la adaptación a un puesto está en relación directa con el dominio de las labores asignadas, es decir, con la posesión del conocimiento y habilidad suficientes de acuerdo a la complejidad de las tareas a realizar. Por tanto, si la complejidad de las labores es mayor, la evaluación también exigirá un mayor tiempo, que justifica la ampliación del plazo general de tres meses. En cambio, el último supuesto, referido a asunción de mayor responsabilidad por el trabajador parece tener más relación con la evaluación de los aspectos éticos, que exige una mayor ponderación de factores.

En cualquier caso, la ampliación no opera de modo automático: exige pacto expreso, que ha de constar por escrito. La forma escrita puede calificarse *ad solemnitatem* teniendo en cuenta el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo y la débil posición contractual del trabajador para convenir las condiciones del contrato⁵. Por esta razón el Reglamento ha establecido que si se pacta un período mayor al previsto para cada caso, el exceso no surtirá efecto legal⁶. Este precepto deja en evidencia el carácter irrenunciable de los derechos laborales establecidos en la ley⁷.

3 Cfr. LPCL, 10 y D.S.001-96-TR, arts. 16 y 17.

4 Cfr. LPCL, 10

5 En este sentido se pronuncia la doctrina académica española, ver por todos, ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, 226.

6 D.S. 001-96-TR, art. 17.

7 Cfr. art. 26, 2) de la Constitución. La irrenunciabilidad por pacto individual de los derechos reconocidos en un Convenio Colectivo merece un amplio comentario crítico, que no es posible realizar en estas páginas.

En La protección contra el despido se inicia al terminar el plazo máximo previsto por la LPCL⁸.

Estos plazos son:

- De seis meses (en total) para trabajadores calificados o de confianza;
- De un año para el personal de dirección.

Una interpretación contrario sensu permite afirmar que no procede ampliar el plazo cuando se trate de personal no cualificado o que no es de confianza o dirección. Pero, en cualquier caso, el plazo se contabiliza considerando tanto los períodos continuos como los discontinuos, interrumpidos por suspensión o extinción del contrato y reingreso del trabajador⁹.

El período de prueba se extingue al transcurrir los tres meses prescritos en el art. 10 de la LCPL. Sin embargo, el art. 16 del Reglamento indirectamente ha ampliado este plazo al establecer que no se contabilizan los días de suspensión del contrato de trabajo. Estas causales de suspensión comprenden un amplio abanico de posibilidades¹⁰, que incluye tanto las suspensiones perfectas como las imperfectas¹¹. Teniendo en cuenta que esta norma restringe derechos, se debe aplicar la regla del art. IV del Código Civil 42. En consecuencia, no han de considerarse como causa de suspensión del contrato de trabajo los días feriados no laborables y los de descanso semanal obligatorio puesto que no figuran como tales en la LPCL. A mayor abundamiento, el art. 26.1 de la CP establece claramente la obligación de interpretar las normas laborales, en caso de duda insalvable, aplicando el sentido más favorable al trabajador.

El plazo se computa por períodos ininterrumpidos o interrumpidos, siempre y cuando no haya transcurrido más de tres años desde el cese y se trate de ocupaciones semejantes⁴³.

En el caso de los contratos sujetos a modalidad el plazo del período de prueba puede coincidir con el del contrato, es decir, de tres meses a un

8 LPCL, 10.

9 Analizar el abuso del derecho en la calificación del personal de confianza y dirección excede el propósito de esta investigación.

10 LPCL, art. 12.

11 LPCL, art. 11.

año, según se justifique la ampliación. No es ilegal ni contraria a derecho esta coincidencia de plazos.

La protección contra el despido arbitrario se adquiere pasado un día de los tres meses, ya que la ley dice que se alcanza este derecho al término de los tres meses (art. 10). Por tanto, la resolución del contrato ha de realizarse durante la vigencia del período de prueba y no una vez concluido el plazo. El despido realizado sin justificación, una vez vencido el período de prueba se considera arbitrario¹².

6.4. EXONERACIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA.

La Ley de Fomento al Empleo, en su primera redacción, establecía que el período de prueba para el personal calificado y de confianza podía ser de un año¹³ y exoneraba del período de prueba en cuatro casos¹⁴:

- a) Cuando los trabajadores ingresasen por concurso;
- b) En el reingreso al servicio del mismo empleador, salvo que se tratase de un puesto notoria y cualitativamente distinto;
- c) Si se pactaba expresamente la exoneración;
- d) En los contratos sujetos a modalidad, salvo pacto expreso.

La vigente LPCL no contiene ninguna disposición en relación a la exoneración del período de prueba. Le ha correspondido esta tarea al Reglamento que contempla esta posibilidad en los siguientes casos¹⁵:

- a) Si han transcurrido tres años o más desde el cese¹⁶.

12 En sentido similar opina la doctrina española, ver ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, 229.

13 Art. 43.

14 Arts. 44 y 46.

15 art. 16.

16 A diferencia de nuestra normativa, la legislación española ha prohibido expresamente el periodo de prueba cuando “el trabajador ya haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa bajo cualquier modalidad de contratación” (ET 14.1 in fine). Por tanto, sería irrelevante el tiempo que transcurre entre el cese y el reingreso, lo cual puede ser perjudicial para los intereses de la organización, pues las personas, con los años, varían sus habilidades y competencias.

- b) Cuando el reingreso se realice en un puesto similar, pero no cuando se trate de un puesto notoria y cualitativamente distinto.
- c) En los contratos sujetos a modalidad que se sigan a la primera contratación, salvo que se contrate al trabajador para desempeñar una labor “notoria y cualitativamente distinta a la desempeñada previamente”¹⁷.

Por lo tanto, cuando se materializa alguna de estas excepciones al período de prueba el trabajador se encuentra protegido contra el despido arbitrario desde el inicio de la relación laboral.

6.5. NATURALEZA JURÍDICA.

La doctrina laboral española es un referente importante para determinar la naturaleza del período de prueba pero, a la vez, no se debe perder de vista que existen diferencias sustantivas porque para la legislación española el período de prueba es convencional y en esa medida potestativo¹⁸, mientras que para la peruana, es una figura legal y, por tanto, obligatoria¹⁹.

El carácter convencional del período de prueba ha llevado a Montoya Melgar a considerar que existen dos negocios jurídicos: “el contrato de trabajo a prueba” y el “contrato de trabajo típico”²⁰. Bajo esta perspectiva define al primero de ellos como el “negocio jurídico bilateral mediante el cual el empresario y el trabajador pretenden el conocimiento empírico de las condiciones contractuales que habrán de regir en el futuro, y buscan «la experimentación sobre el terreno de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes»”²¹.

17 D.S. 001-96-TR, art. 84. Es interesante observar que en la primitiva LFE no estaba previsto el período de prueba para los contratos sujetos a modalidad, salvo pacto expreso (art.46).

18 Podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los Convenios Colectivos. (...)”. ET, art. 14.1. El subrayado no es del original.

19 “El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. (...)”. LPCL, art. 10.

20 Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, Derecho del Trabajo, 26 ed., Madrid, Tecnos, 2005, 514.

21 MARTIN VALVERDE, Antonio, El período de prueba en el contrato de trabajo, Madrid, Montecorvo, 1976, 13.

Para algunos autores el período de prueba es simplemente un contrato sujeto a condición resolutoria o suspensiva. En cambio para otros, es un contrato especial “experimental”, o incluso un precontrato laboral²².

A nuestro entender el período de prueba no constituye un contrato “especial”, sino una modalización del contrato de trabajo realizada por imperio de la ley, que lo somete a una condición resolutoria potestativa y positiva encomendada a las partes.

En esa medida, la condición sobreviene en forma de declaración de voluntad resolutoria expresada por el trabajador o por el empleador, sin necesidad de expresión de causa ni forma especial alguna, que ocasiona la extinción del contrato de trabajo celebrado²³.

Por tanto, el trabajador tiene derecho a todos los beneficios laborales establecidos por la legislación vigente durante su vigencia, excepto a la protección contra el despido arbitrario, siempre y cuando éste no sea lesivo a los derechos fundamentales. Esta consecuencia se sigue a los principios constitucionales ya comentados⁵⁶ y a los del Derecho Civil, que exigen la licitud de la condición resolutoria para su eficacia (art. 171 CC).

6.6. LIMITACIÓN DEL NÚMERO DE TRABAJADORES EN PERÍODO DE PRUEBA.

Por último, haremos una mención a los límites en la contratación del personal en período de prueba. La LPCL ha interrumpido una tradición legislativa, que establecía un máximo del 10% del total de trabajadores de una empresa que podían estar en período de prueba.

Las sanciones por incumplimiento de esta disposición han variado en el transcurso de los años: la Ley 24514 estableció la de otorgar la estabilidad laboral, por orden de antigüedad. En cambio, el D. Leg. 728 si bien mantuvo ese porcentaje no estableció ninguna penalidad en caso de incumplimiento, pero el Reglamento en su art. 12, ordenó el pago de una multa.

Hoy en día se han derogado tanto los porcentajes limitativos como la multa: en el siglo XXI parece más razonable que este instituto se rija por las reglas de la buena fe y del adecuado gobierno de las personas en aras

22 Cfr. MONTOYA MELGAR, Derecho del Trabajo, 514.

23 Ver Código Civil (CC), arts. 171 y ss. En la doctrina académica española, Cfr. ALONSO OLEA, Derecho del Trabajo, 230.

de lograr la eficiencia y eficacia de las organizaciones en un medio competitivo, en el que el recurso más importante es, precisamente, el humano.

6.7. TRABAJADORES CESADOS POR PERIODO DE PRUEBA PUEDEN ACCEDER A REPOSICIÓN.

La Corte Suprema estableció que los trabajadores que sean cesados por aplicación del periodo de prueba podrán acceder a la reposición, si es que las funciones que le fueron asignadas no corresponden a las del puesto de trabajo para el que fueron contratados, independientemente de la modalidad contractual que lo vincule al empleador.

Así, la Corte Suprema se aparta del criterio del Tribunal Constitucional, respecto a que los trabajadores cesados durante el periodo de prueba no pueden acceder a la reposición por no gozar de protección frente al despido, aun si éste se realiza sin motivación alguna.

El periodo de prueba tiene por finalidad “experimentar sobre el terreno las aptitudes del trabajador para el desarrollo del trabajo encomendado”. En ese sentido, el periodo de prueba no puede extenderse más allá del desempeño del trabajo pactado.

La Corte Suprema concluye que el empleador podrá cesar al trabajador por aplicación del periodo de prueba sólo si le asigna al trabajador de forma inmediata el cargo determinado en el contrato, y que se deberá evaluar al trabajador en función a las labores desempeñadas en este puesto.

La sentencia también fija los factores sobre los cuales podrá ser evaluado el trabajador para ser cesado válidamente por periodo de prueba: (i) la capacidad del trabajador para los cambios tecnológicos; (ii) las posibilidades de desarrollo profesional; (iii) el grado de iniciativa para resolver situaciones imprevistas y (iv) las relaciones con el resto del personal o con los clientes.

CAPÍTULO 7

PROCEDIMIENTOS JUDICIALES QUE CONFIGURAN EL DESPIDO ARBITRARIO O NULO EN LA JURISPRUDENCIA.

7.1. EL RÉGIMEN DEL DESPIDO ARBITRARIO.

El segundo párrafo del artículo 34° de la LPCL establece que «si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38°, como única reparación, por el daño sufrido». Esta disposición contiene dos supuestos de despido arbitrario que dan lugar al pago de la indemnización:

- a) Aquél en el que no se expresa causa; y,
- b) Aquél en el que no se puede demostrar la causa en juicio.

La distinción entre ambos supuestos es trascendente, puesto que en el primer caso se trata de un despido *ad nutum*¹, basado en la libre voluntad del empleador, mientras que en el segundo se invoca una causa que

1 Como lo mencionan Manuel ALONSO OLEA y María Emilia CASAS BAAMONDE: *“el despido se justifica a través sus causas; nuestro ordenamiento jurídico no conoce el despido ad nutum o sin causa, salvo la excepción aparente de la extinción del contrato durante el período de prueba, pero ya dijimos (.....) que en este caso no se trata tanto de circunstancia sobrevenida como de condición resolutoria potestativa ex lege tenida en cuenta*

no es demostrada en juicio, lo que presupone que la causa se encuentre enmarcada en la ley y que ésta no pueda acreditarse por falta de probanza.

Según la sentencia, la citada norma resultaba inconstitucional por contravenir el contenido esencial del artículo 22° de la Constitución que consagra el derecho al trabajo², uno de cuyos aspectos se refleja en el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Para el Tribunal Constitucional el despido libre (ad nutum) que impone sólo una tutela indemnizatoria resultaba incompatible con la Constitución. Así, *“la indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional”*. La locución latina ab initio cuyo significado es “desde el principio” o ‘desde el comienzo’³ es utilizada en la sentencia para calificar la inconstitucionalidad de origen de la norma que autoriza el despido sin expresión de causa.

Por su parte, la resolución aclaratoria señala que: *“(..) el Tribunal Constitucional ha establecido como contraria a la propia Constitución- por tanto afectada de nulidad plena - la facultad prevista ab initio del artículo 34° del Decreto Legislativo N° 728, que habilitaba al empleador a extinguir un contrato de trabajo sin motivar dicha decisión”*.

En este mismo sentido la aclaración señala que se *“ha efectuado la extinción de los contratos de trabajo al amparo del artículo 34°, ab initio, del Decreto Legislativo N° 728 sin motivar la causa del despido; hecho frente al cual este Tribunal considera que dicha parte del referido texto es inconstitucional (...)”*. Como se colige de estos pasajes de la aclaración, el Tribunal circunscribe la calificación de inconstitucionalidad exclusivamente a los despidos sin expresión de causa, de tal modo que ésta no alcanza el segundo supuesto de despido arbitrario, es decir, el despido sin probanza de causa que sí originaría el pago de la indemnización.

En la resolución aclaratoria el Tribunal utiliza nuevamente la frase *“ab initio”*, esta vez con una connotación estrictamente literal y

al tiempo de celebrar el contrato”. Derecho del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1995, p. 386- 387.

2 *“Artículo 2r: El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de la realización de la persona”*

3 Diccionario de Derecho Usual. Tomo I. CABANELLAS, Guillermo. Editorial Heliasta. Buenos Aires. J 970

limitada a la primera parte del texto normativo que admite el despido sin expresión de causa. Este sería el alcance de la sentencia y de su aclaración respecto del despido arbitrario: "(...) Inaplicable por inconstitucional el segundo párrafo del artículo 34º, en la parte anteriormente anotada". Esta inaplicación de la primera parte (ab initio) del segundo párrafo del artículo 34º supone la validez constitucional del régimen de indemnización en los casos de un despido con expresión de causa que no llega a probarse. En este sentido, sigue vigente el régimen de estabilidad relativa que sanciona con indemnización este supuesto de despido arbitrario, pero respecto del despido sin expresión de causa el régimen jurídico podría calificarse de estabilidad absoluta en la medida que depende del trabajador recurrir en vía de reposición a través del amparo o por el pago de la indemnización en la vía ordinaria alegando el citado artículo 34º que se encuentra vigente. En nuestra opinión, la causa que se invoca debe estar prevista en la ley para que pueda ser objeto de probanza ya que no se trata de invocar cualquier causa ni una simple alegación de causa por el empleador, pues de lo contrario se convertiría en un mecanismo para obtener por la vía indirecta lo que el Tribunal sanciona como inconstitucional que es el despido libre, ad nutum.

Se trata entonces de que concurran elementos que hagan verosímil la invocación de la causa de extinción y la necesidad de probanza.⁴ Como quiera que la inaplicación de la disposición legal para un caso concreto a través de la acción de amparo no implica una derogación normativa, el segundo párrafo del artículo 34º de la LPCL continúa vigente en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, el criterio sentado por el Tribunal Constitucional generaría en la práctica una división en el sistema legal, procesal y de tutela judicial, pues ante un despido sin expresión de causa el trabajador podrá elegir entre solicitar su reposición

4 En cuanto a la carta de despido con la exigencia de alegación de causa "(...).Más en concreto, la interpretación del contenido de la carta de despido, como vía ordinaria del conocimiento de los hechos imputados, ha permitido valorar jurisprudencia/mente el cumplimiento del requisito de alegación de la existencia de causa justificativa del despido, en el sentido de que la comvúicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquellos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes.(...)». Véase PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, Fernando. El despido improcedente por injustificado. En: Estudios Sobre el Despido. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1996, p. 54.

en el empleo a través de una acción de amparo alegando lesión de su derecho al trabajo siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional; o, demandar el cobro de la indemnización por despido ante los jueces de trabajo invocando el artículo 34° de la LPCL y aceptando la terminación del contrato.

En cambio, cuando el trabajador es despedido alegando causa justa o por una causa no prevista en la ley, sólo podría cuestionar su despido en la vía del proceso laboral, de tal forma que si el empleador no logra demostrar la causa invocada se ordenará el pago de la indemnización.⁵ A diferencia del juez constitucional que como consecuencia de una acción de garantía debe reponer las cosas al estado anterior a la violación constitucional, el juez laboral no podría ordenar la reposición en el empleo en un proceso ordinario, pues ésta se encuentra contemplada exclusivamente en la Ley para el caso del despido nulo⁶ Asimismo, teniendo en cuenta que no pueden actuarse pruebas en el proceso constitucional de amparo, el cuestionamiento de un despido causado en el que deban acreditarse los hechos que habilitan el despido y su base legal no sería susceptible de tramitarse en sede constitucional, sino en la vía ordinaria. Del análisis de la sentencia y su aclaración el quid de la cuestión se encuentra entonces «ab initio» del segundo párrafo del artículo 34° y no comprende el segundo supuesto de despido arbitrario ni la indemnización como forma de protección.

Así, para el Tribunal Constitucional es el despido sin expresión de causa o ad nutum el que está viciado de inconstitucionalidad, más no el despido con expresión de causa.

5 Aunque no ha sido regulado de modo expreso, sería pertinente examinar el supuesto de despido realizado en fraude de ley en virtud del cual el empleador procede al despido utilizando el mecanismo legal (formal) para encubrir un acto sin causa (acto real). Expresa GALIANA MORENO que “Constituye en esencia un medio de “eludir las reglas de derecho para hacerlas vanas y de sustraerse de ellas”, conducta que además, no se lleva a cabo de manera frontal, sino “buscando un medio artificioso o un subterfugio” (DiezPicaso). GALIANA MORENO, Jesús. El Fraude de ley en las relaciones de trabajo: un análisis jurisprudencial. En: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1990.

6 “El Juez declarará nulo el despido cuando sea discriminatorio o viole los derechos fundamentales del trabajador”. ALONSO OLEA, Manuel. Derecho del trabajo. Madrid, 1995, p. 435.

7.2. EL CONTENIDO DEL DERECHO AL EMPLEO Y LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO.

Según la sentencia, la norma resultaba inconstitucional por contravenir el contenido esencial del artículo 22° de la Constitución que consagra el derecho al trabajo, uno de cuyos aspectos se refleja en el derecho a no ser despedido sino por causa justa. El Tribunal considera que el contenido esencial del derecho al trabajo presenta dos aspectos:

- Acceder a un puesto de trabajo, que supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población tenga dicho acceso, lo que implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado; y,
- El derecho a no ser despedido sino por causa justa.
- Este doble contenido del derecho al empleo ha sido acogido por la doctrina, los instrumentos internacionales y la interpretación constitucional. En este sentido, en opinión de SASTRE pueden encontrarse tres aspectos y no dos: *“en el derecho al trabajo constitucionalmente diseñado aparecen individualizados 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”*.⁷ En su primera acepción, de acceder a un puesto de trabajo, es necesario articular esta disposición con la opción constitucional por la economía social de mercado, de libertad de trabajo y de libertad de empresa contenidos en los artículos 58° y 59° de la Constitución, preceptos que enlazados con el derecho al empleo proyectan una política de empleo que precisamente permite desarrollar las condiciones para que los ciudadanos puedan acceder a un puesto de trabajo.

La segunda acepción, garantía de un trabajo adecuado no es nueva en el derecho del trabajo y confluyen aquí el principio protector como exigencia de seguridad en el trabajo y el derecho a una ocupación efectiva y adecuada. El tercer aspecto se vincula directamente con el derecho a la estabilidad laboral e incluso con las expresiones del principio de

7 SASTRE IBARRECHE, Rafael. El derecho al trabajo. Editorial Trotta. Madrid, 1996. página 231.

continuidad.⁸ Así en la doctrina española se reconoce que “el derecho al trabajo es el punto de apoyo constitucional del principio de estabilidad en el empleo, que se manifiesta en numerosas reglas legales, entre ellas la que establecen un régimen de despido causal, entendido como exigencia de justificación suficiente para el despido.»⁹ Por su parte, en la doctrina nacional, NEVES MUJICA planteaba recientemente que el derecho al trabajo tiene un doble contenido: «facilitar el acceso a quienes no lo tienen y permitirles conservarlo a quienes ya lo poseen».

En el primer sentido, el derecho del trabajo se preocupa de procurar a toda persona un empleo»¹⁰ derecho que califica de preceptividad diferida, mientras que el segundo alude a la conservación del empleo, coincidiendo «*parcialmente con la doctrina de la estabilidad en el trabajo: la prohibición del despido arbitrario*» que califica de preceptividad inmediata y, por tanto, susceptible de protección constitucional. Ahora bien, si existen dos normas constitucionales que parecen regular el mismo supuesto, ¿cuál es el marco del derecho al empleo y cuál el de la protección contra el despido arbitrario? En este punto, como advertido existe una superposición de regulación, cuya definición puede llevar a soluciones divergentes: o separarlas de modo definitivo o generar una interpretación concordada que ciertamente no puede tener contradicciones internas.

La interpretación constitucional del Tribunal Constitucional asume que la protección contra el despido arbitrario constituye un mandato al legislador para desarrollar un mecanismo de exigencia de causa justa que puede tener como consecuencia una reposición, el pago de una indemnización o

8 Para PLA RODRIGUEZ, América. Los principios del Derecho del Trabajo. Página 156 y siguientes. Plantea que el alcance del principio de continuidad se expresa en las siguientes proyecciones: “1) preferencia por los contratos de duración indefinida; 2) amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato; 3) facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido; 4) resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal; 5) interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones; y, 6) prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador.

9 MARTIN VAL VERDE, Martín, RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermin, GARCIA MURCIA, Joaquín. Derecho del Trabajo. Editorial Tecnos. Madrid. 2001. Página 144-145.

10 NEVES MUJICA, Javier. Libertad de trabajo, derecho al trabajo y estabilidad en el trabajo. En: Asesoría Laboral. W 137. Mayo 2002. página 11.

el reconocimiento de una prestación económica dependiendo de la opción que acoja el ordenamiento jurídico en legalidad ordinaria.

Por su parte, desde una perspectiva estrictamente constitucional para el Tribunal Constitucional importa determinar si la fórmula legal del despido libre viola, no precisamente la protección contra el despido arbitrario, sino el derecho al empleo. En este sentido, lo que se regula en la protección contra el despido arbitrario es la causalidad del despido y sus efectos, mientras lo que preserva el derecho al empleo es la prohibición de que el empleador pueda despedir libremente dejando de lado la exigencia de alegación de causalidad. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional Español, como lo expresa PEDRAJAS MORENO “.. tanto la *Jurisprudencia del TC*, como la *Doctrina han venido a destacar cómo este derecho, en la forma en que está concebido, además de sus potencialidades como impulsor de la libertad de oficio y de promoción en el trabajo se conforma como una auténtica barrera frente a los despidos carentes de motivación o ad nutum, de modo que en base a dicho precepto constitucional habría que declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas que posibiliten práctica o la invalidez de cualquier actuación concreta en ese sentido*». ¹¹ Y agrega de modo similar a la interpretación acogida en la sentencia comentada: «La exigencia de causa justa veda, pues, en nuestro sistema jurídico advirtiéndola en inconstitucional, cualquier previsión legal que determinase, sin más, la posibilidad de extinción del contrato ad nutum, basada en la libérrima decisión empresarial. « Este es el fundamento que acoge el Tribunal en su interpretación constitucional.

Con esta interpretación, el derecho al empleo por sí solo determinaría la inconstitucionalidad de la norma legal y, por tanto, de su utilización que habilitara el despido libre. De modo complementario, la protección contra el despido arbitrario establecería el mecanismo de reparación ante un despido cuando no se prueba la causa, es decir, a pesar de la diversidad de su etiología se requiere de la alegación de una causa que guarde relación con un «*hecho o dato objetivo susceptible de ser configurado como causa justa o suficiente...*» ¹² La causalidad del despido en que se basa el sistema precisamente brinda el marco exclusivo y excluyente para el legislador ordinario respecto a la admisión del despido arbitrario sólo en el caso en

11 NEVES MUJICA, Javier. Libertad de trabajo, derecho al trabajo y estabilidad en el trabajo. En: Asesoría Laboral. W 137. Mayo 2002. página 11.

12 PEDRAJAS MORENO. Obra citada. Página 140.

que se alegue causa suficiente. La interpretación constitucional admite entonces un esquema de actuación complementaria entre el derecho al empleo y la protección contra el despido arbitrario, cada uno con un marco y fundamento determinado.

El Tribunal Constitucional ha descartado, por lo menos en esta sentencia, que la disposición constitucional de protección contra el despido arbitrario (artículo 27°) dé cobertura a la regulación legal del despido incausado (libre), sino que éste no forma parte de su contenido esencial, sino del que corresponde al derecho al empleo.

Es de destacar, que en la doctrina española se ha recogido esta interpretación aunque sobre la base de la inexistencia de una norma constitucional que regule la protección contra el despido arbitrario. En efecto, PEDRAJAS destaca que: "... salvo esta importantísima manifestación del derecho al trabajo del art.35° CE (Constitución Española), que impide que los despidos tanto individuales como colectivos puedan producirse sin amparo en causa justa y que tacharía como inconstitucional cualquier eventual norma futura que así lo posibilitara, no existe en el texto de la Norma Fundamental ningún otro precepto del que puedan extraerse consecuencias directas en orden a la regulación del despido.»¹³

Una pauta de interpretación del artículo 22° de nuestra Constitución está constituida por los artículos 6° y 7° del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que conforme a lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria del texto constitucional, sirven de base para la interpretación de los derechos constitucionales los artículos mencionado disponen:

Artículo 6° Derecho al Trabajo.

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a

13 PEDRAJAS MORENO. Obra citada. Página 141-142. Con la necesaria acotación de que en la Constitución Española no existe una norma como la del artículo 27 de la Constitución Peruana sobre la protección contra el despido arbitrario, que el Tribunal Peruano considera como un mandato al legislador pero no una norma que pueda habilitar el despido libre indemnizado

través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7º Condiciones justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo.

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...)

- d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional... “

Además de recoger los diferentes sentidos del derecho al empleo, el Pacto comprende el derecho a la estabilidad como parte del derecho al empleo, precisando su vinculación con la causalidad del despido, y obviamente sin reconocer el despido libre.

Es decir, el Pacto no descarta la aplicación del derecho al empleo para prohibir los despidos libres y parece tener una mayor extensión del derecho al empleo ya no para prohibir el despido libre sino para admitir que este recoge la causalidad del despido propia de la estabilidad, cuyas consecuencias pueden ser la indemnización, readmisión o cualquier otra prestación. El Pacto no expresa ningún “piso o mínimo” susceptible de mejora, sino más bien la opción por cualquiera de estas opciones, pero

sobre la base de una exigencia de causalidad que precisamente no se da en el despido libre.

7.3. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO (PAD).

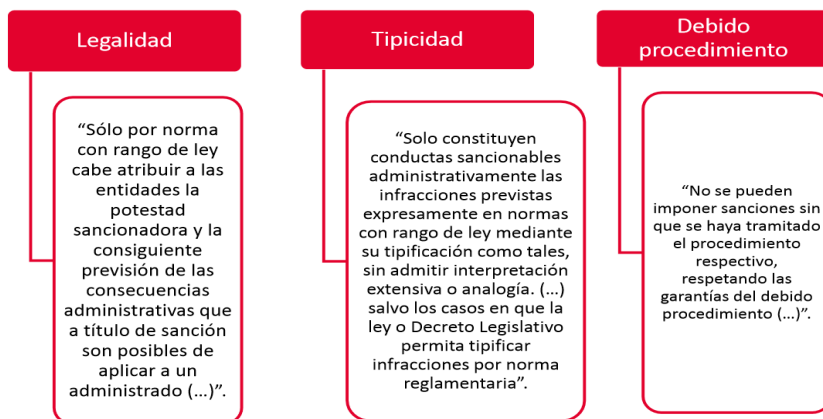
Cuando hablamos del poder disciplinario hablamos de cómo el Estado, y siendo más específicos, las entidades públicas, protegen el adecuado funcionamiento de sus organizaciones. A diferencia de los procedimientos administrativos sancionadores de sujeción general o en los que los sujetos pasivos son terceros administrados (por ejemplo, en un procedimiento sancionador pesquero, en el que sujeto pasivo podría ser el titular del permiso de pesca o el armador pesquero), en cuyos casos la autoridad administrativa tutela, más bien, la legalidad.

Hablamos del disciplinario y, para el propósito de estas líneas, de la responsabilidad administrativa de los servidores públicos, como un mecanismo disuasivo de la comisión de conductas que afecten los intereses generales previstos en el ejercicio de las funciones públicas. Su aplicación trasciende a la vinculación formal entre los servidores públicos y el Estado.

Esto significa que no sería estrictamente necesaria la presencia de un “vínculo laboral” entendiendo que los servidores civiles pueden vincularse a través de un acto que los inviste de poder, de un contrato o un acto de designación -; que podrían prestar servicios en un horario fijo y con una remuneración, ser dietarios (un consejo directivo) o ad honorem (un comité consultivo); y, en todos los casos, su vinculación al ordenamiento jurídico tendría que ser un valor superior al principio de jerarquía, o a las órdenes que reciban de sus superiores jerárquicos (por ejemplo, en caso el jefe ordene al servidor que lleve a cabo un acto de corrupción). Precisamente, porque sus funciones son públicas, éstas les son reconocidas debido a los intereses generales que tutelan a través del ejercicio de dichas funciones públicas.

Entonces, en principio, el Estado procesa y castiga al servidor público cuando, a través de sus actuaciones, infringe las normas que determinan qué conductas se encontrarían prohibidas, por ser incompatibles con la organización administrativa.

Principios del procedimiento administrativo disciplinario



Cuadro SERVIR Abog. Miguel Ángel Moreno Avellaneda

No cualquier infracción a las normas, sino aquellas que se encuentran reconocidas como faltas. Así no será lo mismo, repartir volantes de un candidato a la alcaldía haciendo proselitismo, si dicha conducta la efectúo en mi casa o en la calle, pero sí lo será, si la llevo a cabo en las instalaciones de la entidad pública mientras traslado documentos oficiales. Esta infringiría el artículo 85.1) de la Ley del Servicio Civil que establece como falta administrativa "realizar actividades de proselitismo político durante la jornada de trabajo, o a través del uso de sus funciones o de recursos de la entidad pública".

Solo entonces, se podría iniciar un procedimiento disciplinario. Entenderemos, jurídicamente y siguiendo las nociones de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, como procedimiento administrativo disciplinario, al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los servidores públicos. Este acto impondrá una sanción administrativa, o archivará el procedimiento iniciado. Ahora bien, desde el punto de vista de la **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos**, en adelante. OCDE (2017), el procedimiento administrativo disciplinario es un elemento indispensable para una política nacional de integridad, porque el castigo oportuno y razonable de una conducta

contraria a la ética o a los intereses generales, genera confianza en la población respecto de sus autoridades, y en que el gobierno está aplicando el Estado de Derecho a todos y que los servidores públicos no pueden actuar con impunidad. En el Estudio sobre Integridad en el Perú, la OCDE señala:

“Los marcos normativos de integridad del sector público efectivos y abarcadores incluyen no sólo pilares para definir, apoyar y monitorear la integridad, sino también para el cumplimiento de normas y estándares de integridad. Las medidas de imposición legal, a saber, los sistemas disciplinarios y, cuando es aplicable, los mecanismos para la recuperación de pérdidas y daños económicos, constituyen los “dientes” necesarios del sistema de integridad de cualquier país y constituyen un recurso central por el cual los gobiernos pueden disuadir las malas conductas. Si se aplican de manera transparente, oportuna y justa, también pueden legitimar la existencia de normas y marcos de integridad de los gobiernos a lo largo del tiempo, sirviendo para fortalecerlos y ayudar a inducir valores de integridad en individuos y organizaciones como parte de las normas culturales” (p. 199).

El disciplinario no debería ser un instrumento para la venganza política o personal al interior de la entidad pública. Tampoco, para fomentar la paralización o ralentización de la gestión pública. Si bien hay servidores que deberían ser expulsados del Estado o debidamente sancionados por sus conductas infractoras, también hay y muchos, servidores públicos comprometidos con la finalidad pública de la entidad, con una gestión por resultados y con la mejora en la calidad de vida de ciudadanos y ciudadanas.

Constituyen distorsiones del disciplinario, en mi opinión, una lectura asistemática y estrictamente literal del incumplimiento normativo por parte de las autoridades del disciplinario o de la secretaría técnica de los procesos disciplinarios; o suponer que los directivos y directivas públicos son súper hombres o súper mujeres que con escasos recursos tienen que ser gestores, supervisores, líderes, técnicamente impecables (en el ejercicio de sus funciones), tener olfato político, conocer el Estado, lidiar con conflictos sociales externos e internos, asistir a cien reuniones, firmar mil papeles; conocer absolutamente todo el ordenamiento jurídico (así no sean abogados de profesión) para no infringirlo; y nunca, pero nunca, equivocarse.

Si miramos la foto desde otra perspectiva, un disciplinario que responde a una finalidad distinta a una real tutela de la organización administrativa, se asemeja a un círculo que dibuja un perro al morderse

la cola insistentemente, cuya fuerza centrífuga expelle a buenos servidores que huyen del Estado ingrato, que lo castiga por nimiedades y difícilmente reconoce sus logros; o servidores paralizados tanto como ralentizados ante el temor constante de ser castigados. Con unos consecuentes servicios prestados por la gente que queda en el Estado, el resultado final siempre va a pérdida.

¿Cómo controlar el espíritu sancionador en un contexto de continua sospecha sobre la probidad de los servidores públicos para que dejen de pagar justos por pecadores? A continuación, algunas reflexiones en torno a la gestión del disciplinario y el Estudio sobre la Integridad en el Perú, de la OCDE.

7.3.1. NECESIDAD DE ESCLARECER EL ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y DE LA RESPONSABILIDAD FUNCIONARIAL.

El régimen disciplinario de los servidores públicos vigente fue creado con la Ley del Servicio Civil - LSC (Ley 30057) en julio de 2013, y entró en vigencia el 14 de setiembre de 2014. Es aplicable a todos los servidores civiles, es decir a los servidores de los regímenes de los Decretos Legislativos 276, 728, 1057 (CAS), y 30057; a los gerentes públicos (régimen del Decreto Legislativo 1024), e incluso a aquellos servidores vinculados a través de los contratos FAG (Contrato del Fondo de Apoyo Gerencial de Naciones Unidas), o PAC (Ley 29806, que regula la contratación de personal altamente calificado en el Sector Público).

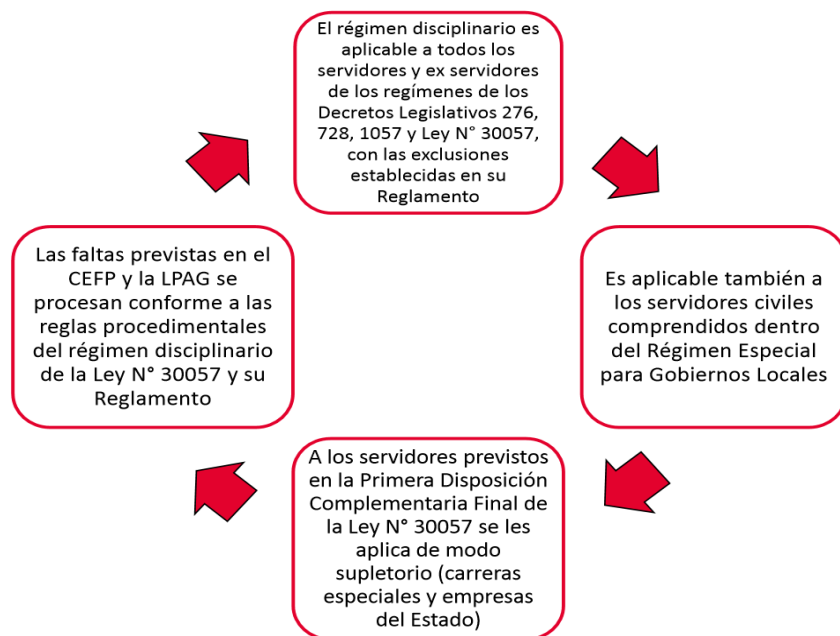
Ello, a pesar de ser locadores de servicios (contar con un contrato civil), pero contratados específicamente para desempeñar funciones públicas conforme se desprende de las características legales de los contratos, supletoriamente aplicable a los servidores de las carreras especiales.

En el caso de las entidades que inicialmente fueron excluidas del régimen de la LSC (Contraloría General de la República, SBS, Congreso de la República, SUNAT, y BCR), el disciplinario de la LSC se les aplica a partir del 5 de mayo de 2016¹⁴.

14 El 4 de mayo de 2016 se publicó en El Peruano la Sentencia del TC recaída en los expedientes 0025-2013PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 00172014-PI/TC que, entre otros aspectos, declaró inconstitucional la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley del Servicio Civil, en el extremo que excluía a estas

Ahora bien, ¿cuáles serían los problemas encontrados en relación a este ámbito de aplicación del disciplinario? Su aplicación a algunos grupos del servicio civil, puede no ser tan clara. La LSC, sobre la base de la Ley Marco del Empleo Público, Ley 28175, organizó a los servidores civiles en cuatro grandes grupos:

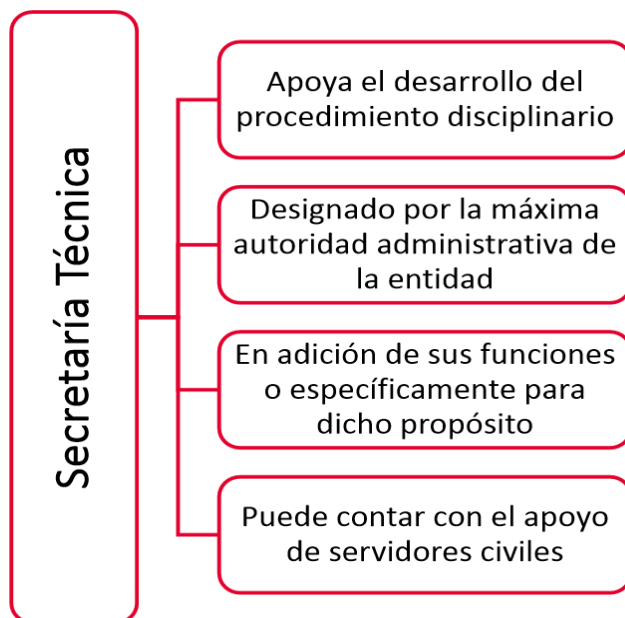
- i. Los funcionarios;
- ii. Los directivos;
- iii. Los servidores de carrera;
- iv. Los servidores de actividades complementarias. Los servidores de confianza no pertenecen a grupo alguno, porque podrían encontrarse en cualquiera de los cuatro grupos mencionados.



Cuadro SERVIR Abog. Miguel Ángel Moreno Avellaneda

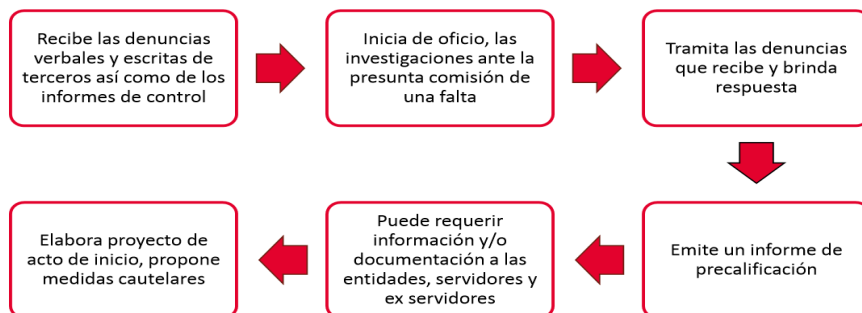
cinco entidades públicas del ámbito de aplicación de la Ley; y en consecuencia, las incorporó dentro de su ámbito de aplicación

¿Qué es la Secretaría Técnica?



Cuadro SERVIR Abog. Miguel Ángel Moreno Avellaneda

Las principales funciones de la Secretaría Técnica son:



Cuadro SERVIR Abog. Miguel Ángel Moreno Avellaneda

7.3.1.1. PRIMER PROBLEMA: ¿QUÉ ENTENDEMOS POR FUNCIONARIOS, PARA EFECTOS DE DEFINIR A LA AUTORIDAD COMPETENTE EN EL PAD?

Recordemos que las autoridades en el PAD son unipersonales, solo cuando el imputado es un funcionario, se conforma una comisión especial compuesta por otros dos funcionarios y el titular de la oficina de recursos humanos del sector. Cuando nos referimos a los funcionarios, estamos ante los titulares de las entidades públicas, aquellos que desarrollan funciones de gobierno y que cuentan con un periodo para el ejercicio de sus funciones que viene determinado normativamente.

Los funcionarios se clasifican, a su vez, en función a la modalidad a través de la cual acceden al cargo, pero especialmente, en función a cómo se desvinculan de la Administración Pública. Así tenemos a los que ocupan cargos públicos representativos (los que acceden por sufragio universal, directo, secreto y obligatorio, como los congresistas), los de libre designación y remoción (como los ministros), y los funcionarios de designación o remoción regulada (aquellos que acceden por concurso o designación libre, pero sólo se van por causales expresamente establecidas en su norma de creación, como el presidente de un órgano regulador).

Aquellos funcionarios que ocupan cargos públicos representativos se encuentran fuera del ámbito de aplicación del disciplinario, así como aquellos titulares de organismos constitucionalmente autónomos. Las normas para su acceso y remoción se encuentran en la propia Constitución y en sus leyes orgánicas. A los demás funcionarios se les exige responsabilidad administrativa disciplinaria bajo las reglas de la LSC.

Ahora bien, en el régimen 276, existen niveles de carrera denominados “funcionarios” (F1, F2, F3, F4, F5), a los que un profesional o un técnico pueden llegar a través de la progresión. Sin embargo, las funciones de dichos niveles de carrera no son políticas o de gobierno, sino técnicas o incluso de jefatura o hasta de carácter directivo, pero no de un funcionario. Y como son los instrumentos de gestión, como el CAP o el MOF los que proporcionan información sobre los servidores públicos (y estos dirán que algunos servidores 276 son funcionarios), entonces se produce confusión. En este punto, corresponde adoptar como única referencia las definiciones que sobre los funcionarios adoptan tanto la Ley Marco del Empleo Público como la LSC. Est fue una regla adoptada por la Directiva

del Disciplinario, Directiva 002-2015SERVIR/GPGSC, aprobada en su versión unificada por la Resolución 092-2016SERVIR/PE

7.3.1.2. SEGUNDO PROBLEMA: PARA EFECTOS DE UNA MEJOR ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, EL REGLAMENTO DE LA LSC DIVIDIÓ EL MUNDO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EN 2:

Las entidades tipo A y las tipo B. Entre las primeras se encuentran aquellas que jurídicamente funcionan como entidades públicas. Es decir, aquellas que han sido creadas por la Constitución o una Ley y que cuentan con personería jurídica de derecho público (un ministerio, un organismo público, un gobierno regional, etc.).

Entre las segundas se encuentran modalidades organizacionales menores a una entidad pública, reconocidas por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, como son los programas, proyectos, unidades ejecutoras, que serán reconocidas como entidades para el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, si es que la entidad pública a la que se encuentran adscritos así lo dispone; y si se encontraran preparadas para gestionar sus recursos humanos, conforme a lo previsto por el Reglamento¹⁵. Por ejemplo, un hospital adscrito al Ministerio de Salud que es reconocido como entidad tipo B.

El problema surge en relación a cómo se termina exigiendo responsabilidad administrativa a los titulares de estas entidades. La razón es que los jefes o directores de estas entidades no son funcionarios en términos de la LSC (la norma establece un listado de quiénes son). Ellos forman

15 Complementaria Final de la Ley del Servicio Civil, en el extremo que excluía a estas cinco entidades públicas del ámbito de aplicación de la Ley; y en consecuencia, las incorporó dentro de su ámbito de aplicación Complementaria Final de la Ley del Servicio Civil, en el extremo que excluía a estas cinco entidades públicas del ámbito de aplicación de la Ley; y en consecuencia, las incorporó dentro de su ámbito de aplicación b) Contar con una oficina de recursos humanos o la que haga sus veces, un titular, entendiéndose como la máxima autoridad administrativa y/o una alta dirección o la que haga sus veces. c) Contar con resolución del titular de la entidad pública a la que pertenece definiéndola como Entidad Tipo B. Cuando en el presente Reglamento se haga mención expresa a entidades, se entenderá indistintamente a las entidades públicas Tipo A o Tipo B, salvo que se haga mención expresa a alguna de ellas. Esta definición se aplica exclusivamente para el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos y no tiene implicancias para aspectos de estructura y organización del Estado ni para otros sistemas administrativos o funcionales

parte del grupo directivo, y ello, a su vez, implicaría que corresponda que sean procesados por servidores, siguiendo con el ejemplo, del propio hospital. Esta regla mengua la imparcialidad que las autoridades del PAD deberían ostentar. Sería plausible que se produzca un ajuste normativo en este extremo.

7.3.1.3. TERCER PROBLEMA: LA NOCIÓN DE EX SERVIDORES CIVILES

El segundo problema se relaciona con la noción de ex – servidores. El artículo 86 de la LSC señala: “los ex servidores civiles de una entidad se acogen a las restricciones establecidas en el artículo 241 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General”. Sin embargo, omitió señalar lo que entendería por ex – servidor. La directiva sobre el disciplinario cubrió este vacío, aunque es posible que sigue produciéndose confusiones.

Solo puede cometerse una infracción como ex servidor, y en consecuencia, ser procesado como tal, si es que comete una de las conductas infractoras previstas en el anterior artículo 241 de la Ley 27444, y nuevo artículo 260 del TUO de la Ley 27444¹⁶. Es decir, aquellas que se cometen como ex autoridad. Las faltas previstas en dicha precepto tendrían como común denominador al conflicto de intereses entre los intereses públicos y los privados.

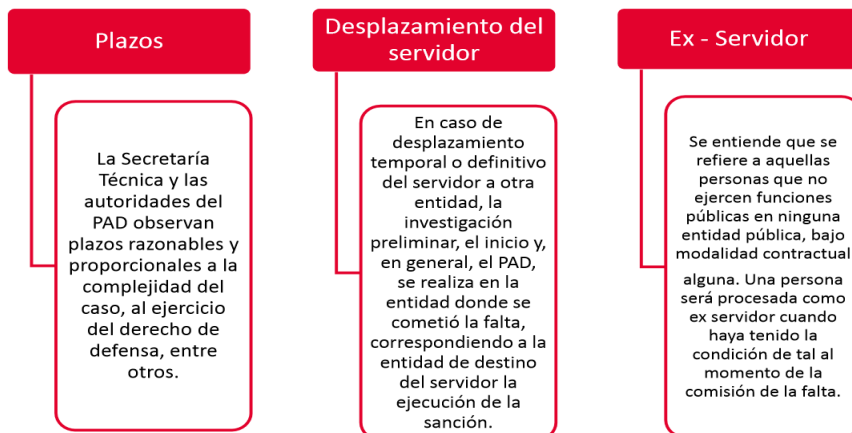
No aplicará cuando la falta se cometió siendo servidor público y a la fecha del inicio del PAD, la persona imputada haya dejado de ser servidor público o haya dejado de estar vinculado a la entidad que lo procesa. Tal es el caso de un jefe de logística al que se le ha iniciado un PAD en una entidad A por infracciones que cometió como jefe de logística

16 Artículo 260.- Restricciones a ex autoridades de las entidades Artículo 260.- Restricciones a ex autoridades de las entidades 260.1 Ninguna ex autoridad de las entidades podrá realizar durante el año siguiente a su cese alguna de las siguientes acciones con respecto a la entidad a la cual perteneció: 260.1.1 Representar o asistir a un administrado en algún procedimiento respecto del cual tuvo algún grado de participación durante su actividad en la entidad. 260.1.2 Asesorar a cualquier administrado en algún asunto que estaba pendiente de decisión durante su relación con la entidad. 260.1.3 Realizar cualquier contrato, de modo directo o indirecto, con algún administrado apersonado a un procedimiento resuelto con su participación. 260.2 La transgresión a estas restricciones será objeto de procedimiento investigatorio y, de comprobarse, el responsable será sancionado con la prohibición de ingresar a cualquier entidad por cinco años, e inscrita en el Registro respectivo.

en dicha entidad, a pesar que ya no se encuentre en el mismo puesto en dicha entidad, ya fuera porque migró al sector privado o porque ganó un concurso público en una entidad B. Sin embargo, sí sería procesado como ex servidor, el vocal de un tribunal administrativo que a pesar de haber emitido una decisión sobre una empresa minera, un mes después renuncia y se convierte en personal de dicha minera.

En todo caso, sería importante que se enuncie como una regla de aplicación del procedimiento administrativo disciplinario, que la condición de servidor público o de ex - servidor público se relaciona con el momento de la comisión de la falta administrativa, si es que en dicho momento el imputado ejercía o no funciones públicas; y cuál era el puesto en el que se encontraba el servidor público en el momento de la comisión de la falta. Este esclarecimiento permitiría que los secretarios técnicos y las autoridades administrativas tengan mayor claridad sobre cómo aplicar las reglas del disciplinario y evitar nulidades administrativas.

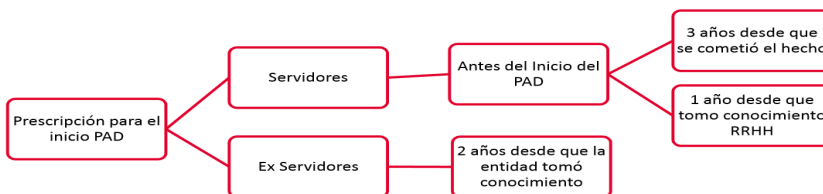
Alcances sobre otros conceptos generales



Órganos competentes del PAD

Sanciones	Primera Instancia			Segunda Instancia
	Órgano Instructor	Órgano Sancionador	Oficialización de la sanción	
Amonestación Escrita	Jefe Inmediato del presunto infractor	Jefe Inmediato del presunto infractor	Jefe de recursos humanos	Jefe de recursos humanos
Suspensión	Jefe Inmediato del presunto infractor	Jefe de recursos humanos	Jefe de recursos humanos	Tribunal del Servicio Civil
Destitución	Jefe de recursos humanos	Titular de la entidad	Titular de la entidad	Tribunal del Servicio Civil

Plazos de Prescripción en el PAD



Plazos de Prescripción en el PAD



Cuadro SERVIR Abog. Miguel Ángel Moreno Avellaneda

7.3.1.4. ¿CUÁL ES EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN QUE TIENE LA ENTIDAD LUEGO DE TOMAR CONOCIMIENTO DE LA FALTA A TRAVÉS DE UN INFORME DE CONTROL?

1. Informe Técnico1005-2018-SERVIR-GPGSC ¿Cuál es el supuesto de suspensión del plazo de prescripción para el inicio del PAD?
2. Informe Técnico964-2018-SERVIR-GPGSC. ¿Se debe computar el inicio del plazo prescriptorio con la toma de conocimiento de la Unidad de Recursos Humanos o la Secretaría Técnica?. ¿sobre ello, es relevante la individualización del presunto infractor?
3. Informe Técnico963-2018-SERVIR-GPGSC. ¿Qué sucede con los actos administrativos emitidos con anterioridad al cumplimiento de los plazos de prescripción previsto en la Ley 30057?
4. Informe Técnico181-2018-SERVIR-GPGSC. ¿En caso de nulidad del PAD, cómo se computa el plazo de prescripción para el inicio del mismo?.
5. Informe Técnico1228-2017-SERVIR-GPGSC. ¿Sobre la presentación de documentos falsos en un proceso de selección? (Informe Técnico349-2018-SERVIR-GPGSC).

7.3.1.4. DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

Las sanciones administrativas son una clase de acto administrativo que consiste en una privación de derechos como consecuencia de una conducta ilícita del administrado. Han sido definidas como cualquier mal infringido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal, a resultas de un procedimiento administrativo, y con una finalidad puramente represora¹⁷

Es sanción administrativa aquel mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilícita, a través de un procedimiento administrativo, con una finalidad represora, y consistiendo la sanción en la privación de un bien o derecho, o la imposición de un deber, siendo los principios y garantías del Derecho sancionador administrativo sustancialmente iguales a los del Derecho Penal.

17 Suay Rincón, José, "Sanciones administrativas", Bolonia, Real Colegio de España, 1989, pag. 55

Ahora bien, no cualquier consecuencia negativa para el administrado puede ser identificada con el concepto de sanción administrativa, con lo que ello supone de aplicación o no de su régimen jurídico y garantías, siendo preciso para ello se encuentren tipificadas como tales los hechos correspondientes y que el imputado sea considerado culpable. Así, en el caso de que se obtenga un beneficio, título o se desarrolle una actividad sin contar con los requisitos exigidos para ello, la aplicación del ordenamiento jurídico rescindiendo, clausurando, etc., no necesariamente es una sanción cuanto una consecuencia de la autotutela administrativa. No deben confundirse las sanciones administrativas con la coacción administrativa, e igualmente no pueden confundirse las sanciones administrativas y la imposición de la obligación de reponer las cosas dañadas a su estado primitivo o a indemnizar por los daños o perjuicios causados en las mismas¹⁸

Conforme a lo establecido en nuestra legislación vigente, la ley de bases de la carrera administrativa considera y su reglamento considera como sanciones las siguientes:

Amonestación: Será verbal o escrita. La verbal la efectúa el Jefe inmediato en forma personal y reservada. Para el caso de amonestación escrita la sanción se oficializa por resolución del Jefe de Personal. No proceden más de dos amonestaciones escritas en caso de reincidencia.

Suspensión: Es sin goce de remuneraciones y se aplica hasta por un máximo de treinta (30) días. El número de días de suspensión será propuesto por el Jefe inmediato y deberá contar con la aprobación del superior jerárquico de éste. La sanción se oficializa por resolución del Jefe de Personal.

Cese Temporal: Es sin goce de remuneraciones mayor de treinta (30) días y hasta por doce (12) meses. Se aplica previo proceso administrativo disciplinario. El número de meses de cese lo propone la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios de la entidad.

Destitución: Es el máximo grado de sanción que se aplica previo proceso administrativo disciplinario; quedando el destituido inhabilitado para desempeñarse en la Administración Pública bajo

18 Extraído de la página web [www. Leyes.tv/articulos/sanciones administrativas](http://www.Leyes.tv/articulos/sanciones_administrativas)

cualquier forma o modalidad, por un período no menor de cinco (5) años¹⁹

La condena penal privativa de la libertad consentida y ejecutoriada, por delito doloso, acarrea destitución automática. En el caso de que la condena sea condicional, la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios evalúa si el servidor puede seguir prestando servicios, siempre y cuando el delito no esté relacionado con las funciones asignadas ni afecte a la Administración Pública.

Tratándose de concurso de faltas cometidas por el mismo servidor, se impondrá la sanción que corresponda a la falta más grave.

7.3.1.5. PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DE SANCIONES

El servidor público que incurra en falta, cuya gravedad pudiera ser causal de cese temporal o destitución, será sometido a proceso administrativo disciplinario que no excederá de treinta (30) días hábiles improrrogables; este proceso deberá ser por escrito, sumario, estará a cargo de una comisión de carácter permanente; la comisión calificará la denuncia formulada y se pronunciará sobre la procedencia o no de abrir proceso disciplinario; el proceso se instaurará por resolución del Titular de la entidad o del funcionario que tenga la autoridad delegada para tal efecto; la resolución debe notificarse al servidor procesado en forma personal o publicarse en el Diario Oficial El Peruano, dentro de los setenta y dos (72) horas contadas a partir del día siguiente de la expedición de dicha resolución; El procesado tendrá derecho a presentar su descargo por escrito, dentro de los cinco (5) días de notificado los cargos imputados; y a ejercer su defensa; la Comisión hará las investigaciones del caso, examinará las pruebas y elevará su informe al Titular de la entidad, recomendado las sanciones que sean de aplicación; el Titular de la entidad emitirá la resolución de imposición de la sanción; quien tendrá la prerrogativa de determinar el tipo de sanción a aplicarse.

Es de gran importancia determinar el procedimiento al que deben sujetarse los Procesos Administrativos Disciplinarios que se instauren a los funcionarios, directivos y servidores públicos, que incurran en faltas de

19 Decreto Legislativo N° 276, Artículo 26°

carácter disciplinario, cuya gravedad pudiera ser causal de cese temporal o destitución²⁰

La finalidad de la normatividad vigente está orientada a contar con un instrumento técnico normativo que regule la solución adecuada de los procesos administrativos disciplinarios dentro de los plazos establecidos por las disposiciones legales vigentes, a fin de deslindar en forma oportuna la responsabilidad del procesado, estableciendo un mecanismo de seguridad jurídica que garantice equidad y justicia, en salvaguarda de la estabilidad y derechos del trabajador, así como de los intereses institucionales y, consecuentemente, evitar la prescripción de la acción y la caducidad del procedimiento.

Las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento son de aplicación a todo el personal de la Administración Pública, sujeto al Decreto Legislativo N° 276 Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, que se encuentren en la condición de nombrados, designados o contratados para labores de naturaleza permanente, así como al personal obrero permanente, al personal cesante y a los miembros de las Comisiones de Procesos Administrativos.

Los funcionarios y servidores cesantes podrán ser sometidos a proceso administrativo disciplinario por las faltas de carácter disciplinario que hubieren cometido en el ejercicio de sus funciones siempre que el proceso se abra en un plazo que no exceda de 01 año de haberse tomado conocimiento de la comisión de la falta.

7.4. ETAPAS DEL PROCESO DISCIPLINARIO

La acción administrativa disciplinaria comprende las siguientes etapas:

- a) Denuncia
- b) Etapa de Investigación.
- c) Etapa previa al Proceso Administrativo (Calificación por la Comisión de Procesos Administrativos)
- d) Etapa del Proceso Administrativo Disciplinario.

²⁰ Extraído de la pagina web: <http://www.mailxmail.com/curso-administracion-peru-regimen-disciplinario/proceso-administrativo>

La acción disciplinaria se inicia con la denuncia ante la autoridad competente, que puede ser el Director de Personal, el Director General de Administración, el Director General de Auditoría Interna y el Titular de la entidad. La denuncia debe ser formulada por el jefe inmediato superior del funcionario o servidor que acredite una falta grave que puede ser causal de cese temporal o destitución.

La Autoridad Competente, en un plazo máximo de veinticuatro (24) horas, deberá poner en conocimiento del Titular, la denuncia respectiva, para que éste disponga la investigación de los hechos materia de la denuncia. El Titular, puede ordenar que la Investigación la efectúe el mismo órgano que recibió la denuncia o disponer que la misma sea llevada a cabo por la Dirección General de Auditoría Interna.

La Etapa de Investigación comprende la detección del hecho irregular, su constatación y deslinde de responsabilidad del autor o cada uno de sus autores y/o implicado. Se recomienda un plazo máximo para llevar a cabo la Investigación y que este sea de treinta (30) días calendario, pudiendo ser ampliado hasta noventa (90) días siempre que los hechos materia de la Investigación lo justifiquen.

Una vez culminada la Investigación de la hechos por el órgano encargado, se elaborará un informe dirigido al Titular de la entidad, adjuntando las pruebas respectivas y señalando los suficientes elementos de juicio e indicios que demuestren la comisión de la falta disciplinaria en cuyo caso el Titular, correrá traslado de todo lo actuado a la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios para su calificación respectiva. En caso contrario se ordenará el archivamiento de todo lo actuado.

La investigación a que se refiere el artículo anterior será en forma escrita y sumaria tomándose las declaraciones al personal implicado y aportando las pruebas pertinentes, bajo responsabilidad del funcionario Jefe del Órgano encargado de efectuar la investigación.

La documentación que se genere en relación al hecho investigado deberá estar ordenada en forma de expediente, en estricto orden cronológico y debidamente foliado, cuidando de formar con todos ellos un solo cuerpo. La foliación deberá hacerse con números y letras.

Se denomina Etapa Previa al Proceso Administrativo a la etapa ulterior a la Investigación que compete a las Comisiones de Proceso Administrativo

Disciplinario; las mismas que en este periodo califican las denuncias que le sean remitidas por el Titular de la entidad, y se pronunciarán sobre la procedencia de abrir proceso administrativo disciplinario, solicitado en la etapa de Investigación²¹

Los casos que no ameriten instauración de proceso administrativo disciplinario, serán elevados al Titular debidamente fundamentados, recomendándose la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar a través de la Dirección de Personal, de ser el caso, con Amonestación Escrita o Suspensión sin goce de remuneraciones hasta un máximo de treinta (30) días.

En la Etapa de Calificación las Comisiones de Procesos Administrativos, si el caso lo amerita, podrán requerir como acción previa a su pronunciamiento, la ampliación de las investigaciones y/o mayor sustanciación de los hechos al funcionario u órgano que solicitó la apertura del proceso, lo que debe atenderse bajo responsabilidad dentro del plazo prudencial, que con este fin la Comisión señalará.

No podrá ejercerse tal potestad, cuando el proceso quedó abierto, salvo que se trate de ampliación, que no implique la caducidad del mismo. Las Comisiones de Procesos al evaluar sus informes dejaran constancias de éstas limitaciones.

De concurrir a la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios, tres (03) o más expedientes para su calificación; el pronunciamiento que le compete, será emitido en forma programada; de manera tal, que le permita una vez abierto el respectivo proceso contar con el tiempo suficiente para su trámite correspondiente, evitando de éste modo la concurrencia al mismo tiempo, de más de tres (03) procesos cuyos plazos de Resolución corren en forma paralela e inmediata. Con éste fin se da prioridad a la emisión del pronunciamiento previo, sobre los casos que por la fecha en que se tomó conocimiento de los hechos se encontraran próximos a cumplir un año, con la consiguiente prescripción de la acción, prevista en el artículo 173° del Reglamento de la Ley de la Carrera Administrativa²²

21 GUSTAVO BACACORZO, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I y II Cuarta Edición, Lima -Perú, Octubre de 2000.

22 GUSTAVO BACACORZO, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I y II Cuarta Edición, Lima -Perú, Octubre de 2000, pag. 451.

La etapa del proceso administrativo en sí, compete exclusivamente a las respectivas comisiones de procesos administrativos y su resolución al titular de la entidad.

El proceso administrativo se inicia con la resolución expedida por el titular de la entidad; su duración no excederá de treinta (30) días hábiles improrrogables contados a partir del día siguiente de la fecha de Notificación al procesado o publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

Para tal efecto se remitirá copia de la Resolución al Presidente de la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios para su conocimiento y fines consiguientes.

Expedida la Resolución de apertura del proceso, ésta deberá ser notificada a los procesados en forma personal, por la vía postal o mediante la publicación en el Diario Oficial “El Peruano” dentro de las (72) horas de expedida la misma. Tratándose de servidores procesados que laboren fuera de la capital de la República, la notificación se efectuará por el Diario Oficial y a su vez se notificará al Jefe inmediato superior del trabajador procesado.

La resolución que instaure proceso administrativo, no podrá ser objeto de impugnación, por cuanto ésta solamente oficializa el inicio del proceso bajo la presunción objetiva de la comisión de falta disciplinaria, que puede ser desvirtuada por el procesado.

El servidor o funcionario procesado podrá ser separado de sus funciones y puesto a disposición de la Dirección de Personal durante el tiempo que dure el proceso administrativo, siempre que la falta disciplinaria cometida guarde relación directa con la función o cargo que desempeña; en cuyo caso el procesado hará entrega del cargo a su Jefe inmediato a través del formulario de entrega recepción de cargo que para éstos efectos deberá proporcionar la Oficina de Personal.

El Director de la Oficina de Personal; asignará por escrito al servidor procesado, las funciones que sean compatibles con su nivel de carrera y especialidad.

También por necesidades del servicio podrá disponer su reubicación en otra unidad orgánica de la institución a solicitud de ésta.

Si la falta disciplinaria cometida por el servidor o funcionario procesado no guarda relación directa con la función o cargo que desempeña, éste podrá continuar desempeñando sus labores habituales.

En ambos casos ésta decisión deberá consignarse en la resolución que abre el proceso administrativo disciplinario respectivo²³

En tanto dure el proceso administrativo disciplinario, el funcionario o servidor procesado no podrá hacer uso de vacaciones, licencia por motivos particulares mayores a cinco (05) días útiles o presentar renuncia, pero si tendrá derecho a continuar percibiendo las remuneraciones que le corresponda de acuerdo a Ley.

En caso de que el servidor o funcionario procesado incurra en abandono de cargo, la Dirección de Personal deberá informar a la comisión de procesos administrativos disciplinarios, la comisión de la nueva falta.

La comisión de procesos administrativos disciplinarios a través de su presidente, podrá solicitar al titular se comprenda en el proceso que se éste conociendo a otro u otros trabajadores cuando se derive contra él o ellos, responsabilidad por los hechos materia de la investigación, o surjan nuevos hechos de los cuales resulten como presuntos autores; en cuyo caso ameritará la expedición de otra resolución de instauración de proceso con respecto a éstos últimos.

La comisión de procesos administrativos disciplinarios facilitará al procesado ejercer su derecho a presentar el descargo si lo considera conveniente; descargo que deberá hacerse por escrito y contener la exposición ordenada de los hechos, los fundamentos legales y pruebas con que se desvirtúen los cargos materia del proceso o el reconocimiento de su legalidad el término de su presentación será de cinco (05) días contados a partir del día siguiente de su notificación o su publicación; excepcionalmente cuando exista causa justificada y a petición escrita del interesado, el presidente de la comisión de procesos administrativos disciplinarios, podrá autorizar la prórroga hasta por cinco (05) días hábiles adicionales; no procediendo esta prórroga si por dicho plazo ampliatorio el proceso

23 GUSTAVO BACACORZO, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I y II Cuarta Edición, Lima -Perú, Octubre de 2000, pag. 451.

pudiera caer en caducidad, en razón de la posible complejidad y volumen de la documentación que deba ser actuada por la comisión²⁴.

Vencido el plazo de presentación del descargo, el procesado podrá solicitar fecha y hora para el uso de su derecho al informe oral; el mismo que puede ser sustentado en forma personal o por medio de su abogado o apoderado. Luego del informe oral el expediente será analizado por los miembros de la comisión, la misma que para emitir su pronunciamiento final evaluará las pruebas de cargo y descargo presentadas, así como los informes, testimonios y demás diligencias actuadas durante el proceso administrativo disciplinario. En ningún caso el expediente podrá ser retirado de la custodia de la comisión²⁵.

Las comisiones de procesos administrativos disciplinarios, elevarán al titular, el informe final dentro de los treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación o publicación de la resolución que instaura el proceso administrativo; el informe deberá estar debidamente motivado en cuanto a señalar los fundamentos de hecho y de derecho en que se amparen sus conclusiones y recomendaciones, así como las circunstancias calificativas que sustenten las sanciones que a juicio de la comisión deben aplicarse.

Sus miembros podrán emitir sus pronunciamientos en forma singular o discordante con los debidos fundamentos, no aceptándose en ningún caso abstenciones.

Es prerrogativa del titular, determinar el tipo de sanción a aplicarse, pudiendo observar la recomendación formulada por la comisión de procesos administrativos disciplinarios si lo considera pertinente o modificarla sustentando las razones de la modificación.

El titular, es responsable de emitir la resolución respectiva en un plazo que no exceda de treinta (30) días hábiles en concordancia con lo establecido por el artículo 51° del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 002-94-JUS.

24 Extraído de la pagina web: <http://www.mailxmail.com/curso-administracion-peru-regimen-disciplinario/proceso-administrativo>

25 Extraído de la pagina web: <http://www.mailxmail.com/curso-administracion-peru-regimen-disciplinario/proceso-administrativo>

La resolución del titular permitirá definir la situación del procesado, y en el supuesto que éste resulte inimputable, se le deberá declarar exento de toda responsabilidad administrativa y repuesta en el cargo que venía desempeñando de ser el caso.

7.5. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO.

Tanto la prescripción como la caducidad son instituciones en las cuales se manifiesta un determinado efecto jurídico por el transcurso de un periodo de tiempo. Aunque son instituciones que existen en todas las ramas del Derecho, en el Derecho Administrativo tienen una serie de particularidades.

La prescripción supone la extinción de un derecho o de una obligación por el transcurso de un determinado lapso de tiempo a partir de un concreto momento.

La caducidad, en el Derecho Administrativo, es una de las formas de terminación de algunos procedimientos administrativos. Se ocasiona por el transcurso de un determinado lapso de tiempo desde la iniciación del procedimiento sin que se haya producido la resolución del mismo. No supone la extinción de ningún derecho, sino sólo que se debe dictar resolución declarando la caducidad y ordenando el archivo del procedimiento. Si los plazos de prescripción no se han cumplido, nada impide que se pueda iniciar un nuevo procedimiento²⁶

Por otro lado, la prescripción es una institución jurídica de regulación legal, en virtud de la cual, se adquieren o se extinguen derechos, por haberse agotado un término de tiempo fijado por la ley; y la caducidad se define como la extinción del derecho a la acción por el transcurso del tiempo.

La ley de bases de la Carrera Administrativa, que transcurrido más de un (01) año desde que la autoridad competente tomó conocimiento de la denuncia por la comisión de la falta, y no se haya abierto proceso administrativo disciplinario; en cuyo caso el titular dictará de oficio o a petición de parte la resolución correspondiente señalando las causales, sin perjuicio de la acción penal o civil a que hubiere lugar. Asimismo

26 Extraído de la página web: <http://foros.derecho.com/showthread.php/9701-Diferencia-y-significado>

dispondrá se efectúen las investigaciones pertinentes, a efecto de determinar la responsabilidad del funcionario o de los funcionarios que pudieran haber retenido indebidamente el expediente.

El plazo de un (01) año para abrir el proceso administrativo disciplinario, deberá contarse desde la fecha en que la autoridad competente toma conocimiento de la falta o denuncia formulada por escrito. La única autoridad competente para abrir el proceso es el Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la entidad. La Comisión de Procesos Administrativos califica la falta, la que de ser grave, amparará su recomendación de apertura del proceso.

E Tribunal Constitucional, considera que el proceso disciplinario caduca, si éste no era resuelto dentro de los treinta (30) días hábiles a que se refiere el artículo 163° del Reglamento de la Ley de la Carrera Administrativa, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM²⁷

Posteriormente, el propio Tribunal Constitucional modificó su criterio, estableciendo que el incumplimiento del plazo establecido en el artículo 163° del D.S. N.° 005-90-PCM, no produce la nulidad del proceso administrativo disciplinario, tanto más si durante el desarrollo del mismo se respetó el ejercicio del derecho al debido proceso²⁸

Además, conforme se desprende del artículo antes citado, el incumplimiento del plazo de 30 días hábiles configura falta de carácter disciplinario de los integrantes de la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios, contemplada en los incisos a) y d) del artículo 28° del Decreto Legislativo N° 276, de lo que se concluye que no se trata de un plazo de caducidad que extinga el derecho de la Administración de ejercer su facultad sancionadora”.

De esta manera, el hecho que los plazos máximos de un proceso hayan sido incumplidos no tiene como consecuencia directa que las resoluciones finales sean declaradas inválidas o sin efectos legales. Asimismo, el incumplimiento del plazo fijado por el artículo 163° del D.S. N° 005-90-PCM, no tiene como consecuencia prevista en su texto, ni la nulidad del proceso administrativo disciplinario ni la de la pretensión coercitiva del Estado.

27 Tribunal Constitucional EXP. N.° 990-98-AA/TC LIMA del 17 del noviembre de 1999

28 Tribunal Constitucional EXP. N.° 3778-2004-AA/TC - PIURA Sentencia del 25 de enero de 2005

Su texto establece que: “El incumplimiento del plazo señalado configura falta de carácter disciplinario contenida en los incisos a) y d) del Art. 28 de la Ley.” De igual manera, si fuera el caso, el servidor público que se viera afectado por una demora excesiva por parte del Estado, podría ejercer su derecho en la vía pertinente.

BIBLIOGRAFÍA.

- NEVES MUJICA, Javier. “Introducción al Derecho Laboral”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004. p. 47
- VALVERDE MARTÍN, Antonio, y otros. “Derecho del Trabajo”. Madrid: Editorial
- NOVAK TALAVERA, Fabián y SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. “Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos”. Lima: Fondo Editorial de
- la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002. p. 35.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel.
- VILLANUEVA GONZALEZ. Reglamento Interno de Trabajo. En: Derecho Laboral. Materiales de enseñanza. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991. p.161. 24 ibip., pag.,80.
- ÁVALOS JARA, Oxal Víctor. Los principios del Derecho del trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: <http://trabajo.seguridadsocial.blogspot.com/2011/11/nps-principios-del-derecho-deltrabajo.html>.
- GARCIA, Manuel Alonso. Derecho del Trabajo, Barcelona, 1960, T.I.
- GARCIA MANRIQUE, Álvaro. ¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú. Gaceta Jurídica. 1ra. Ed. Lima-Perú, 2010.
- LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL DERECHO PERUANO: libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Lima 2004.
- PASCO COSMÓPOLIS, MARIO. “El Principio Protector en el Proceso Laboral”. *En Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje*

a Luis Aparicio Valdez. Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social.

- HERRERA VÁSQUEZ, RICARDO. "El in dubio pro operario en la sentencia de la Ley Marco del Empleo Público". En *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro Homenaje a Javier Neves Mújica*. Editora y Librería Jurídica Grijley. Lima, 2009, p. 195.
- CHACALTANA, Juan. "Reforma en las contratación y despido en el Perú de los 90: lecciones y perspectivas".
- JIMENEZ, Félix. "el modelo neoliberal peruano: limites, consecuencias sociales y perspectivas".
- BOZA PRO, Guillermo. "Surgimiento, evolución y consolidación del derecho de trabajo".
- Besteiro, E. J. (s.f.). contrato de trabajo. madrid: UGT - Escuela Julián Besteiro.
- Espinosa, A. V. (s.f.). Contrato de Trabajo. Análisis Laboral.
- GARDEY, J. P. (2009). contrato oneroso. Obtenido de definicion : <https://definicion.de/oneroso/>
- GARDEY, J. P. (2018). contrato de trabajo. Obtenido de definicion : <https://definicion.de/contrato-de-trabajo/>
- IZQUIERDO, J. G. (29/01/10). Ley de Productividad y Competitividad Laboral. lima.
- LARENZ, K. (s.f.). derecho de obligaciones.
- Legislación mas laboral. (01 de 05 de 2017). Blog diario. Obtenido de <http://legislacionmaslaboral.blogspot.es/1493590277/prestacion-personal-del-servicio/>
- LÓPEZ Santa María, J. (2005). contrato conmutativo. santiago: editorial juridica de chile.
- LÓPEZ Santa María, J. (2005). los contratos. santiago de chile: editorial juridica de chile.
- MONCAYO, A. (2015). slideplayer. Obtenido de <https://slideplayer.es/slide/2998748/>
- peru, c. p. (1993). derechos del trabajador. art 24.

- (01846-2005-PA/TC). sentencia tribunal constitucional.
- VÁSQUEZ REBAZA, W. (2016). contratos especiales. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CALDERA, Rafael. Derecho del Trabajo.
- VILELA ESPINOZA, Anna. Abogada Especialista en Derecho Laboral, Contrato de Trabajo
- GACETA LABORAL. Contrato De Trabajo.
- CORNEJO VARGAS, Carlos. Algunas consideraciones sobre la contratación laboral.
- SANGUINETI, Raymond. Elementos Esenciales del Contrato de Trabajo.
- RUIZ RIQUERO, José Humberto. Luces y Sombras en la aplicación del principio de primacía de la realidad en la jurisprudencia laboral PERUANA.
- ACTUALÍCESE. Elementos del contrato de trabajo.
- NEVES MUJICA Javier. Introducción al derecho Laboral, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del peru.2003
- Los elementos esenciales del Contrato de Trabajo Luz Pacheco-Zerga Lima, 2012-Revista de Derecho.
- LUDOVICO Barassi- abogado, jurista y laboralista italiano que nació en Milán- Libro derecho del trabajo.
- Texto Único Ordenado del D. LEG. N.º 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL (LPCL) D.S. N.º 003-97-TR -27.03.97.
- Diccionario de la Real Academia Española- RAE.
- CABANELLAS, Guillermo. "Tratado de Derecho Laboral". Tomo II. Editorial Eliasta. Argentina. 1988.
- Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 21º Edición T II. Madrid 1992.
- Teorías que explican la subordinación -Ruth Adriana Ruiz Alarcón, rruiz2@unab.edu.co.

ANEXOS

JURISPRUDENCIA LABORAL

DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES

DE CARÁCTER INDIVIDUAL

LIBERTAD DE TRABAJO¹

SUMILLA:

El derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo.

Extracto

- «c) La libertad de trabajo Establecida en el inciso 15) del artículo 2° de la Constitución, se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público.

La Constitución asegura el derecho de optar, a condición de que sea lícita, por alguna actividad de carácter intelectual y/o física, con el objeto directo o indirecto de obtener un

1 Tribunal Constitucional del Perú Centro de Estudios Constitucionales Primer Seminario Temas de Derecho Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral, Lima Octubre de 2006.

provecho material o espiritual; tal atributo se extiende a la potestad de posteriormente cambiar o cesar en dicha labor.» (EXP. 0008-2003-AI/TC, Fundamento 26).

DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos (demandantes) c. Congreso de la República (demandado)

Resolución del 12 de agosto de 2005

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos contra la Ley N.º 28175

Magistrados presentes:

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

VERGARA GOTELLI

LANDA ARROYO

EXP. N.º 008-2005-PI/TC

LIMA

JUAN JOSÉ GORRITI

Y OTROS

Capítulo 2 SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de agosto de 2005, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

Capítulo 3 I. ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por don Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos, con firmas debidamente comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, contra diversos artículos de la Ley N.º 28175, publicada el 19 de febrero de 2004 en el Diario Oficial *El Peruano* y vigente desde el 1 de enero de 2005.

Capítulo 4 II. DATOS GENERALES

Capítulo 5 Tipo de proceso : Proceso de Inconstitucionalidad

Demandante : Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos

Norma sometida a control : Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público.

Normas constitucionales

cuya vulneración se alega : Artículos 26.º, 28.º, y 40.º de la Constitución.

Petitorio : Se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28175.

Capítulo 6 III. NORMA CUESTIONADA

Capítulo 7 Artículos impugnados de la Ley N.º 28175.

“Artículo IV.- Principios

Son principios que rigen el empleo público:

(...)

8. Principios de Derecho Laboral.- (...) En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio.

(...)

10. Principio de provisión presupuestaria.- Todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado.

Artículo 15.- Enumeración de derechos

El empleado público, sin excluir otros que le otorgan la Constitución y las leyes, tiene derecho a:

(...)

Artículo 16.- Enumeración de obligaciones

(...)

- d) Percibir en contraprestación de sus servicios sólo lo determinado en el contrato de trabajo y las fuentes normativas del empleo público; (...)

(...)

Artículo 22.- Término del empleo público

El término del empleo se produce por:

(...)

c) Mutuo disenso”.

IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demanda.

Con fecha 3 de marzo de 2005, los demandantes interponen acción de inconstitucionalidad, contra la Ley N.º 28175, por considerar que vulnera el artículo 26º, 28º y 40º de la Constitución.

Sustentan su pretensión en los siguientes argumentos:

- a) Que el artículo 15º de la Ley Marco del Empleo Público omite incluir el derecho de los servidores públicos a la carrera administrativa que la Constitución Política del Estado garantiza en su artículo 40º. Estiman que por efecto de ello se eliminan una serie de principios laborales que la Constitución ampara y que son recogidos en el Decreto Legislativo N.º 276, tales como el de estabilidad, de garantía del nivel establecido, de retribución justa y equitativa y su regulación por un sistema único y homologado.

- b) Que se vulnera el derecho de sindicación garantizado en la Constitución, toda vez que la Ley N.º 28175 no hace ninguna referencia a éste, propiciándose de este modo una discriminación para los trabajadores públicos, ya que este derecho sí es reconocido para los trabajadores de la actividad privada. Añaden que esta situación puede abrir paso a la disolución de los sindicatos de las entidades del Sector Público.
 - c) Que la Ley N.º 28175 viola el derecho a la huelga porque el artículo 15º de dicha ley también lo omite. Consideran que no basta que el artículo en mención enuncie que la enumeración de derechos que hace se efectúa sin exclusión de otros que la Constitución y las leyes otorgan, ya que, conforme al principio de legalidad, consagrado en el numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la referida ley, su reconocimiento debe ser expreso.
 - d) Que el numeral 10 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175 vulnera el derecho a la negociación colectiva, por establecer que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe encontrarse debidamente autorizado y presupuestado. Manifiestan que esta disposición en la práctica hace imposible la realización de las convenciones colectivas en el sector público vulnerando de este modo la libertad sindical, puesto que la normatividad presupuestal no contempla la participación de los trabajadores sindicalizados y, por tanto, no está prevista la solución de pliegos de reclamos.
 - e) Que el inciso d) del artículo 16 de la ley impugnada introduce la figura del contrato de trabajo, propia de los trabajadores privados, para los empleados públicos, vulnerándose con ello el derecho a la carrera administrativa, ya que el acceso a ella se hace por concurso y al trabajador se le otorga un nombramiento, y no un contrato de trabajo.
 - f) Que el numeral 8, relativo a los principios de derecho laboral, del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175, al establecer que en la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio, viola el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.
 - g) Que el inciso c) del artículo 22.º de la Ley N.º 28175, al consagrar el mutuo disenso como causal de terminación del empleo público, vulnera el principio constitucional del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, consagrado en el numeral 2 del artículo 26º de la Constitución.
2. Contestación de la demanda.

El Apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se la declare infundada, alegando que no contraviene la Constitución por el fondo ni por la forma.

Sustenta su pretensión en los siguientes argumentos:

- a) Que la Ley Marco del Empleo Público no estipula normas relativas a los derechos particulares de los servidores públicos, funcionarios públicos o empleados de confianza, sino que establece una regulación general referida al personal del empleo público que presta servicios al Estado y enuncia normas específicas para la regulación de los derechos y deberes de los servidores públicos comprendidos

en la carrera administrativa y los que corresponden a los funcionarios públicos y empleados de confianza.

- b) Que los demandantes incurren en un error al considerar que el artículo 15° de la Ley N.° 28175 viola el artículo 40° de la Constitución relativa a la carrera administrativa, porque dicha ley se refiere a los derechos del empleado público con carácter general y no a los derechos de los servidores públicos en particular, que son los comprendidos en la carrera administrativa conforme al precepto constitucional anteriormente referido de la Constitución.
- c) Que el hecho de que la Ley Marco del Empleo Público no declare los derechos de sindicación y huelga no quiere decir que los desconozca, ya que están reconocidos por la Constitución, los Convenios Internacionales de Protección de los Derechos Humanos y la Ley N.° 27556, que crea el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos. Añade que la Ley del Empleo Público no viola ningún principio de legalidad ni la Constitución porque se deja claro que el carácter enunciativo de los derechos comprendidos en el artículo 15.° no desconoce los derechos que la propia Constitución y otras leyes reconocen a los empleados. Del mismo modo, precisa que en la expresión “leyes” también se incluye a los tratados, como el Convenio 151 de la OIT.
- d) Que la previsión presupuestal consagrada en el numeral 10 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.° 28175, no viola la libertad sindical ni el derecho a la sindicación, puesto que este deriva del principio constitucional de legalidad presupuestaria y porque con ella lo único que se pretende es que los gastos relativos al empleo público deben estar autorizados y presupuestados.
- e) Que el inciso d) del artículo 16° de la ley impugnada, referido al contrato de trabajo para los empleados públicos, solo es de aplicación a los empleados públicos sujetos a modalidad de empleo temporal y a los cargos de confianza.
- f) Que el numeral 8 del artículo IV del Título Preliminar de la ley cuestionada, manifiesta que dicha norma no se refiere al principio *in dubio pro operario*, sino al tema de los límites de los derechos fundamentales. Añade que gran parte de la Administración Pública está dedicada a la prestación de los servicios públicos que requieren continuidad, estabilidad y forman parte de los intereses generales que deben sobreponerse o primar sobre intereses individuales o colectivos.
- g) Que la incorporación del mutuo disenso como causal de extinción del empleo público a que se refiere el artículo 22.° de la Ley impugnada no es aplicable a los servidores públicos sujetos al régimen de carrera administrativa, sino a los funcionarios sujetos a contrato temporal o a los empleados de confianza.
- h) Que la Ley N.° 28175 no está vigente porque no se han aprobado hasta la fecha los proyectos de ley remitidos por el Poder Ejecutivo que la desarrollan y otorgarían contenido al nuevo régimen de carrera que se propone.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

- a) Consideraciones sobre la vigencia y la denominación de la ley impugnada.
 - a.1) El artículo 109.° de la Constitución y la vigencia de la Ley N.° 28175.
 - a.2) La Ley y su denominación en el marco de la Constitución y la Ley N.° 26889.

- b) La función pública conforme a la Constitución.
 - b.1.) Titulares de la función pública.
 - b.2.) Finalidad esencial de la función pública al servicio de la Nación conforme a la Constitución y confianza de los ciudadanos.
- c) Régimen Constitucional del Trabajo.
 - c.1.) Algunos consideraciones liminares sobre de la noción trabajo.
 - c.2.) Estado y trabajo.
 - c.3.) Los principios laborales constitucionales.
 - c.3.1.) *Indubio pro operario*.
 - c.3.2.) La igualdad de oportunidades.
 - c.3.3.) Referencia a la regla de no discriminación en materia laboral.
 - c.3.4.) La irrenunciabilidad de derechos.
 - c.4.) Los derechos colectivos de los trabajadores según la Constitución.
 - c.4.1.) La libertad sindical.
 - c.4.2.) Los alcances de la libertad sindical.
 - c.4.3.) La Constitución y los sindicatos.
 - c.4.4.) El convenio colectivo.
 - c.4.4.1.) Los elementos del convenio colectivo.
 - c.4.4.2.) Las características del convenio colectivo.
 - c.4.4.3.) Tipología del convenio colectivo.
 - c.4.4.4.) El carácter y alcance del convenio colectivo.
 - c.4.4.5.) El caso del convenio colectivo articulado (rama de actividad).
 - c.4.5.) La intervención de terceros en la solución de los conflictos laborales.
 - c.4.6.) La huelga.
 - c.4.6.1.) La titularidad del derecho de huelga.
 - c.4.6.2.) Las limitaciones del ejercicio del derecho de huelga.
- d) Evaluación de la constitucionalidad de los artículos impugnados.
 - d.1) La carrera administrativa como bien jurídico constitucional.
 - d.2) Derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva de los servidores públicos conforme a la Constitución.
 - d.3) Cuestiones relativas a la relación laboral de los empleados públicos en el marco de la Constitución.

VI. FUNDAMENTOS

1. La materia regulada por la ley se refiere al empleo público, elemento fundamental para el adecuado funcionamiento del Estado. Respecto al empleo público en el Perú, el Informe Final de la Comisión Multisectorial Encargada de Estudiar la

Situación del Personal de la Administración Pública Central (creada por Decreto Supremo N.º 004-2001-TR) presentado el 15 de julio de 2001, constató que existe un verdadero caos en la Administración Pública, reflejado en la existencia de múltiples organismos y sistemas de pagos al personal; una dispersión de conceptos remunerados y no remunerados; y una gran variedad de montos. Del mismo modo, de la revisión de los cuadros estadísticos del mismo informe, este Tribunal comprueba la inequidad existente en las remuneraciones de los servidores del Estado en sus diversas jerarquías y de instituciones públicas frente a otras.

2. Asimismo, la subsistencia de diferentes regímenes legales de contratación del empleado público ha generado la cantidad de 60,000 trabajadores públicos administrativos que se desempeñan en la modalidad de servicios no personales, con contratos que vencen cada dos o tres meses, sin seguridad social, ni CTS, ni vacaciones, situación que no puede ser tolerable en un Estado Democrático y Social de Derecho. (Véase Verdades y Mitos, La Reforma del Empleo Público, Encarte de Derecho, *El Peruano*, 10 de mayo de 2005).

En tal sentido, la síntesis del Acuerdo Nacional de fecha 19 de abril de 2004, expresa en su punto 17 como una de las medidas de corto plazo a implementarse hasta el año 2006, que se debe establecer un sistema adecuado de la carrera pública y realizar un censo integral de todos los funcionarios que reciben pago por parte del Estado. Asimismo, en el Compromiso Político, Social y Económico de Corto Plazo del Acuerdo Nacional del 19 de abril de 2004, se dispone en el numeral 114 plantear un nuevo sistema de remuneraciones en el sector público.

Por las consideraciones precedentes, el Tribunal Constitucional reconoce que le corresponde al Congreso de la República la tarea de revertir la situación descrita con carácter prioritario y urgente, a fin de iniciar la uniformidad, equidad y modernización del empleo público, sin lo cual no puede haber un adecuado funcionamiento de la Administración Pública. Establecidas estas premisas, procederemos a evaluar la constitucionalidad de las normas cuestionadas.

a) **Consideraciones sobre la vigencia y la denominación de la ley impugnada**

a.1) El artículo 109.º de la Constitución y la vigencia de la Ley N.º 28175

3. El Apoderado del Congreso de la República alega que la Ley N.º 28175, publicada el 19 de febrero de 2004, no estaría vigente. Afirma que si bien la primera disposición transitoria, complementaria y final de la ley dispuso que ésta entraría en vigencia el 1 de enero de 2005, mediante su segunda disposición transitoria se estableció que el Poder Ejecutivo, en el plazo de 120 días, contados a partir de la publicación de la ley, remitiría al Congreso de la República las propuestas legislativas sobre:
 - Ley de la carrera del servidor público.
 - Ley de los funcionarios públicos y empleados de confianza.
 - Ley del sistema de remuneraciones de empleo público.
 - Ley de gestión del empleo público.
 - Ley de incompatibilidades y responsabilidades.

Consecuentemente y efectuando una interpretación sistemática de ambas disposiciones, resultaría lógico afirmar “(...) que la intención del legislador al promulgar la

Ley Marco del Empleo Público, Ley N.º 28175 y postergar su vigencia al año 2005, le otorgaba un plazo prudencial al Congreso de la República para la aprobación de las cinco normas que la desarrollan y así permitir la entrada en vigencia de la Ley Marco en forma integral con los proyectos que la desarrollan, al no haberse dado este supuesto, y no estando aprobadas las leyes que la desarrollan, no es posible dar cumplimiento a lo dispuesto en su primera disposición complementaria”.

4. El Tribunal Constitucional no comparte la tesis del Apoderado del Congreso. El artículo 109º de la Constitución dispone que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

La primera disposición transitoria, complementaria y final de la Ley N.º 28175 estableció que ella entraba en vigencia el 1 de enero de 2005, con excepción de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 3º, referido a la percepción de dietas, que entraría en vigencia a los treinta (30) días de la publicación de dicha Ley, 19 de febrero de 2004, y la prescripción de que la segunda y cuarta disposiciones transitorias entrarán en vigencia al día siguiente de la publicación de la Ley. Como puede observarse, estas últimas disposiciones de la Ley entraron en vigencia antes del 1 de enero de 2005.

5. Con relación a las demás disposiciones de la Ley N.º 28175, éstas entraron en vigencia el 1 de enero de 2005, fecha a partir de la cual empezó a ser aplicada por diversas entidades del Estado.

En efecto, la Directiva N.º 006-2005-EF/76.01, de Ejecución del Presupuesto de las Entidades de Tratamiento Empresarial para el Año Fiscal 2005, del 3 de febrero de 2005, establece en su artículo 40º, aplicando el segundo párrafo del artículo 3º de la Ley N.º 28175, que “Las personas al servicio del Estado y que en representación del mismo formen parte de Directorios, no podrán percibir dietas en más de una (1) entidad, en concordancia con el artículo 3 de la Ley N.º 28175 - Ley Marco del Empleo Público”.

Del mismo modo, la quinta disposición transitoria de la Ley N.º 28562, Ley que autoriza el Crédito Suplementario en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2005, publicada el 30 de junio de 2005, exceptuó a determinadas entidades del Estado por cinco días calendario de lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público.

6. El Apoderado del Congreso también sostiene que: “(...) el Poder Ejecutivo a manifestado públicamente a través de un comunicado difundido por la Presidencia del Consejo de Ministros, publicado el 17 de enero de 2005 en el Diario Oficial El Peruano, que la ley marco del empleo público requiere para su aplicación que previamente entren en vigencia sus leyes complementarias”.

Al respecto, cabe señalar que dicho comunicado corresponde a la Secretaría de Gestión Pública de la PCM y en él se consigna que “Las normas contenidas en la LMEP referidas a la instalación del Consejo Superior del Empleo Público - COSEP, la clasificación del empleo público en nuevos grupos ocupacionales, la adecuación de los regímenes existentes en la administración pública, entre otras, para comenzar su aplicación, requieren que previamente entren en vigencia las

cinco leyes complementarias a que se refiere la segunda disposición transitoria, complementaria y final”.

Como puede apreciarse, dicho comunicado no afirma que la ley no esté vigente sino que se refiere a que específicas disposiciones de la ley, y no todas, para ser aplicadas e implementadas, requieren de leyes complementarias.

7. Por tanto, este Tribunal Constitucional considera pertinente precisar que la Ley N.º 28175 está vigente desde el 1 de enero de 2005, conforme al artículo 109.º de la Constitución, y que en el caso de algunas disposiciones específicas, para ser aplicadas en su integridad, requieren de otras leyes, cuestión distinta a la vigencia de la ley.

a.2) La ley y su denominación en el marco de la Constitución y la Ley N.º 26889

8. Otro aspecto que debe tratarse es el de la denominación de la ley cuestionada. Al respecto, el artículo 51º de la Constitución consagra el principio de jerarquía normativa y supremacía normativa de la Constitución, y dispone que la Constitución prevalece sobre toda norma legal y la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. Del mismo modo, el inciso 4º del artículo 200º de la Constitución establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango de ley: las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas.

Consecuentemente, de las normas precitadas se colige que, en nuestro ordenamiento jurídico, el primer rango normativo corresponde a la Constitución y el segundo a la ley y a las normas con rango de ley, configurándose en este segundo nivel una diversidad de fuentes normativas del mismo rango pero que, conforme a la Constitución, varían en su denominación, producción normativa y en la materia que regulan. Sin ánimo exhaustivo, tal es el caso de la Ley Orgánica que, conforme al artículo 106º de la Constitución, tiene un procedimiento especial de votación y regula determinadas materias, o el del Decreto de Urgencia que regula materia determinada (inciso 18 del artículo 118.º de la Constitución).

9. Con relación a la fuente normativa denominada ley, en sentido material, deben tenerse presentes dos puntos. En primer lugar, su expedición corresponde al Congreso de la República conforme al inciso 1 del artículo 102º de la Constitución, que establece que es atribución del Congreso dar leyes. Atribución que descansa en los principios de soberanía política, consagrado en el artículo 45º de la Constitución, que establece que el Poder emana del pueblo, y en el principio representativo reconocido en el artículo 43º de la Constitución. Y en segundo lugar, que para la Constitución la fuente normativa denominada ley comprende a las leyes ordinarias, las leyes orgánicas, las leyes de desarrollo constitucional y las que tienen una denominación asignada directamente por la Constitución y cuyas diferencias no radican en su jerarquía ni en el órgano que las expide, sino en su procedimiento de aprobación y en las materias que regulan.

En efecto, en muchas disposiciones del texto constitucional se hace referencia a la ley con carácter general y en otras se especifica una denominación particular relativa a la materia a regular, por ejemplo la ley de presupuesto, la ley de endeudamiento y de equilibrio financiero (artículo 78.º de la Constitución) y la ley autoritativa para el caso de la delegación de facultades.

Igualmente, debe incluirse a las denominadas leyes orgánicas sujetas a los requisitos materiales y formales establecidos por el artículo 106° de la Constitución. En el caso de las denominadas leyes de desarrollo constitucional, este Colegiado ha afirmado que “Con la expresión ‘Ley de desarrollo constitucional’, la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución no ha creado una categoría normativa especial entre las fuentes que tienen el rango de la ley. Tal expresión no alude a una categoría unitaria de fuentes, sino a una diversidad de ellas, que tienen como elemento común constituir un desarrollo de las materias previstas en diversos preceptos constitucionales, cuya reglamentación la Norma Suprema ha encargado al legislador. Forman parte de su contenido “natural” las denominadas leyes orgánicas, en tanto que mediante ellas se regula la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, y de otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución; así como las leyes ordinarias como las que demandan los artículos 7° y 27° de la Constitución, por poner dos ejemplos, a las que se les ha encomendado la tarea de precisar los alcances de determinados derechos o instituciones constitucionalmente previstas”. (Caso sesenta y cuatro Congresistas de la República contra los artículos 1°, 2° 3°, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.° 26285, Exp. N.° 005-2003-AI/TC, *mutatis mutandis*, fundamento 38).

Basándose en las consideraciones precedentes, el Tribunal Constitucional concluye en que la característica principal de la fuente normativa denominada ley, constitucionalmente hablando, con sus variantes mencionadas, radica en que es expedida por el Congreso de la República conforme a las normas que establece para su producción jurídica (Capítulo II del Título IV de la Constitución, relativo a la función legislativa).

10. Este Colegiado estima también que el Congreso de la República, al detentar la competencia exclusiva en la producción de la fuente normativa de ley, goza de la autonomía inherente, en el marco de la Constitución, del Reglamento del Congreso y de las leyes, para precisar la denominación de las leyes que expide; así por ejemplo, el caso de la Ley N.° 28175, que fue denominada Ley Marco del Empleo Público, hoy cuestionada por los demandantes.

La facultad de otorgar una denominación ha sido desarrollada por la Ley N.° 26889, Ley Marco para la producción y sistematización legislativa, cuyo artículo 3.° dispone que: “La Ley debe tener una denominación oficial que exprese su alcance integral. La denominación forma parte del texto oficial de la Ley y corresponde al Congreso de la República asignársela, salvo en los casos de Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia, en los cuales es el Poder Ejecutivo quien asigna la denominación”. En ese sentido, el Congreso de la República e incluso el Poder Ejecutivo, en el caso de Decretos Legislativos, son competentes para asignar determinadas denominaciones cuando se trata de leyes que regulan aspectos generales sobre una materia a fin de sintetizar su alcance integral, empleando para ello las denominaciones de Ley de Bases, Ley Marco y Ley General, según corresponda, pero que, en definitiva, constituyen la fuente normativa de ley expedida por el Congreso de la República. Tal es el caso de las siguientes denominaciones de la ley, que, entre las principales, forman parte de nuestro ordenamiento constitucional:

Ley de Bases

- Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneración del Sector Público, Decreto Legislativo N.º 276 (24/03/84).
- Ley de Bases de la Descentralización, Ley N.º 27783 (20/07/02).

Ley Marco

- Ley Marco del Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo N.º 757 (13/11/91).
- Ley Marco del Sistema Tributario Nacional, Decreto Legislativo N.º 771 (31/12/93).
- Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos Ley N.º 27332 (29/07/00).
- Ley Marco del Presupuesto Participativo, Ley N.º 28056 (08/08/03).
- Ley Marco para el Desarrollo Económico del Sector Rural, Ley N.º 28298 (22/07/04).

Ley General

- Ley General de Comunidades Campesinas, Ley N.º 24656 (14/04/87).
- Ley General de Arbitraje, Ley N.º 26572 (05/01/96).
- Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N.º 26702 (09/12/96).
- Ley General de Sociedades, Ley N.º 26887 (09/12/97).
- Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, Ley N.º 27181 (08/10/99).
- Ley General de Residuos Sólidos, Ley N.º 27314 (21/07/2000).
- Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, Decreto Legislativo N.º 910 (17/03/01).
- Ley General de Educación, Ley N.º 28044 (29/07/03).

Por tanto, la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público, ha sido denominada dentro de la competencia que le corresponde al Congreso de la República para ello.

b) La función pública conforme a la Constitución

11. Ingresando al análisis de fondo, es preciso referirse al capítulo IV del Título I de la Constitución, que regula la función pública. En tal sentido, en el presente proceso de inconstitucionalidad este Tribunal Constitucional se pronunciará sobre el modelo de función pública que diseña nuestra Constitución en una sociedad democrática, toda vez que dicho articulado es obligatorio y vincula a todos aquellos que ejercen función pública, además que se tendrá también como parámetro para evaluar la constitucionalidad de la ley cuestionada.

El artículo 43.º de la Constitución define al Estado como una República Democrática. Del mismo modo, conforme al artículo 45º, el poder del Estado emana del pueblo y el gobierno de la República del Perú es representativo y se organiza según el principio de separación de poderes (artículo 43.º de la Constitución). Asimismo, el artículo 169.º de la Constitución dispone que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están subordinadas al poder constitucional. Por tanto, de las disposiciones

constitucionales citadas se deriva el principio democrático que configura la convivencia de los ciudadanos del Perú, ya sean civiles, militares o policías, conforme al artículo 34.º de la Constitución.

b.1.) Titulares de la función pública

12. A tenor del artículo 39.º de la Constitución, los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo Nacional de la Magistratura, los Magistrados Supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

Con relación a esta norma debemos recordar que, conforme a los artículos 161.º y 201.º de la Constitución, el Defensor del Pueblo y los Magistrados del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas laborales y funcionales que los Congresistas (Caso Jorge Power Manchego Muñoz, en representación de 5,000 ciudadanos, contra diversos artículos de la Ley N.º 28212, Exp. N.º 0038-2004-AI/TC, fundamento 15).

Consecuentemente, estos altos funcionarios y autoridades del Estado, así como los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza y los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, a que se refiere el artículo 40.º de la Constitución, están al servicio de la Nación.

13. Del mismo modo, como ya se expuso, el artículo 39.º de la Constitución dispone que el Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio de la Nación. Por su parte los artículos 137.º y 118.º inciso 14.º de la misma Norma Suprema establecen que el Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y que organiza, distribuye y dispone el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Entonces, si al Presidente de la República le corresponde la más alta jerarquía en el servicio de la Nación, es claro que sus subordinados también sirven a la Nación. Pero no sólo los artículos constitucionales citados permiten interpretar que la Constitución reconoce a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional como servidores de la Nación en el desempeño de la función pública que la Constitución y las leyes les asignan, sino también los artículos 169º y 171º de la Constitución, cuando disponen que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes, que están subordinadas al Poder Constitucional y que participan en el desarrollo económico y social del país.

Por tanto, para la Constitución la función pública que, por tal, se encuentra al servicio de la Nación, la ejercen dos grandes grupos de servidores estatales, a saber: los servidores civiles y los servidores que cumplen función militar y policial. En relación a estas últimas, conforme a las normas constitucionales, a los fundamentos precedentes y al principio democrático, ejercen sus funciones bajo la supremacía del poder democrático, civil y constitucional.

b.2.) Finalidad esencial de la función pública al servicio de la Nación conforme a la Constitución y confianza de los ciudadanos

14. Los servidores del Estado, sean civiles, militares o policías, están obligados, conforme el artículo 44.º de la Constitución, por los deberes primordiales de defender la soberanía nacional, 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.

En suma, de las normas citadas se concluye que la finalidad esencial del servicio a la Nación radica en prestar los servicios públicos a los destinatarios de tales deberes, es decir a los ciudadanos, con sujeción a la primacía de la Constitución, los derechos fundamentales, el principio democrático, los valores derivados de la Constitución y al poder democrático y civil en el ejercicio de la función pública.

15. Los artículos 40.º y 41.º de la Constitución establecen una serie de normas relativas a la publicidad de los ingresos que perciben los servidores del Estado, sean civiles, militares o policías. El segundo párrafo del artículo 40.º precisa que es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.

Por su parte, el artículo 41.º establece que los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste, deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

El precitado artículo 41.º de la Constitución señala algunas normas relativas al control frente al enriquecimiento ilícito, como por ejemplo que, cuando se presume éste, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial; asimismo, la ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública; y que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

16. Las normas constitucionales citadas se justifican en la medida que la Constitución pretende prevenir y sancionar el mal uso de los recursos públicos, por ser un hecho que socava la confianza ciudadana en los servidores de la Nación.

En efecto, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este Colegiado ya se refirió a la independencia judicial como elemento necesario para inspirar la confianza ciudadana en los tribunales (Caso Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo, Exp. N.º 0004-2004-CC, fundamento 33).

En esta oportunidad, siguiendo al mismo alto Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Caso Ahmed y otros vs. El Reino Unido, Sentencia del 2 de setiembre de 1998, *mutatis mutandis*, fundamento 53), el Tribunal Constitucional del Perú considera como uno de los elementos esenciales de nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho la obligación de todos los servidores de la Nación, independientemente de su jerarquía y la función pública que cumplan en los ámbitos civil, militar y policial, de que ejerzan dicha función con probidad, honestidad y austeridad en el manejo de los recursos públicos, necesarias para generar la confianza

ciudadana en los servidores de la Nación a través de la cual el modelo democrático establecido por la Constitución se legitima.

c) **Régimen constitucional del trabajo**

Capítulo 8 17. Del mismo modo y dada su vinculación con la materia evaluada, es necesario desarrollar el marco constitucional del régimen del trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo y nos servirán conjuntamente con el marco constitucional de la función pública, para el análisis de la constitucionalidad de los artículos impugnados.

c.1.) Algunas consideraciones liminares sobre la noción trabajo

18. Al trabajo puede definírsele como la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En ese contexto, implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien, generar un servicio, etc.

El trabajo se identifica inseparablemente con la persona misma. En toda actividad laboral queda algo de su ejecutor: el hombre. A través del trabajo se presenta siempre la impronta del ser humano; o sea, una huella, marca o sello que caracteriza su plasmación. El Papa Juan Pablo II [*Encíclica laborem exercens*. Lima. Salesiana, S/F] señala que:

“El trabajo es un bien del hombre, es un bien de la humanidad, porque mediante éste 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”.

Asimismo, como lo enfatiza el Papa León XIII [*Encíclica rerum novarum*. Lima: Paulinas, 1966] el trabajo tiene el doble signo de lo **personal** y **necesario**. Es personal, porque la fuerza con que se trabaja es inherente a la persona y enteramente propia de aquel que con ella labora. Es necesario, porque del fruto de su trabajo el hombre se sirve para sustentar su vida, lo cual es un deber imprescindible impuesto por la misma naturaleza.

Es evidente que la verdadera dignidad del trabajador radica en su condición de sujeto y autor y, por consiguiente, verdadero fin de todo proceso productivo. La importancia del trabajo descansa en tres aspectos sustantivos:

- Esencialidad del acto humano, destinado al mantenimiento y desarrollo de la existencia y coexistencia sociales.
- Vocación y exigencia de la naturaleza humana. El trabajo es sinónimo y expresión de vida.
- Carácter social de la función, ya que sólo es posible laborar verdaderamente a través de la colaboración directa o indirecta de otro ser humano, o sea, trabajando con y para los otros.

c.2.) Estado y trabajo

19. De conformidad con lo que dispone el artículo 23.º de la Constitución, el Estado asume las siguientes responsabilidades con relación al trabajo:

- Promover condiciones para el progreso social y económico. Para tal efecto, tiene la obligación de establecer políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.
- Asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador.
- Asegurar que a ningún trabajador se le obligue a prestar servicios sin retribución compensatoria o sin su libre consentimiento.
- Proteger especialmente la actividad laboral de la madre, el menor de edad y el impedido.

c.3.) Los principios laborales constitucionales

20. Denominase como tales a aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas.

La relación laboral se caracteriza en sí misma por la desigualdad, lo que hace que el empleador devenga en la parte “fuerte” e “imponente” y el trabajador en la parte “débil” e “impotente”.

Mario Pasco Cosmópolis [El principio protector en el proceso laboral. En: *Revista de Iure* N.º 1. Editada por los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1999, p. 77] reconoce dicha situación asimétrica, entre otros, en los campos jurídico y económico.

En efecto, en el campo jurídico sustancial el rasgo más característico de la relación de trabajo es la subordinación y los deberes imputables al trabajador; y en el campo jurídico procesal se constata la capacidad intimidatoria que se puede crear para impedir los reclamos en vía litigiosa y la extensión de la posición predominante en materia de prueba. Asimismo, en el campo económico, la nota más específica es que frente a la propiedad del medio de producción, el trabajador sólo puede exponer su fuerza de trabajo.

Para hacer frente a ello se afirman los principios protectores o de igualación compensatoria, por el cual, reconociéndose la existencia asimétrica de la relación laboral, se promueve por la vía constitucional y legal la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la misma. Al respecto, el artículo 26.º de la Constitución expresa una pluralidad de principios de dicha naturaleza; a saber:

c.3.1. *Indubio pro operario*

21. Hace referencia a la traslación de la vieja regla del derecho romano *indubio pro reo*. Nuestra Constitución exige la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, vale decir que se acredite que a pesar de los aportes de las fuentes de interpretación, la norma deviene indubitablemente en un contenido incierto e indeterminado.

La noción de duda insalvable debe ser entendida como aquella que no puede ser resuelta por medio de la técnica hermenéutica.

El principio *indubio pro operario* será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. *Ergo*, nace de un

conflicto de interpretación, mas no de integración normativa. La noción de “norma” abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc.

Pasco Cosmopolis precisa que la aplicación de este principio debe ajustarse a los siguientes dos requisitos:

- Existencia de una duda insalvable o inexpugnable.
- Respeto a la *ratio juris* de la norma objeto de interpretación (para tal efecto, el aplicador del derecho deberá asignarle un sentido concordante y compatible con la razón de ésta).

El Tribunal Constitucional considera que la aplicación del referido principio está sujeta a las cuatro consideraciones siguientes:

- Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos.
- Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional.
- Obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador.
- Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador.

c.3.2.) La igualdad de oportunidades

22. Hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral. En pureza, plantea la plasmación de la isonomía en el trato previsto implícitamente en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución; el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley.

c.3.3.) Referencia a la regla de no discriminación en materia laboral

23. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo.

Tal como se ha precisado anteriormente, la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales).

La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia.

Al respecto, el artículo 103º de la Constitución compromete al Estado a no dictar leyes por razón de las personas, sino por la naturaleza de las cosas. El artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige a dicho ente no apartarse de sus precedentes judiciales, salvo que existan razones justificadas para ello; y el artículo VII del Título

Preliminar del Código Procesal Constitucional, prescribe que el Tribunal Constitucional sólo podrá apartarse de sus precedentes vinculantes cuando exprese los

fundamentos de hecho y derecho que sustenten la sentencia y las razones del apartamiento del precedente jurisprudencial.

La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.

En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución.

Miguel Rodríguez Piñeiro y Mejía Fernández López [*Igualdad y discriminación*. Madrid, Tecnos, 1986, p. 47] exponen que para establecer si una conducta en una empresa es discriminatoria o una diferenciación es razonable, es necesario precisar cuándo dos situaciones reales son equiparables y cuándo sus similitudes predominan sobre sus diferencias.

La discriminación en materia laboral, *strictu sensu*, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes:

Por acción directa: la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad.

Tal el caso de la negación de acceso al empleo derivada de la opción política o sexual del postulante, por la concesión de mayores beneficios a unos trabajadores sobre otros, por su mera condición de no afiliados a una organización sindical, el despido por el solo hecho del ejercicio de las actividades sindicales, etc.

Por acción indirecta: la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de “lo constitucional”, cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores.

Tal el caso, por ejemplo, de las reglas de evaluación laboral sobre la base de exigencia de conocimientos no vinculados con la actividad laboral del o los trabajadores.

Dichas acciones, proscritas por la Constitución, pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes:

- Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo.
- Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.).

Mediante la Ley N.º 26772, modificada por la Ley N.º 27270, se regulan los actos de discriminación, tanto en el acceso al empleo como en el trato dentro de una relación laboral.

En ese contexto, se proscriben la utilización de criterios de selección que carezcan de una justificación objetiva y razonable; la adhesión a criterios de selección simultáneamente distintos, cuando las situaciones de postulación son idénticas; amén de tratos diferenciados basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, etc.

c.3.4.) La irrenunciabilidad de derechos

24. Hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos [Remotti Carbonell, José Carlos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 18].

En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno.

Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2) del artículo 26.º de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos "(...) derechos reconocidos por la Constitución y la ley".

No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre.

Por otro lado, debe precisarse que un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto, la irrenunciabilidad es sólo operativa en el caso de la segunda.

La norma dispositiva es aquella que opera sólo cuando no existe manifestación de voluntad o cuando ésta se expresa con ausencia de claridad. El Estado las hace valer únicamente por defecto u omisión en la expresión de voluntad de los sujetos de la relación laboral.

Las normas dispositivas se caracterizan por suplir o interpretar una voluntad no declarada o precisar y aclararla por defecto de manifestación; y por otorgar a los sujetos de una relación laboral la atribución de regulación con pleno albedrío dentro del marco de la Constitución y la ley.

Ante este tipo de modalidad normativa, el trabajador puede libremente decidir sobre la conveniencia, o no, de ejercitar total o parcialmente un derecho de naturaleza individual.

Al respecto, puede citarse el caso del derecho a vacaciones contemplado en el Decreto Legislativo N.º 713, en donde se establece que el trabajador tiene derecho a treinta días naturales de descanso remunerado al año y, dentro de ese contexto, por la prerrogativa de la voluntad establecida en dicha norma, este puede disponer hasta de quince días para continuar prestando servicios a su empleador, a cambio de una compensación extraordinaria. Por ende, tiene la capacidad autodeterminativa de decidir un "canje" sobre aquello.

En cambio, la norma taxativa es aquella que ordena y dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese ámbito, el trabajador no puede "despojarse", permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma.

Javier Neves Mujica [*Introducción al derecho laboral*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003, p. 103] manifiesta que el principio de irrenunciabilidad de derechos es

justamente el que prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas, y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar.

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. Es conveniente consignar que una norma jurídica puede contener dentro de su texto, partes taxativas y dispositivas.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia en el caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala vs. Southern Perú Copper Corporation (Expediente N.º 1396-2001-AA/TC), en donde estableció que si “(...) las partes acordaron no solo la duración de la jornada ordinaria de trabajo, será también las jornadas atípicas, situación que, de por sí, no violenta derecho fundamental de los afiliados al Sindicato, sino sólo cuando dicha estipulación sea indebidamente aplicada; de otro lado, lo expuesto no sólo no contradice el principio contenido en el inciso 2) del artículo 26.º de la Constitución, relativo al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, por encontrarse previsto en la misma, como se ha observado, sino también, porque el derecho protegido en la Carta Magna es el relativo a una jornada de trabajo que no excede de las cuarenta y ocho horas semanales (...)”.

c.4.) Los derechos colectivos de los trabajadores según la Constitución

25. Estos hacen referencia a las facultades o atribuciones que ejerce el trabajador en concordancia, unión o asociación con sus pares. En ese contexto viabilizan las actividades de las organizaciones sindicales.

Los artículos 28.º y 29.º de la Constitución identifican los derechos laborales de naturaleza colectiva, a saber:

c.4.1.) La libertad sindical

26. Se la define como la capacidad autoderminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical.

Enrique Álvarez Conde [*Curso de derecho constitucional VI*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 457] señala que “(...) este derecho fundamental (...) debe ser considerado como una manifestación del derecho de asociación, gozando, por tanto, también de la naturaleza de los derechos de participación política”.

Por ende, alude a un atributo directo, ya que relaciona un derecho civil y un derecho político, y se vincula con la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, ya que constitucionaliza la creación y fundamentación de las organizaciones sindicales.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional Español, en la STC 292/1993, precisa que los sindicatos son “(...) formaciones de relevancia social, en la estructura pluralista de una

sociedad democrática”.

En ese contexto, implica un haz de facultades y el ejercicio autónomo de *homois faver -homois politicus*, referido a aspectos tales como:

- El derecho a fundar organizaciones sindicales.

- El derecho de libre afiliación, desafiliación y reafiliación en las organizaciones sindicales existentes.
- El derecho a la actividad sindical.
- El derecho de las organizaciones sindicales a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes le asignen, en defensa de los intereses de sus afiliados. Ello comprende la reglamentación interna, la representación institucional, la autonomía en la gestión, etc.
- El derecho a que el Estado no interfiera –salvo el caso de violación de la Constitución o la ley- en las actividades de las organizaciones sindicales.

c.4.2.) Los alcances de la libertad sindical

27. Esta facultad se manifiesta en dos planos: el intuitu persona y el plural.

La libertad sindical *intuitu persona* plantea dos aspectos:

- Aspecto positivo: Comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos. Dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical.
- Aspecto negativo: Comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafilarse de una organización sindical.

La libertad sindical plural plantea tres aspectos:

- Ante el Estado: Comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical.
- Ante los empleadores: Comprende el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales.
- Ante las otras organizaciones sindicales: Comprende la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, etc.

La libertad sindical *intuitu persona* se encuentra amparada genéricamente por el inciso 1 del artículo 28.º de la Constitución. Empero, una lectura integral de dicho texto demuestra que se encuentran excluidos de su goce los siguientes componentes del Estado peruano:

- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42.º de la Constitución).
- Los miembros del Ministerio Público y del Órgano Judicial (artículo 153.º de la Constitución).
- Los miembros de la Administración Pública, con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza o dirección (artículo 42.º de la Constitución).

c.4.3.) La Constitución y los sindicatos

28. El sindicato es una organización o asociación integrada por personas que, ejerciendo el mismo oficio o profesión, o trabajando en un mismo centro de labores, se unen para alcanzar principalmente los siguientes objetivos:

- Estudio, desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses de sus miembros.
- Mejoramiento social, económico y moral de sus miembros.

Entre los principales fines y funciones que nuestra legislación establece para los sindicatos en el ámbito de la legislación privada, se tienen los siguientes:

- Representar al conjunto de trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, en los conflictos, controversias o reclamaciones de naturaleza colectiva.
- Celebrar convenciones colectivas de trabajo y, dentro de ese contexto, exigir su cumplimiento.
- Representar o defender a sus miembros a su solicitud, en las controversias o reclamaciones de carácter individual.
- Promover la creación de organismos de auxilio y promoción social de sus miembros (cooperativas, cajas-fondos, etc.).
- Promover el mejoramiento cultural, así como la educación general, técnica y gremial de sus miembros.

Para ser miembro de un sindicato, la legislación del régimen privado exige lo siguiente:

- Ser trabajador de la empresa, profesión u oficio que corresponda según el tipo de sindicato y, dentro de ese contexto, haber superado el período de prueba.
- No formar parte del personal de dirección ni desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto de la empresa expresamente lo admita.
- No encontrarse afiliado a otro sindicato.

En el caso de los sindicatos del sector público, la Ley N.º 27556 creó el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos. Así como el D.S. N.º 003-82-PCM del 22 de enero de 1982, relativo a las organizaciones sindicales de los servidores.

c.4.4.) El convenio colectivo

29. Se le define como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales. En puridad, emana de una autonomía relativa consistente en la capacidad de regulación de las relaciones laborales entre los representantes de los trabajadores y sus empleadores.

El convenio colectivo permite la facultad de autorregulación entre trabajadores y empleadores, a efectos de reglamentar y administrar por sí mismos sus intereses en conflicto. Surge de la negociación llevada a cabo entre el empleador o una organización de empleadores y una o varias organizaciones sindicales, con miras a ordenar y regular las relaciones laborales. En la doctrina aparece bajo varias denominaciones; a saber, contrato de paz social, acuerdo corporativo, pacto de trabajo, etc.

Esta convención es establecida por los representantes de los trabajadores expresamente elegidos y autorizados para la suscripción de acuerdos y por el empleador o sus representantes.

La convención colectiva -y, más precisamente, su producto, el convenio colectivo, que contiene normas jurídicas- constituye un instrumento idóneo para viabilizar la promoción de la armonía laboral, así como para conseguir un equilibrio entre las exigencias sociales de los trabajadores y la realidad económica de la empresa.

c.4.4.1.) Los elementos del convenio colectivo

30. Los elementos de este instituto son:

- Los agentes negociadores.
- El contenido negocial.
- La fuerza normativa y la eficacia de la convención colectiva.

c.4.4.2.) Las características del convenio colectivo

31. Entre las principales características se cuentan las siguientes:

- La supraordinación del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo; ello en virtud a que el primero puede modificar los aspectos de la relación laboral pactada a título individual, siempre que sea favorable al trabajador.
- La aplicación retroactiva de los beneficios acordados en el convenio, dado que rige desde el día siguiente de la caducidad del convenio anterior o en su defecto desde la fecha de presentación del pliego de reclamos; a excepción de las estipulaciones que señalan plazo distinto o que consisten en obligaciones de hacer o de dar en especie, que rigen desde la fecha de su suscripción.
- Los alcances del convenio tienen una duración no menor de un año.
- Los alcances del convenio permanecen vigentes hasta el vencimiento del plazo, aun cuando la empresa fuese objeto de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio, etc.

c.4.4.3.) Tipología del convenio colectivo

32. Desde un punto de vista doctrinario, se presentan los dos modelos siguientes:

- El modelo vertical: La normatividad estatal limita en términos bastante específicos el poder negocial de los trabajadores y empleadores.
- El modelo horizontal: La normatividad estatal deja en gran medida a la discrecionalidad de las partes de la relación negocial, los alcances de las convenciones colectivas.

Podemos afirmar, con los matices necesarios, que en nuestro país el modelo horizontal es aplicable al régimen privado y el vertical al público.

c.4.4.4.) El carácter y alcance del convenio colectivo

33. La Constitución de 1979 declaraba que la convención colectiva tenía fuerza de ley entre las partes. Ello implicaba lo siguiente:

- El carácter normativo del convenio colectivo, que lo convertía en un precepto especial del derecho laboral.
- Su alcance de norma con rango de ley.

En cambio, el inciso 2 del artículo 28° de la Constitución actual señala que las convenciones colectivas tienen fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. En tal sentido, la fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado obliga:

- A las personas celebrantes de la convención colectiva.
- A las personas representadas en la suscripción de la convención colectiva.

- A las personas que se incorporen con posterioridad a la celebración de la convención colectiva.

Esta noción (ámbito vinculante en el ámbito de lo concertado), ha sido recogida de la Constitución española de 1978, y se la concibe como referente del carácter normativo del acuerdo laboral. Tal como refiere Javier Neves Mujica, [*Introducción al derecho laboral*. Lima; PUCP, 2003], esto implica la aplicación automática de los convenios colectivos a las relaciones individuales comprendidas en la unidad negociadora correspondiente, sin que exista la necesidad de su posterior recepción en los contratos individuales, así como su relativa imperatividad frente a la autonomía individual, la que sólo puede disponer su mejora pero no su disminución.

Cabe señalar que la fuerza vinculante para las partes establece su obligatorio cumplimiento para las personas en cuyo nombre se celebró, así como para los trabajadores que se incorporaron con posterioridad a las empresas pactantes, con excepción de quienes ocupen puestos de dirección o desempeñen cargos de confianza.

En suma: dentro del contexto anteriormente anotado, la fuerza vinculante implica que en la convención colectiva las partes pueden establecer el alcance y las limitaciones o exclusiones que autónomamente acuerden con arreglo a ley.

De conformidad con lo establecido en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la convención caduca automáticamente cuando venza del plazo fijado, salvo en aquellos casos en que las partes celebrantes hubieren acordado expresamente su renovación o prórroga.

Para el caso del sector público rige el Convenio N.º 151 de la OIT, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, así como el D.S. N.º 003-82-PCM del 22 de enero de 1982, relativo a las organizaciones sindicales de los servidores públicos y a los procedimientos para determinar las condiciones de empleo.

c.4.4.5.) El caso del convenio colectivo articulado (rama de actividad)

34. Dicha modalidad, que se aplica en el régimen privado, consiste en la celebración de un acuerdo de carácter nacional o rama de actividad, a efectos de poder uniformizar un tipo específico de relación laboral, así como para salvaguardar el ejercicio de este derecho en favor de los trabajadores en aquellos casos en que ésta sea la única forma posible de negociación colectiva.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el Caso Cámara Peruana de la Construcción -CAPECO vs. Ministerio de Trabajo (Expediente N.º 0261-2003-AA/TC), ratificó la validez de la implementación del convenio colectivo articulado para el caso de los Trabajadores de Construcción Civil, debido a la imposibilidad de tales trabajadores de acceder a la negociación y acuerdo concertado, siempre que no sea a través del pliego de reclamos por rama de actividad.

c.4.5.) La intervención de terceros en la solución de los conflictos laborales

35. A tenor del inciso 2 del artículo 28.º de la Constitución, la intervención del Estado o de entes o personas de la sociedad civil en el régimen privado deben observar dos aspectos muy concretos, a saber:
 - Fomentar el convenio colectivo.

- Promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales en caso de existencia de discrepancias entre los agentes negociadores de la convención colectiva.
En cuanto al primer aspecto, el fomento se viabiliza a través de la expedición de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para el caso de la actividad privada.
En cuanto al segundo, la promoción se viabiliza según la norma anotada, a través de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje.
Esta promoción se justifica en razón de las dos consideraciones siguientes:
 - Asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo, de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica.
 - Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral.
36. La conciliación se define como el acto de ajustar o componer los ánimos de las partes, que tienen posturas opuestas entre sí. La conciliación laboral en el ámbito privado se gesta cuando las partes negociadoras de una convención informan a la Autoridad de Trabajo la terminación de la negociación colectiva, por la existencia de una abierta discrepancia sobre la totalidad o parte de las materias objeto del conflicto. Dentro de ese contexto, solicitan el impulso de dicho procedimiento.
- Más aún, la legislación nacional prevé que aun cuando las partes no promovieran el procedimiento de conciliación, la Autoridad de Trabajo tiene facultades para gestarlo de oficio.
- Se trata de una forma interventiva de solución pacífica del conflicto laboral – acentuado por el fracaso de la negociación directa entre los representantes de los empleadores y de los trabajadores–, que consiste en que un tercero neutral (el Estado) interpone sus “buenos oficios” induciendo a las partes a zanjar sus diferencias y ayudándolos a encontrar una solución satisfactoria para ambos; vale decir, se propende a que alcancen por sí mismos un acuerdo que ponga fin al conflicto.
- La labor conciliadora consiste en apaciguar y frenar la confrontación. Atenuar las diferencias, propiciar un diálogo constructivo y sugerir vías de entendimiento.
- Las principales características de la labor conciliadora son:
- Flexibilidad: Se promueve con prescindencia de acciones carentes de complejidad y rigidez a efectos de alcanzar la búsqueda de una solución.
 - Rapidez: Se promueve con celeridad y prontitud en aras de evitar la prolongación del conflicto.
 - Reserva: Se promueve con sigilo y discreción en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.
 - Decisividad: Se promueve en aras de alcanzar un acuerdo que suponga la solución encontrada por las partes, produciendo efectos homólogos a una sentencia, laudo o resolución.
- El conciliador –que puede ser un particular o un funcionario del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo– desempeña un papel activo en la promoción del avenimiento de las partes.

En puridad, el conciliador interpone sus “buenos oficios” a efectos de que las partes se avengan a encontrar por sí mismas el acuerdo que ponga fin al conflicto.

37. La mediación es el acto de interposición de fórmulas de avenimiento a la solución del conflicto. La mediación laboral, en el ámbito privado, se gesta cuando los agentes negociadores solicitan o autorizan específicamente al conciliador la presentación de una o varias propuestas de solución.

El tercero interviniente en la solución del conflicto juega como mediador un rol más activo que como conciliador, en razón de que directamente sugiere las propuestas de solución.

La mediación se produce de una forma interventiva, a través de la cual un tercero neutral propone, a pedido de las partes en conflicto, alternativas de solución. Estas pueden ser aceptadas o desestimadas por los agentes negociadores.

Entre las principales características de la mediación se tiene:

- Propositividad: Dicha actividad no sólo consiste en acercar a las partes en conflicto, sino que a petición de estos se expone, sugiere y formula una vía de solución.
- Solemnidad: Se lleva a cabo de manera formal y ritualista.
- Reserva: Se lleva a cabo con sigilo y discusión, en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.
- Decisividad: En caso de alcanzar éxito, la solución aceptada por los agentes negociadores produce efectos homólogos a una sentencia, laudo o resolución.

38. El arbitraje se define como el acto de resolución extrajudicial de un conflicto laboral. El arbitraje laboral, en el ámbito privado, se logra cuando los actos de conciliación o mediación no han solucionado el conflicto. Dentro de ese contexto, los agentes negociadores deciden someter el diferendo a arbitraje.

El arbitraje puede estar a cargo de un árbitro impersonal, un tribunal *ad hoc*, la Autoridad de Trabajo, etc.

Se trata de una forma interventiva a través de la cual un tercero neutral establece, por medio de un laudo, la solución del conflicto.

Entre las principales características del arbitraje aparecen las siguientes:

- Autonomía: Se despliega dentro del marco de la Constitución y la ley con plena capacidad y competencia para resolver el conflicto.
- Solemnidad: Se lleva a cabo de manera formal y ritualista.
- Reserva: Se lleva a cabo con sigilo y discreción en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.
- Vinculatoriedad: Genera consecuencias jurídicas obligatorias para las partes comprometidas en el arbitraje.

El arbitraje puede surgir como consecuencia de una sumisión voluntaria, en donde las partes en conflicto, a través de sus negociadores, acuden a un tercero neutral para la solución del conflicto; o de una sumisión obligatoria en donde las partes quedan vinculados a los resultados de un arbitraje por mandato de la ley.

39. El laudo que se expide como consecuencia del arbitraje tiene carácter de inimpugnable e imperativo. No obstante, nuestra legislación permite excepcionalmente la impugnación judicial del laudo en los dos casos siguientes:
- Por vicio de nulidad.
 - Por establecer menores derechos a los contemplados por la ley en favor de los trabajadores.

c.4.6) La huelga

40. Este derecho consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo.

Por ende, huelguista será aquel trabajador que ha decidido libremente participar en un movimiento reivindicatorio.

Por huelga debe entenderse, entonces, al abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales, la cual, dentro de determinadas condiciones, se encuentra amparada por la ley.

Enrique Álvarez Conde [*Curso de Derecho Constitucional VI*. Madrid: Tecnos, 1999, pág. 466] refiere que se trata de una “(...) perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de voluntades por parte de los trabajadores”.

Mediante su ejercicio los trabajadores, como titulares de dicho derecho, se encuentran facultados para desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contratuales, a efectos de poder alcanzar la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas o laborales. Por ello, debe quedar claramente establecido que la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores.

En puridad, la huelga es una manifestación de fuerza, respaldada por el derecho, tendente a defender los legítimos intereses de los trabajadores.

Al respecto, tal como expone Álvarez Conde [ob.cit, pág. 466] “(...) la huelga tiende a establecer el equilibrio entre partes con fuerza económicamente desiguales”.

En ese sentido, como bien refiere Francisco Fernández Segado [*El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992] “(...) la experiencia secular ha mostrado su necesidad para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socio-económicos”.

Debe advertirse que la huelga no es un derecho absoluto, sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos.

En aquellos casos en que no exista legislación sobre la materia, tal ausencia no puede ser esgrimida como impedimento para su cabal efectivización por parte de los titulares de este derecho humano.

El ejercicio del derecho de huelga presupone que se haya agotado previamente la negociación directa con el empleador, respecto de la materia controvertible.

c.4.6.1.) La titularidad del derecho de huelga

41. La doctrina tiene opiniones dispares sobre este punto, ya sea respecto a la titularidad de los trabajadores en sentido lato o a la de los trabajadores adscritos a una organización sindical.

Este Colegiado estima que, de conformidad con lo establecido en los artículos 72.º y 73.º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo N.º 010-2003-TR), su ejercicio corresponde a los trabajadores en sentido lato, aunque sujeto a que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determina la ley y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical.

Al respecto, Fernando Elías Mantero [*Derecho Laboral –Relaciones Colectivas de Trabajo*. Lima: Ius Editores, p. 278] señala que su ejercicio corresponde a los trabajadores en general; es decir, que son ellos y no la asamblea sindical los que acuerdan la huelga. Añadamos, en el ámbito respectivo.

Entre las atribuciones vinculadas al derecho de huelga aparecen las siguientes:

- Facultad de ejercitar o no ejercitar el derecho de huelga.
- Facultad de convocatoria dentro del marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, también cabe ejercitar el atributo de su posterior desconocatoria.
- Facultad de establecer el petitorio de reivindicaciones; las cuales deben tener por objetivo la defensa de los derechos e intereses socio-económicos o profesionales de los trabajadores involucrados en la huelga.
- Facultad de adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la Constitución y la ley.
- Facultad de determinar la modalidad de huelga; esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado.

Desde una perspectiva doctrinaria avalada por la jurisprudencia más avanzada se acepta que la huelga debe ser convocada tomándose en consideración lo siguiente:

- La existencia de proporcionalidad y carácter recíproco de las privaciones y daño económico para las partes en conflicto.
- La constatación de que no se haya impuesto a los trabajadores discrepantes con la medida de fuerza acordada la participación en la huelga.

c.4.6.1.) Las limitaciones del ejercicio del derecho de huelga

42. La Constitución señala textualmente que se encuentran impedidos de ejercer el derecho de huelga:

- Los funcionarios de la Administración Pública con poder de decisión o con cargo de confianza o de dirección (artículo 42.º de la Constitución).
- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42.º de la Constitución).
- Los miembros del Ministerio Público y del Órgano Judicial (artículo 153.º de la Constitución).

Debe anotarse que el inciso 3 del artículo 28.º de la Constitución señala, por equívoco conceptual, que la huelga debe ejercerse en armonía con el interés social.

En el campo del derecho público es evidente la diferencia conceptual entre el interés público y el interés social. Este último se utiliza como medida tuitiva en favor de sectores económico-sociales que soportan condiciones desventajosas de vida.

En rigor, la huelga debe ejercerse en armonía con el interés público, que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto.

El Tribunal Constitucional deja constancia de ello, en razón a las atribuciones estipulativas que contienen sus decisiones jurisdiccionales.

d) Evaluación de la constitucionalidad de los artículos impugnados

43. Después de haber precisado el parámetro constitucional de la función pública y del trabajo, corresponde evaluar, conforme a dicho marco, si las normas impugnadas vulneran los artículos de la Constitución que alegan los demandantes.

d.1.) La carrera administrativa como bien jurídico constitucional

44. Los demandantes sostienen que el artículo 15.º de la Ley Marco del Empleo Público omite incluir el derecho de los servidores públicos a la carrera administrativa que la Constitución Política del Estado garantiza en su artículo 40º.

Por su parte, el Apoderado del Congreso afirma que dicha ley se refiere a los derechos del empleado público con carácter general, y no a los derechos de los servidores públicos en particular, que son los comprendidos en la carrera administrativa conforme al artículo 40º de la Constitución.

El artículo 40.º de la Constitución dispone que la “Ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza (...)”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que el texto constitucional reconoce la existencia de una carrera administrativa para los servidores públicos, pero también que el ingreso a ella y los derechos, deberes y responsabilidades serán regulados por ley. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador.

45. Ahora bien, conforme al artículo 40º de la Constitución, la carrera administrativa comprende a los servidores públicos, pero no a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. El artículo 4.º de la Ley N.º 28175, en concordancia con el artículo constitucional citado, clasifica a los servidores civiles del Estado en:

- Funcionarios públicos, que pueden ser de elección popular directa y universal o confianza política originaria, de nombramiento y remoción regulados y de libre nombramiento y remoción.
- Empleados de confianza.
- Servidores públicos. Estos se clasifican en directivo superior, ejecutivo, especialista y de apoyo.

Como puede observarse, la regulación de la Ley Marco del Empleo Público es general, pues se limita a clasificar al personal civil del empleo público en diversas categorías conforme al marco constitucional del artículo 40.º.

En efecto, la ley agrupa y establece las características básicas de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa y de los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza.

46. Por su parte, el artículo 15.º de la Ley N.º 28175 regula con carácter general una serie de derechos comunes a las diversas categorías de servidores civiles del Estado a que se refieren el artículo 40.º de la Constitución y el artículo 4.º de la ley impugnada. En ese sentido, la misma ley, en su segunda disposición transitoria, complementaria y final, estableció la obligación por parte del Ejecutivo de remitir al Congreso de la República, entre otras, las propuestas legislativas para la Ley de Carrera del servidor público y la Ley de los funcionarios públicos y empleados de confianza.

Conforme obra en autos, el Poder Ejecutivo, con fecha 23 de junio de 2004, se encargó de remitir al Congreso de la República, entre otros, el proyecto de Ley de Carrera Administrativa del Servidor Público, que actualmente se encuentra en debate y que regulará en detalle el ingreso, los derechos, los deberes y responsabilidades de los servidores públicos en el desempeño de la carrera administrativa.

Por tanto, el artículo 15.º de la Ley N.º 28175 no vulnera el artículo 40.º de la Constitución, ya que el precepto cuestionado no tiene por objeto regular exclusivamente los derechos de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sino los derechos básicos de los empleados públicos en general. Por lo demás, los derechos específicos de los servidores públicos comprendidos en la carrera administrativa actualmente están regulados por el Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público; y, de acuerdo a la segunda disposición transitoria, complementaria y final de la Ley N.º 28175 corresponderá al Congreso de la República aprobar una nueva Ley de la Carrera Administrativa que se encargará de regular los derechos específicos de los servidores públicos comprendidos en dicho régimen.

d.2.) Derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva de los servidores públicos conforme a la Constitución

47. Los demandantes alegan que el artículo 15º de la ley impugnada vulnera los derechos de sindicación y huelga debido a que el texto del artículo no los enumera expresamente.

El Apoderado del Congreso manifiesta que el hecho de que la Ley Marco del Empleo Público no declare los derechos de sindicación y huelga no implica, en modo alguno, que los desconozca, ya que estos se encuentran reconocidos por la Constitución, los Convenios Internacionales de Protección de los Derechos Humanos y la Ley N.º 27556, que crea el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos.

El Tribunal Constitucional no comparte el argumento de los demandantes. El artículo 15.º de la Ley N.º 28175, referido a la enumeración de derechos del empleado público en general, establece que: “El empleado público, sin excluir otros que le otorgan la Constitución y las leyes, tiene derecho a: (...)”. El artículo impugnado es una norma de remisión que, lejos de restringir o violar derechos para los empleados

públicos, los amplía. En efecto, no es una condición indispensable para la vigencia de los derechos constitucionales que tengan que ser reiterados y consignados repetidamente en la ley.

48. La Constitución es una norma jurídica vinculante y los derechos que reconoce pueden ser directamente aplicados. Al respecto, este Tribunal ha declarado que la Constitución “(...) no es solo “una” norma, sino, en realidad, un “ordenamiento”, que está integrado por el Preámbulo, sus disposiciones con numeración romana y arábica, así como por la Declaración sobre la Antártida que ella contiene. Toda ella comprende e integra el documento escrito denominado ‘Constitución Política de la República del Perú’ y, desde luego, toda ella posee fuerza normativa (...)”. (Caso sesenta y cuatro Congresistas de la República contra los artículos 1°, 2°, 3.°, y la primera y segunda disposición final y transitoria de la Ley N.° 26285, Exp. N.° 005-2003-AI/TC, fundamento 21).

La Constitución reconoce los derechos de sindicación y huelga para los trabajadores, derechos que también son aplicables a los empleados públicos con las limitaciones que la propia Constitución establece. Así, el artículo 42.° de la Constitución prescribe que se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos, aunque precisando que los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, no son titulares de tales derechos.

49. El artículo 15.° de la Ley N.° 28175 reconoce algunos derechos de los empleados públicos en general, es decir, a los servidores públicos y a los funcionarios del Estado con poder de decisión, de manera que la regulación específica del ejercicio de los derechos de sindicación y huelga para los servidores públicos corresponderá a la ley que regule la carrera administrativa de los servidores públicos conforme a la segunda disposición transitoria de la Ley N.° 28175 o a una ley especial.

En el mismo sentido, el artículo cuestionado también remite a otras leyes que pudieran reconocer otros derechos. Al respecto, el Apoderado del Congreso de la República se ha encargado de recordar que esta remisión, entre otras, se refiere a la Ley N.° 27556, que crea el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional considera que el uso de la técnica legislativa de la remisión no vulnera los derechos constitucionales alegados por los demandantes, puesto que las normas que componen nuestro ordenamiento jurídico son complementarias.

50. Lo mismo podemos decir de los tratados internacionales. En efecto, conforme al artículo 55° de la Constitución, los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico. En ese sentido, por el hecho de que una ley no se refiera a ellos o que no regule las mismas materias, no se dejarán de aplicar los tratados internacionales que reconocen derechos a los empleados públicos, puesto que son normas jurídicas válidas y vinculantes dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Igualmente, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Norma Suprema, los tratados internacionales en materia de derechos humanos deberán aplicarse para la interpretación de los derechos y libertades que la Constitución consagra en materia laboral. En efecto, los derechos laborales de los servidores aludidos por los demandantes, deberán interpretarse de conformidad con lo dispuesto

por el artículo 9.º del Convenio 87 relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación; por el artículo 8.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y por el artículo 8.º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o “Protocolo de San Salvador”, entre otros.

Por tanto, el artículo 15.º de la Ley N.º 28175 no vulnera los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos reconocidos en los artículos 28.º y 42.º de la Constitución.

51. Los demandantes afirman que el numeral 10 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175 vulnera el derecho a la negociación colectiva, ya que establece que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado. Añaden que esta norma hace imposible la realización de las convenciones colectivas en el sector público, vulnerando de este modo la libertad sindical, pues la normatividad presupuestal no contempla la participación de los trabajadores sindicalizados y, por tanto, no se previene la solución de pliegos de reclamos.

El Apoderado del Congreso manifiesta que la previsión presupuestal no viola los derechos alegados, puesto que ésta deriva del principio constitucional de legalidad presupuestaria y lo único que se pretende es que los gastos relativos al empleo público estén autorizados y presupuestados.

El artículo 28.º de la Constitución dispone que el Estado reconoce el derecho a la negociación colectiva, cautela su ejercicio democrático, fomenta la negociación colectiva, y que la convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

Al respecto, este Colegiado anteriormente ha señalado que “(...) el derecho constitucional a la negociación colectiva se expresa principalmente en el deber del Estado de fomentar y estimular la negociación colectiva entre los empleadores y trabajadores, conforme a las condiciones nacionales, de modo que la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado” (Caso COSAPI S.A., Exp. N.º 0785-2004-AA/TC, fundamento 5).

52. Para ser titular de este derecho existe una condición previa que se deriva del carácter colectivo de la negociación, de manera que los titulares deberán ser los sindicatos, las organizaciones representativas de los trabajadores o los representantes de los trabajadores.

En ese sentido, la Constitución reconoce en su artículo 42.º el derecho de sindicación de los servidores públicos. Consecuentemente, las organizaciones sindicales de los servidores públicos serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece el mismo artículo 42º, a saber los funcionarios del Estado con poder de decisión, los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Por ello, para una adecuada interpretación del ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, debemos tener presente el Convenio N.º 151.º de la OIT relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones del empleo en la administración pública.

53. Dicho Convenio establece en su artículo 7.º que deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos en torno a las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

En el caso del Perú, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, a través de sus organizaciones sindicales, como cualquier otro derecho, no es absoluto y está sujeto a límites.

En efecto, dentro de las condiciones nacionales a que hace referencia el Convenio 151.º, la Constitución establece determinadas normas relativas al presupuesto público. En efecto, a tenor de los artículos 77.º y 78.º de la Norma Suprema, el presupuesto

asigna equitativamente los recursos públicos, y su proyecto debe estar efectivamente equilibrado.

Consecuentemente, si el empleador de los servidores públicos es el Estado a través de sus diferentes dependencias, las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución deben ser cumplidas en todos los ámbitos del Estado.

Por ello, en el caso de las negociaciones colectivas de los servidores públicos, éstas deberán efectuarse considerando el límite constitucional que impone un presupuesto equilibrado y equitativo, cuya aprobación corresponde al Congreso de la República, ya que las condiciones de empleo en la administración pública se financian con recursos de los contribuyentes y de la Nación.

54. Por otro lado, una negociación colectiva en el ámbito laboral implica contraponer posiciones, negociar y llegar a un acuerdo real que ambas partes puedan cumplir. En tal sentido, no porque la ley disponga que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado se vulnera el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical.

En efecto, precisamente después de los acuerdos logrados mediante la negociación colectiva, conforme a la legislación vigente para los servidores públicos, los que tengan incidencia económica se podrán autorizar y programar en el presupuesto.

Por tanto, este Tribunal Constitucional estima que el numeral 10 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175 no vulnera el derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, ya que dicha norma es compatible con los límites constitucionales que en materia presupuestaria prevé la Constitución.

d.3.) Cuestiones relativas a la relación laboral de los empleados públicos en el marco de la Constitución

55. Los demandantes consideran que el inciso d) del artículo 16º de la ley impugnada introduce la figura del contrato de trabajo, propia de los trabajadores privados, para el caso de los empleados públicos, vulnerándose con ello el derecho a la carrera administrativa. Al respecto, como ya se ha establecido anteriormente, el artículo 40.º de la Constitución reconoce a la carrera administrativa como un bien jurídico

constitucional, precisando que por ley se regularán el ingreso, los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores.

Por consiguiente, siendo la carrera administrativa un bien jurídico constitucional que debe ser garantizado por el legislador, el Tribunal Constitucional estima que el inciso cuestionado, referido a las obligaciones de los empleados públicos, sólo será constitucional en la medida que el contrato de trabajo y las fuentes normativas del empleo público, previsto en él, se apliquen a los empleados de confianza a que se refiere la ley, mientras que, para el caso de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sólo estarán sujetos a las fuentes normativas del empleo público, no siéndoles de aplicación la disposición referida al contrato de trabajo.

56. Los demandantes alegan que la última parte del numeral 8 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175, relativo a los principios que rigen el empleo público, viola el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, precepto contenido en el artículo 26.º de la Constitución.

El numeral cuestionado, sobre principios de derecho laboral, dispone que rigen en las relaciones individuales y colectivas del empleo público los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la interpretación más favorable al trabajador en caso de duda. Asimismo, establece que en la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio.

La parte de la norma cuestionada cuya inconstitucionalidad se alega, no se relaciona con el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, ya que este precepto constitucional es de obligatorio cumplimiento al momento de interpretarse una norma.

La disposición cuestionada se refiere a una regla que puede ser aplicada al conflicto de principios laborales de orden legal.

57. El Tribunal Constitucional considera que cuando la ley prevé que se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio, no impone una obligación absoluta, sino únicamente la afirmación de que se deben hacer los esfuerzos necesarios para arribar a ellas. Empero, si en caso ello no fuera posible, tendrá que primar alguno de los principios laborales a que alude la norma cuestionada según sea el caso concreto.

De otro lado, estima que, en ambos casos, cualquiera sea la solución a la que se arribe, tratándose de relaciones de empleo público, individuales o colectivas, donde se encuentren en juego derechos constitucionales, la solución a la colisión de principios deberá efectuarse conforme al artículo 23.º de la Constitución, que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Por lo expuesto, la norma cuestionada sólo será constitucional siempre y cuando se interprete conforme al presente fundamento.

58. Los demandantes alegan que el inciso c) del artículo 22.º de la Ley N.º 28175, al consagrar el mutuo disenso como causal de la terminación del empleo público, vulnera el principio constitucional del carácter irrenunciable de los derechos

reconocidos por la Constitución y la ley, el cual está consagrado en el numeral 2 del artículo 26.º de la Constitución.

En efecto, dicho artículo constitucional reconoce que en la relación laboral se respetará tal principio que consagra, con carácter general, no sólo el respeto de los derechos de carácter laboral sino de otros derechos y libertades reconocidos por la Constitución y la ley. A su turno, el artículo 103.º de la Constitución dispone que la ley se deroga por otra ley y que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos.

Por tanto, es coherente afirmar que para que sea posible la aplicación del artículo 26º de la Constitución, debe existir una relación laboral y que el trabajador no podrá renunciar, o disponer, cualquiera sea el motivo, de los derechos y libertades que la Constitución y leyes vigentes al momento de la relación laboral le reconocen.

59. En el caso de la incorporación del mutuo disenso como causal de terminación del empleo público, el Tribunal Constitucional considera que tal regulación no viola dicho principio, porque con esta causal no se obliga al trabajador público a renunciar o disponer de sus derechos previstos en la Constitución y la ley.

El mutuo disenso permite iniciar una negociación a fin de poner término a la relación laboral, sea en el ámbito público o privado, la misma que siempre dependerá del acuerdo de ambas partes. *Ergo*, no cabe aplicar la figura del mutuo disenso cuando el trabajador o empleado público no acepte acceder a la terminación del vínculo laboral en dicho contexto.

En efecto, bajo el actual sistema legal, los servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada pueden concluir su relación laboral por la causal de mutuo disenso conforme lo establece el inciso d) del artículo 16º del D.S. N.º 003-97-TR. Los servidores públicos sujetos al régimen legal del Decreto Legislativo N.º 276, que como este Colegiado ha expresado en reiterada jurisprudencia, constituye el estatuto de los servidores públicos y gozan de estabilidad laboral, también pueden optar por el mutuo disenso como una forma de término del empleo público, si así lo consideran, sin que ello signifique una modificación del régimen de estabilidad laboral del que gozan los servidores públicos reconocido por el Decreto Legislativo N.º 276.

Un trabajador público que en vez de renunciar opta por el mutuo disenso puede obtener una serie de incentivos o ventajas de carácter económico, laboral o previsional, entre otros, dentro del marco de la Constitución y la Ley. Por lo demás, en el supuesto de que existiese algún vicio de la voluntad del trabajador en la celebración del mutuo disenso, como la violencia o intimidación, entre otras, el acuerdo no tendrá efectos jurídicos. En tal sentido, acreditado el vicio de la voluntad los funcionarios responsables quedarán sujetos a las penalidades que contempla la legislación penal, administrativa, laboral y civil correspondiente.

Por tanto, la causal del inciso c) del artículo 22º de la Ley N.º 28175 no vulnera el numeral 2 del artículo 26.º de la Constitución, ya que en dicho supuesto el empleado público no renuncia a ningún derecho.

VII. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el numeral 10 del Artículo IV del Título Preliminar, artículo 15°, e inciso c) del artículo 22 de la Ley N.° 28175.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el numeral 8 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.° 28175, debiéndose interpretar dicho precepto conforme al fundamento 57 de la presente sentencia, en el sentido que tratándose de relaciones de empleo público, individuales o colectivas, donde se encuentren en juego derechos constitucionales, la solución a la colisión de principios deberá efectuarse conforme al artículo 23.° de la Constitución, que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el inciso d) del artículo 16° de la Ley N.° 28175, debiéndose interpretar dicho precepto conforme al fundamento 55 de la presente sentencia en el sentido que el inciso cuestionado, sólo será constitucional en la medida que el contrato de trabajo y las fuentes normativas del empleo público, previsto en él, se apliquen a los empleados de confianza a que se refiere la ley, mientras que, para el caso de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sólo estarán sujetos a las fuentes normativas del empleo público, no siéndoles de aplicación la disposición referida al contrato de trabajo.
4. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que con el carácter de prioritario y urgente apruebe, en la presente legislatura, las leyes complementarias a la Ley Marco del Empleo Público a fin de iniciar la uniformidad, equidad y modernización del empleo público, elemento fundamental para un adecuado funcionamiento de la Administración Pública.
5. **DECLARAR** que, de acuerdo a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, los derechos laborales de los trabajadores, como los de sindicación, negociación colectiva y huelga previstos en el artículo 28° de dicho texto, deberán interpretarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 8° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o "Protocolo de San Salvador"; el Convenio 87 de la OIT relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación; el artículo 6° del Convenio N.° 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva; y el Convenio N.° 151 de la OIT, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, entre otros tratados de derechos humanos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

VERGARA GOTELLI

LANDA ARROYO

EXP. N.º 661-04-AA/TC

JUNÍN-LA MERCED

BLANCA ESTRELLA

CÁRDENAS DE LA TORRE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de agosto de 2004, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con asistencia de los señores magistrados Bardelli Lartirigoyen, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Blanca Estrella Cárdenas de la Torre contra la resolución de la Segunda Sala Mixta Descentralizada de La Merced, de fojas 314, su fecha 6 de octubre de 2003, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente, con fecha 20 de enero de 2003, interpone acción de amparo contra el Alcalde, el Director Municipal y el pleno del Concejo Municipal de la Municipalidad Distrital del Perené, con el objeto que se la reponga en el cargo que venía desempeñando. Refiere que mediante Resolución de Alcaldía N.º 318-98-AL/MDP, de fecha 21 de diciembre de 1998, fue nombrada como servidora pública, después de participar en un concurso interno de plazas vacantes del área de Tesorería; y que, no obstante ello, los demandados, mediante Resolución de Concejo N.º 005-2003-MDP, de fecha 13 de enero de 2003, declararon nulo su nombramiento y dieron por concluido la designación en el cargo que venía desempeñando, violándose de esta manera sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo, de defensa y a la no discriminación.

Los emplazados proponen la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, aduciendo que la recurrente no interpuso los recursos impugnativos contra la Resolución cuestionada. Sostienen que la actora no tiene la condición de servidora pública, sino que era funcionaria de confianza; y que su nombramiento se efectuó contraviniendo la Ley N.º 26771, que establece la prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público en casos de parentesco, y la Ley N.º 26894, de Presupuesto para el año 1998.

El Juzgado Especializado Civil de la Merced-Chanchamayo, con fecha 5 de junio de 2003, declaró fundada la demanda, considerando que la recurrente ocupaba un puesto permanente, y que sólo podía ser separada de su puesto previo proceso ajustado a ley.

La recurrida revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, estimando que la demandante optó por impugnar la resolución cuestionada, de modo que no podía ejercer paralelamente la acción de amparo.

FUNDAMENTOS

1. Para declarar la improcedencia de la demanda la recurrida fundamenta su fallo en el supuesto hecho de que la demandante impugnó en la vía administrativa la resolución cuestionada. De autos se advierte que la recurrente no impugnó la Resolución de Concejo N.º 005-2003-MDP, del 13 de enero de 2003, sino la Resolución de Concejo N.º 004-2003-MDP/A, del 8 de enero de 2003 (fojas 165 a 170), que no es materia de la presente acción de amparo. Como la resolución cuestionada fue emitida por el Concejo Municipal, última instancia administrativa, la recurrente no estaba obligada a agotar la vía previa, de modo que corresponde evaluar el fondo de la demanda.
2. En el presente caso, la demandante sostiene que el acto cuestionado vulnera su derecho a la libertad de trabajo. Al respecto, este Tribunal ha tenido oportunidad de señalar que este derecho consiste en la libre determinación de cada persona para dedicarse a una o más actividades que pudiera desarrollar, para su realización personal, o, en suma, para trabajar en lo que libremente escoja.
3. En esta oportunidad ampliaremos algunos alcances de este derecho. En efecto, la Constitución reconoce en el artículo 2º inciso 15, que toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley. Conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos y libertades que aquella reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados Internacionales sobre la misma materia ratificados por el Perú.
4. En tal sentido, el artículo 23º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que toda persona tiene derecho a la libre elección de su trabajo. A su turno, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, preceptúa en su artículo 7º, literal b), “el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva”.
5. En consecuencia, el derecho a la libertad de trabajo comprende de manera enunciativa: el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo. En el presente caso la demandante no se encuentra en ninguno de los supuestos descritos. En opinión de este Colegiado, el derecho en controversia sería el derecho al trabajo, por las razones que se desarrollarán seguidamente.

6. La recurrente fue nombrada como servidora pública mediante la Resolución de Alcaldía N.º 318-98-AL/MDP, de fecha 21 de diciembre de 1998, y ha venido trabajando hasta la expedición de la Resolución de Concejo N.º 005-2003-MDP, de fecha 13 de enero de 2003, mediante la cual se declara nulo su nombramiento. Conforme al artículo 202.3 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos. Al haber transcurrido más de cuatro años desde la fecha del nombramiento, la nulidad de oficio de dicho acto administrativo había prescrito.
7. Conforme lo ha establecido este Tribunal en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.º 976-2001-AA/TC, en “(...) nuestro ordenamiento jurídico, un régimen de protección adecuada contra el despido (...) es el que se ha previsto para los trabajadores sujetos al régimen de la actividad pública, a través del Decreto Legislativo N.º 276”. En efecto, conforme al inciso b) del artículo 24º del Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, los servidores públicos de carrera gozan de estabilidad laboral y no pueden ser cesados ni destituidos sino por causa prevista en la Ley, y de acuerdo al procedimiento establecido.
8. En el presente caso se afecta al contenido esencial del derecho del trabajo cuando a una trabajadora pública, que gozaba de estabilidad laboral, se le despide sin la observancia del procedimiento establecido por la legislación laboral de los trabajadores públicos. En consecuencia, al haberse despedido a la demandante sin la observancia del procedimiento descrito, se ha vulnerado su derecho al trabajo.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que la Constitución Política del Perú le confiere

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, inaplicable a la recurrente la Resolución de Concejo N.º 005-2003-MDP, de fecha 13 de enero de 2003, que declaró nulo su nombramiento como servidora pública.
2. Ordena que la demandada sea repuesta en su puesto de trabajo en la Municipalidad Distrital del Perené.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

DERECHO AL TRABAJO

DEFINICIÓN E IMPORTANCIA DEL TRABAJO²

2 Tribunal Constitucional del Perú Centro de Estudios Constitucionales Primer Seminario Temas de Derecho Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral, Lima Octubre de 2006.

Sumilla:

El trabajo es el uso de la fuerza humana para la transformación de la naturaleza y la producción de algo útil. A través del trabajo el hombre se realiza como tal, imprimiendo su huella en lo que hace y obteniendo una manera de sustentarse.

Extracto:

«Al trabajo puede definírsele como la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En ese contexto, implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien, generar un servicio, etc. El trabajo se identifica inseparablemente con la persona misma. En toda actividad laboral queda algo de su ejecutor: el hombre. A través del trabajo se presenta siempre la impronta del ser humano; o sea, una huella, marca o sello que caracteriza su plasmación. El Papa Juan Pablo II [Encíclica *laborem exercens*. Lima. Salesiana, S/F] señala que: «El trabajo es un bien del hombre, es un bien de la humanidad, porque mediante éste 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».

Asimismo, como lo enfatiza el Papa León XIII [Encíclica *rerum novarum*. Lima: Paulinas, 1966] el trabajo tiene el doble signo de lo personal y necesario. Es personal, porque la fuerza con que se trabaja es inherente a la persona y enteramente propia de aquel que con ella labora.

Es necesario, porque del fruto de su trabajo el hombre se sirve para sustentar su vida, lo cual es un deber imprescindible impuesto por la misma naturaleza. Es evidente que la verdadera dignidad del trabajador radica en su condición de sujeto y autor y, por consiguiente, verdadero fin de todo proceso productivo. La importancia del trabajo descansa en tres aspectos sustantivos:

- Esencialidad del acto humano, destinado al mantenimiento y desarrollo de la existencia y coexistencia sociales.
- Vocación y exigencia de la naturaleza humana. El trabajo es sinónimo y expresión de vida.
- Carácter social de la función, ya que sólo es posible laborar verdaderamente a través de la colaboración directa o indirecta de otro ser humano, o sea, trabajando con y para los otros.»

EXP. N.º 1124-2001-AA/TC

LIMA

**SINDICATO UNITARIO DE TRABAJADORES DE TELEFÓNICA DEL PERÚ
S.A. y FETRATEL**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los once días del mes de julio de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas seiscientos setenta y siete, su fecha nueve de marzo de dos mil uno, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Los recurrentes, con fecha 29 de mayo de 2000, interponen acción de amparo contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A., con el objeto de que se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores a los cuales representan, en virtud de la aplicación de un Plan de Despido Masivo contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de la primera de las demandadas.

Sostienen que se han vulnerado los derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, al debido proceso, a la legítima defensa, al trabajo, a la libertad sindical y a la tutela jurisdiccional efectiva de los trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A, dado que ésta ha iniciado una política de despidos masivos con el propósito del “despido de la totalidad de trabajadores sindicalizados”. Acompañan como anexo una lista de setenta y siete trabajadores, alegando que ha sido elaborada por la primera accionada, en la que se encuentra una relación del personal a ser “desvinculado” de ésta.

Contestan la demanda Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A. Esta última propone las excepciones de representación defectuosa e insuficiente de los demandantes y de caducidad y falta de legitimidad para obrar del demandado. En cuanto al fondo de la controversia, afirman que no existe ninguna amenaza de cierta e inminente realización. La primera de las demandadas señala que no se conoce la autoría del “resumen ejecutivo”, dado que es un documento sin firma, lo mismo que la relación del personal a ser “desvinculado”. Indica también que, incluso suponiendo que el primer documento haya sido efectivamente elaborado por ella, sólo contiene “propuestas” y no una decisión adoptada. Agrega que, siguiendo el argumento de las demandantes, a esa fecha ya se debían haber producido los ceses y que, sin embargo, ello no ha ocurrido, quedando demostrado que el denominado “plan de despido masivo” sólo existe en la imaginación de los accionantes.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público, con fecha diecisiete de julio de dos mil, declaró infundadas las excepciones propuestas y fundada la demanda, considerando que -a partir de la copia del resumen ejecutivo, junto con la totalidad de documentos presentados por los demandantes, tales como aquellos que señalan la transferencia del personal a filiales en nuevas condiciones laborales que conllevan la pérdida de derechos de sindicalización- se demuestra la amenaza de violación a los derechos constitucionales de los accionantes.

La recurrida, confirmando en parte la apelada, declaró infundadas las excepciones de representación defectuosa e insuficiente de los demandantes y de caducidad, pero la revoca en los demás extremos, declarando fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado propuesta por Telefónica Perú Holding S.A., e improcedente la acción de amparo, considerando fundada la tacha presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra la calidad de medio probatorio del “resumen ejecutivo”, indicando que, si fuese un documento que ella elaboró, se habría obtenido ilícitamente, puesto que tiene el

carácter de “confidencial”. Añade que en el caso concreto no está acreditada la amenaza, porque “el cese de trabajadores debió anunciarse en el mes de abril de dos mil, antes de incoarse la presente acción, hecho que no se ha contravenido en autos”.

FUNDAMENTOS

Petitorio de la demanda

1. El objeto de la demanda es que las demandadas “se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores afiliados a [sus] sindicatos, en virtud de la aplicación de un ilegal Plan de Despido masivo, contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos (...), cuya inminente ejecución afecta [sus] derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a trabajar libremente, a la legítima defensa, al trabajo, a que ninguna relación pueda limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, a la adecuada protección contra el despido arbitrario, a la libertad sindical, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva”.
2. Si bien la demanda inicialmente se sustentaba en la amenaza de despido de los demandantes, esta circunstancia ha variado, dado que desde la fecha de inicio del presente proceso hasta la fecha se ha producido, sucesivamente, el despido de numerosos trabajadores, tal como se constata en las documentales obrantes en el cuadernillo de recurso extraordinario y respecto a lo cual las propias partes demandadas han expuesto lo que conviene a su derecho. Este despido se ha producido en sucesivas etapas, por lo que la controversia sobre la certeza e inminencia de la presunta amenaza carece de sentido. Por este motivo, no tiene objeto centrar el análisis en el resumen ejecutivo como amenaza, por lo que se procederá a evaluar el acto mismo de despido.
3. No es competencia de este Tribunal Constitucional, ni materia propia de un proceso constitucional como el amparo, analizar si el acto cuestionado se ha efectuado en términos o no de la ley correspondiente, puesto que ello constituye un asunto de mera legalidad ordinaria y, desde ese punto de vista, competencia propia de los juzgados competentes en materia laboral. Por el contrario, el asunto a dilucidarse es determinar si el acto cuestionado constituye o no un acto lesivo de derechos constitucionales, controversia que corresponde al proceso de amparo según lo establece el artículo 200.º, inciso 2), de la Constitución y el artículo 24.º de la Ley N.º 23506.
4. En vista de que sólo son revisables ante este Tribunal los extremos impugnados por la parte demandante a través del recurso extraordinario, no corresponde que este Colegiado se pronuncie respecto de las excepciones de representación defectuosa e insuficiente de los codemandantes, y de caducidad de la demanda, al haber sido declaradas infundadas por la sentencia de vista.

Por otro lado, sí corresponde que se examine la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado propuesta por Telefónica Perú Holding S.A., al haberse impugnado la sentencia recurrida en el extremo que la declaró fundada. Así, este Tribunal considera que al ser planteada la demanda ante la amenaza de ceses masivos de los trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A. y en representación de estos, no existe relación material con la empresa Telefónica Perú Holding S.A. que

sustente la relación procesal entablada con ella, dado que esta última no es la entidad empleadora.

Determinación del problema planteado en la controversia

5. El problema de la presente controversia reside en determinar si el acto de despido cuestionado resulta lesivo o no de los derechos fundamentales alegados por los demandantes. Implica, fundamentalmente, determinar si se ha afectado: a) la libertad de sindicación y, b) el derecho al trabajo.

Telefónica del Perú S.A.A. ha procedido al despido sobre la base de lo establecido en el artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.º 003-97-TR, tal como se constata en las respectivas cartas de despido. Por esta razón, este extremo de la controversia conduce a determinar si dicho dispositivo es o no compatible con la Constitución, para según ello establecer la validez o no del acto cuestionado.

Los efectos inter privados de los derechos constitucionales

6. La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38° de la Constitución, “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)”. Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privados* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional.
7. Esto mismo ha de proyectarse a las relaciones privadas entre empleador y trabajador como el caso de Telefónica del Perú S.A.A. y de los demandantes, respectivamente. Si bien aquélla dispone de potestades empresariales de dirección y organización y, constituye, además, propiedad privada, aquéllas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador. En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (art. 23°, segundo párrafo). Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral. Por esta razón, la culminación de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador, como en

la presente controversia, debe también plantearse tomando como base a la eficacia *inter privados* de los derechos constitucionales.

Libertad sindical

8. La Constitución reconoce la libertad sindical en su artículo 28º, inciso 1) Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga.

Desde luego, debe entenderse que lo anterior no conlleva a que el contenido esencial del citado derecho constitucional se agote en los aspectos antes relevados. Por el contrario, es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado derecho constitucional que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciadas de manera apriorística. Los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y deben desarrollarse, proyectando su *vis expansiva* a través de remozadas y, otrora, inusitadas manifestaciones.

9. De conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone debido a que forma parte del ordenamiento peruano (art. 55º, Const.).
10. El aspecto orgánico de la libertad de sindicación se halla reconocido expresamente en el artículo 2º del Convenio N.º 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, precisando que consiste en “el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, (...)”. Por otra parte, según el artículo 1º, inciso 2), literal “b”, la protección del trabajador contra todo acto que menoscabe la libertad de sindicación se extiende también “contra todo acto que tenga por objeto” “despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales (...)” (cursiva de la presente sentencia).
11. En el presente caso, las personas que fueron despedidas por Telefónica del Perú S.A.A., son miembros del sindicato. Resulta coincidente que las personas con las que la mencionada demandada concluyó unilateralmente la relación laboral hayan sido precisamente las que conforman tanto el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y de la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú. Como se aprecia, es el criterio de afiliación sindical el que ha determinado la aplicación de la medida de despido. Por esta razón, el acto cuestionado lesiona el citado derecho constitucional en la medida que significa atribuir consecuencias perjudiciales en los derechos de los trabajadores por la sola circunstancia de su

condición de afiliado a uno de los mencionados sindicatos. Más concretamente, en este caso, se trató de la lesión de la libertad de sindicación al haberse procedido al despido de personas que tienen la condición de afiliados a los sindicatos antes mencionados; circunstancia que implica la vulneración al citado derecho constitucional, conclusión que resulta clara cuando se tiene en cuenta el contenido de éste a partir o conforme lo establecido por el citado Convenio sobre libertad sindical.

Derecho al trabajo

12. El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

Debe considerarse que el artículo 27º de la Constitución contiene un “mandato al legislador” para establecer protección “frente al despido arbitrario”. Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:

- a. Se trata de un “mandato al legislador”
- b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.
- c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser “adecuado”, se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27º como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una “facultad de despido arbitrario” hacia el empleador.

Por este motivo, cuando el artículo 27º de la Constitución establece que la ley otorgará “adecuada protección frente al despido arbitrario”, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibile.

Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente -como lo hizo su predecesora de 1979- la denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un despido arbitrario sería absolutamente inadmisibles. Por el contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.º 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización “como única reparación”. No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido *ad nutum* impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:

- a. El artículo 34°, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34°, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.
- b. La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23° de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43° (“República” “social”) y 3° de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.
- c. La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por inconstitucional.

Si bien, como alega Telefónica del Perú S.A.A., el apartado “d” del artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contempla la posibilidad de reparación indemnizatoria, juntamente con la restitutoria, frente al despido arbitrario, debe tenerse en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos enuncia mínimos derechos que siempre pueden ser susceptibles de mayores

niveles de protección y no pueden significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución conforme lo establece el artículo 4° del propio Protocolo antes citado, ni mucho menos cuando ello conlleva al menoscabo del mismo contenido esencial de los derechos constitucionales. La interpretación de éstos debe efectuarse siempre en sentido dirigido a alcanzar mayores niveles de protección. Es por ello que la doctrina sostiene que los derechos constitucionales han de interpretarse como mandatos de optimización.

Es extensible este razonamiento a lo establecido por el Convenio 158 sobre terminación de la relación de trabajo, que, aunque no ratificado y en calidad de Recomendación, prevé también la posibilidad de protección indemnizatoria frente al despido arbitrario.

Control difuso en el proceso constitucional de amparo

13. La Facultad de controlar la constitucionalidad de las normas con motivo de la resolución de un proceso de amparo constituye un poder-deber por imperativo de lo establecido en el artículo 138°, segundo párrafo de la Constitución. A ello mismo autoriza el artículo 3° de la Ley N.° 23506. El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51° de nuestra norma fundamental.

El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preterir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que él sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

- a. Que en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3° de la Ley N.° 23506).
- b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e insoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.
- c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En el presente caso, se cumplen los tres presupuestos: a) el acto de despido realizado por el empleador se sustenta en la norma contenida en el citado artículo 34° (segundo párrafo); b) la constitucionalidad o no de esta norma es relevante para la resolución del proceso debido a que los despidos tienen como fundamento el artículo 34° (segundo párrafo); y, finalmente, c) el hecho de que no es posible interpretar el citado artículo de conformidad con la Constitución, pues resulta evidentemente inconstitucional, conforme se sostuvo líneas arriba.

En el presente caso, al haber efectuado Telefónica del Perú S.A.A. los despidos de acuerdo con un dispositivo inconstitucional como el citado artículo 34°, segundo párrafo, dichos actos resultan nulos.

Tratándose de un interés colectivo el representado por las demandantes, el amparo de la demanda ha de extenderse a los afiliados de los sindicatos afectados o amenazados.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica,

FALLA

confirmando en parte la recurrida en el extremo que declaró **FUNDADA** la excepción de falta de legitimidad para obrar propuesta; y, la **REVOCA** en el extremo que declaró improcedente la demanda, reformándola declara **FUNDADA** la acción de amparo e inaplicable el artículo 34°, segundo párrafo, del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.º 003-97-TR; ordena la reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidas por Telefónica del Perú S.A.A. y dispone que dicha empresa se abstenga de continuar con el ejercicio de lo establecido por el citado artículo 34° por su incompatibilidad con la Constitución, respecto de los afiliados que continúan trabajando. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución e los actuados.

SS

REY TERRY

REVOREDO MARSANO

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

CONTENIDO DEL DERECHO AL TRABAJO³

Sumilla:

El derecho al trabajo tiene dos elementos por un lado, supone que el Estado adopte una política que permita que la población pueda acceder a un puesto de trabajo y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa.

Extracto:

«El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades

3 Tribunal Constitucional del Perú Centro de Estudios Constitucionales Primer Seminario Temas de Derecho Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral, Lima Octubre de 2006.

del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.» (EXP. 1124-2001-AA/TC, Fundamento 12).

EXP. N.º 1124-2001-AA/TC

LIMA

SINDICATO UNITARIO DE TRABAJADORES DE TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A. y FETRATEL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los once días del mes de julio de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas seiscientos setenta y siete, su fecha nueve de marzo de dos mil uno, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Los recurrentes, con fecha 29 de mayo de 2000, interponen acción de amparo contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A., con el objeto de que se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores a los cuales representan, en virtud de la aplicación de un Plan de Despido Masivo contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de la primera de las demandadas.

Sostienen que se han vulnerado los derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, al debido proceso, a la legítima defensa, al trabajo, a la libertad sindical y a la tutela jurisdiccional efectiva de los trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A, dado que ésta ha iniciado una política de despidos masivos con el propósito del «despido de la totalidad de trabajadores sindicalizados». Acompañan como anexo una lista de setenta y siete trabajadores, alegando que ha sido elaborada por la primera accionada, en la que se encuentra una relación del personal a ser «desvinculado» de ésta.

Contestan la demanda Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A. Esta última propone las excepciones de representación defectuosa e insuficiente de los demandantes y de caducidad y falta de legitimidad para obrar del demandado. En cuanto al fondo de la controversia, afirman que no existe ninguna amenaza de cierta e inminente realización. La primera de las demandadas señala que no se conoce la autoría del «resumen ejecutivo», dado que es un documento sin firma, lo mismo que la relación del personal a ser «desvinculado». Indica también que, incluso suponiendo que el primer documento haya sido efectivamente elaborado por ella, sólo contiene «propuestas» y no una decisión adoptada. Agrega que, siguiendo el argumento de las demandantes, a esa fecha ya se debían haber

producido los ceses y que, sin embargo, ello no ha ocurrido, quedando demostrado que el denominado «plan de despido masivo» sólo existe en la imaginación de los accionantes.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público, con fecha diecisiete de julio de dos mil, declaró infundadas las excepciones propuestas y fundada la demanda, considerando que -a partir de la copia del resumen ejecutivo, junto con la totalidad de documentos presentados por los demandantes, tales como aquellos que señalan la transferencia del personal a filiales en nuevas condiciones laborales que conllevan la pérdida de derechos de sindicalización- se demuestra la amenaza de violación a los derechos constitucionales de los accionantes.

La recurrida, confirmando en parte la apelada, declaró infundadas las excepciones de representación defectuosa e insuficiente de los demandantes y de caducidad, pero la revoca en los demás extremos, declarando fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado propuesta por Telefónica Perú Holding S.A., e improcedente la acción de amparo, considerando fundada la tacha presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra la calidad de medio probatorio del «resumen ejecutivo», indicando que, si fuese un documento que ella elaboró, se habría obtenido ilícitamente, puesto que tiene el carácter de «confidencial». Añade que en el caso concreto no está acreditada la amenaza, porque «el cese de trabajadores debió anunciarse en el mes de abril de dos mil, antes de incoarse la presente acción, hecho que no se ha contravenido en autos».

FUNDAMENTOS

Petitorio de la demanda

1. El objeto de la demanda es que las demandadas «se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores afiliados a [sus] sindicatos, en virtud de la aplicación de un ilegal Plan de Despido masivo, contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos (...), cuya inminente ejecución afecta [sus] derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a trabajar libremente, a la legítima defensa, al trabajo, a que ninguna relación pueda limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, a la adecuada protección contra el despido arbitrario, a la libertad sindical, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva».
2. Si bien la demanda inicialmente se sustentaba en la amenaza de despido de los demandantes, esta circunstancia ha variado, dado que desde la fecha de inicio del presente proceso hasta la fecha se ha producido, sucesivamente, el despido de numerosos trabajadores, tal como se constata en las documentales obrantes en el cuadernillo de recurso extraordinario y respecto a lo cual las propias partes demandadas han expuesto lo que conviene a su derecho. Este despido se ha producido en sucesivas etapas, por lo que la controversia sobre la certeza e inminencia de la presunta amenaza carece de sentido. Por este motivo, no tiene objeto centrar el análisis en el resumen ejecutivo como amenaza, por lo que se procederá a evaluar el acto mismo de despido.
3. No es competencia de este Tribunal Constitucional, ni materia propia de un proceso constitucional como el amparo, analizar si el acto cuestionado se ha efectuado en términos o no de la ley correspondiente, puesto que ello constituye un asunto de mera legalidad ordinaria y, desde ese punto de vista, competencia propia de los

juzgados competentes en materia laboral. Por el contrario, el asunto a dilucidarse es determinar si el acto cuestionado constituye o no un acto lesivo de derechos constitucionales, controversia que corresponde al proceso de amparo según lo establece el artículo 200.º, inciso 2), de la Constitución y el artículo 24.º de la Ley N.º 23506.

4. En vista de que sólo son revisables ante este Tribunal los extremos impugnados por la parte demandante a través del recurso extraordinario, no corresponde que este Colegiado se pronuncie respecto de las excepciones de representación defectuosa e insuficiente de los codemandantes, y de caducidad de la demanda, al haber sido declaradas infundadas por la sentencia de vista.

Por otro lado, sí corresponde que se examine la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado propuesta por Telefónica Perú Holding S.A., al haberse impugnado la sentencia recurrida en el extremo que la declaró fundada. Así, este Tribunal considera que al ser planteada la demanda ante la amenaza de ceses masivos de los trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A. y en representación de estos, no existe relación material con la empresa Telefónica Perú Holding S.A. que sustente la relación procesal entablada con ella, dado que esta última no es la entidad empleadora.

Determinación del problema planteado en la controversia

5. El problema de la presente controversia reside en determinar si el acto de despido cuestionado resulta lesivo o no de los derechos fundamentales alegados por los demandantes. Implica, fundamentalmente, determinar si se ha afectado: a) la libertad de sindicación y, b) el derecho al trabajo.

Telefónica del Perú S.A.A. ha procedido al despido sobre la base de lo establecido en el artículo 34º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.º 003-97-TR, tal como se constata en las respectivas cartas de despido. Por esta razón, este extremo de la controversia conduce a determinar si dicho dispositivo es o no compatible con la Constitución, para según ello establecer la validez o no del acto cuestionado.

Los efectos inter privados de los derechos constitucionales

6. La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38º de la Constitución, «Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)». Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privados* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional.

7. Esto mismo ha de proyectarse a las relaciones privadas entre empleador y trabajador como el caso de Telefónica del Perú S.A.A. y de los demandantes, respectivamente. Si bien aquélla dispone de potestades empresariales de dirección y organización y, constituye, además, propiedad privada, aquéllas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador. En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (art. 23º, segundo párrafo). Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral. Por esta razón, la culminación de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador, como en la presente controversia, debe también plantearse tomando como base a la eficacia *inter privatos* de los derechos constitucionales.

Libertad sindical

8. La Constitución reconoce la libertad sindical en su artículo 28º, inciso 1) Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga.

Desde luego, debe entenderse que lo anterior no conlleva a que el contenido esencial del citado derecho constitucional se agote en los aspectos antes relevados. Por el contrario, es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado derecho constitucional que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciadas de manera apriorística. Los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y deben desarrollarse, proyectando su *vis expansiva* a través de remozadas y, otrora, inusitadas manifestaciones.

9. De conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone debido a que forma parte del ordenamiento peruano (art. 55º, Const.).

10. El aspecto orgánico de la libertad de sindicación se halla reconocido expresamente en el artículo 2º del Convenio N.º 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, precisando que consiste en «el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, (...)». Por otra parte, según el artículo 1º, inciso 2), literal «b», la protección del trabajador contra todo acto que menoscabe la libertad de sindicación se extiende también «contra todo acto que tenga por objeto» «despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales (...)» (cursiva de la presente sentencia).
11. En el presente caso, las personas que fueron despedidas por Telefónica del Perú S.A.A., son miembros del sindicato. Resulta coincidente que las personas con las que la mencionada demandada concluyó unilateralmente la relación laboral hayan sido precisamente las que conforman tanto el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y de la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú. Como se aprecia, es el criterio de afiliación sindical el que ha determinado la aplicación de la medida de despido. Por esta razón, el acto cuestionado lesiona el citado derecho constitucional en la medida que significa atribuir consecuencias perjudiciales en los derechos de los trabajadores por la sola circunstancia de su condición de afiliado a uno de los mencionados sindicatos. Más concretamente, en este caso, se trató de la lesión de la libertad de sindicación al haberse procedido al despido de personas que tienen la condición de afiliados a los sindicatos antes mencionados; circunstancia que implica la vulneración al citado derecho constitucional, conclusión que resulta clara cuando se tiene en cuenta el contenido de éste a partir o conforme lo establecido por el citado Convenio sobre libertad sindical.

Derecho al trabajo

12. El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

Debe considerarse que el artículo 27º de la Constitución contiene un «mandato al legislador» para establecer protección «frente al despido arbitrario». Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:

- a. Se trata de un «mandato al legislador»
- b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.
- c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser «adecuado», se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27º como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una «facultad de despido arbitrario» hacia el empleador.

Por este motivo, cuando el artículo 27º de la Constitución establece que la ley otorgará «adecuada protección frente al despido arbitrario», debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibile.

Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente -como lo hizo su predecesora de 1979- la denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un despido arbitrario sería absolutamente inadmisibile. Por el contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.º 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización «como única reparación». No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido *ad nutum* impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:

- a. El artículo 34º, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34º, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.
- b. La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad

de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23º de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43º («República» «social») y 3º de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.

- c. La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por inconstitucional.

Si bien, como alega Telefónica del Perú S.A.A., el apartado «d» del artículo 7º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contempla la posibilidad de reparación indemnizatoria, juntamente con la restitutoria, frente al despido arbitrario, debe tenerse en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos enuncia mínimos derechos que siempre pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no pueden significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución conforme lo establece el artículo 4º del propio Protocolo antes citado, ni mucho menos cuando ello conlleva al menoscabo del mismo contenido esencial de los derechos constitucionales. La interpretación de éstos debe efectuarse siempre en sentido dirigido a alcanzar mayores niveles de protección. Es por ello que la doctrina sostiene que los derechos constitucionales han de interpretarse como mandatos de optimización.

Es extensible este razonamiento a lo establecido por el Convenio 158 sobre terminación de la relación de trabajo, que, aunque no ratificado y en calidad de Recomendación, prevé también la posibilidad de protección indemnizatoria frente al despido arbitrario.

Control difuso en el proceso constitucional de amparo

13. La Facultad de controlar la constitucionalidad de las normas con motivo de la resolución de un proceso de amparo constituye un poder-deber por imperativo de lo establecido en el artículo 138º, segundo párrafo de la Constitución. A ello mismo autoriza el artículo 3º de la Ley N.º 23506. El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138º de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51º de nuestra norma fundamental.

El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preterir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que él sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

- a. Que en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3° de la Ley N.° 23506).
- b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e insoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.
- c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En el presente caso, se cumplen los tres presupuestos: a) el acto de despido realizado por el empleador se sustenta en la norma contenida en el citado artículo 34° (segundo párrafo); b) la constitucionalidad o no de esta norma es relevante para la resolución del proceso debido a que los despidos tienen como fundamento el artículo 34° (segundo párrafo); y, finalmente, c) el hecho de que no es posible interpretar el citado artículo de conformidad con la Constitución, pues resulta evidentemente inconstitucional, conforme se sostuvo líneas arriba.

En el presente caso, al haber efectuado Telefónica del Perú S.A.A. los despidos de acuerdo con un dispositivo inconstitucional como el citado artículo 34°, segundo párrafo, dichos actos resultan nulos.

Tratándose de un interés colectivo el representado por las demandantes, el amparo de la demanda ha de extenderse a los afiliados de los sindicatos afectados o amenazados.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica,

FALLA

confirmando en parte la recurrida en el extremo que declaró **FUNDADA** la excepción de falta de legitimidad para obrar propuesta; y, la **REVOCA** en el extremo que declaró improcedente la demanda, reformándola declara **FUNDADA** la acción de amparo e inaplicable el artículo 34°, segundo párrafo, del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.° 003-97-TR; ordena la reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidas por Telefónica del Perú S.A.A. y dispone que dicha empresa se abstenga de continuar con el ejercicio de lo establecido por el citado artículo 34° por su incompatibilidad con la Constitución, respecto de los afiliados que continúan trabajando. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución e los actuados.

SS

REY TERRY

REVOREDO MARSANO

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES SIN DISCRIMINACIÓN.⁴

SUMILLA:

La igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación por ningún motivo, a no ser tratada de manera distinta de quienes tienen una misma condición, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato. La discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano.

Extracto: « (...) asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de

Acceso al empleo. Tal como se ha precisado anteriormente, la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales).

La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia.

(...)La igualdad de oportunidades en estricto, igualdad de trato- obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.» (Exp.N°008-2005-PI/TC, Fundamento

23).

EXP. N.º 2510-2002-AA/TC

LAMBAYEQUE

JOSÉ ANDRÉS RUIZ V ÁSQUEZ

Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

En Lima, a los 31 días del mes de marzo de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Aguirre Roca y Gonzales Ojeda, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por José Andrés Ruiz Vázquez, Gregorio Alejandro Manayalle Fernández, Jorge Humberto Lozada Guevara, Teodoro Esteban Bravo Arguedas, Cristóbal Sánchez Chávez y Ervert Rolando Ramírez Sandoval, contra la sentencia de la

4 Tribunal Constitucional del Perú Centro de Estudios Constitucionales Primer Seminario Temas de Derecho Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral, Lima Octubre de 2006.

Manual de derecho laboral individual

Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 591, su fecha 28 de junio de 2002, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 31 de enero de 2002, los recurrentes interponen acción de amparo contra la Empresa Telefónica del Perú S.A.A., solicitando que cese la discriminación contra ellos; se ordene la nivelación de sus haberes mensuales, conforme a sus categorías y funciones, con las remuneraciones que perciben los trabajadores de la empresa demandada que se integraron de la anterior Compañía Peruana de Teléfonos S.A.; agregando que proviene de la antigua empresa Entel Perú S.A.; que son trabajadores de la empresa demandada, y que ésta reconoce que existen trabajadores que perciben remuneraciones superiores a las de ellos, a pesar de desempeñar funciones similares; asimismo, exponen que la demandada constituye una unidad empresarial privada, conformada por los propietarios y los trabajadores sometidos al Estado de derecho y a la Constitución y las leyes; que los trabajadores están en relación de dependencia laboral; que deben tener igualdad de trato y derechos; que a igual categoría y función corresponde igual remuneración y consideración por parte de la empleadora, lo que garantiza la paz laboral y social; añadiendo que la emplazada afirma no estar obligada a efectuar la nivelación, por lo que incumple el contrato de concesión firmado entre el Estado peruano y la empresa transnacional española, compradora de la Compañía Peruana de Teléfonos y de Entel Perú SA. / La emplazada deduce la excepción de incompetencia, y contesta la demanda / negándola en todos sus extremos, solicitando que se la declare improcedente, alegando que no se ha violado ningún derecho constitucional de los trabajadores, ni por acción ni por omisión, ya que se encuentran laborando regularmente y percibiendo una remuneración acorde con su condición laboral; añadiendo que el amparo no es la vía idónea para ventilar los derechos laborales invocados, por lo que se debió recurrir a la vía laboral ordinaria.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, con fecha 28 de febrero de 2002, declaró fundada la demanda, por considerar que la empresa demandada ha omitido nivelar las remuneraciones de sus trabajadores a pesar de existir convenios entre sus representantes y los de la entidad demandada, por lo que se evidencia la existencia de discriminación en razón de no haberse nivelado las remuneraciones de cada uno de los solicitantes. Asimismo, invoca los artículos 22º, 23º, 24º y 26º de la Constitución, a fin de que cesen dichas acciones. La recurrida revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, por considerar que el amparo no es la vía idónea para disponer la nivelación que se solicita, por carecer de estación probatoria.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que cese la discriminación contra los recurrentes y se ordene la nivelación de sus haberes mensuales, conforme a su categoría y funciones, con las remuneraciones que perciben los trabajadores de la empresa demandada.
2. Sí bien es cierto que los demandantes alegan que se ha violado el derecho constitucional a la igualdad, es necesario señalar, como ya lo ha sostenido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, que la igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y

b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación

objetiva y razonable para esa diferencia de trato.

3. La primera condición para que un trato desigual sea admisible, es la desigualdad de los supuestos de hecho. Es decir, implica la existencia de sucesos espacial y temporalmente localizados que poseen rasgos específicos e intransferibles que hacen que una relación jurídica sea de un determinado tipo, y no de otro.

Siendo ello así, cabe señalar que en el presente caso no se puede conocer el proceso sobre la ivelación de los haberes mensuales de los demandantes, porque la presente acción de garantía no es la vía idónea por carecer de estación probatoria, debiéndose recurrir a la vía ordinaria; siendo necesaria la actuación de pruebas con la presencia de los peritos, así como verificar y evaluar las planillas de pagos, constatar las boletas de los haberes mensuales de los diferentes años y comparar con las boletas de pago de los demandantes y la de los otros trabajadores de Telefónica; igualmente, conocer los convenios colectivos sobre el incremento de las remuneraciones y establecer las categorías, funciones y cuadros de los trabajadores, todo ello para crear certeza en el juzgador, motivo por el cual se deja a salvo sus derechos para que lo hagan valer en la vía correspondiente.

FALLO

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la facultad que la Constitución Política del Perú le confiere,

Ha resuelto

Declarar improcedente la acción de amparo.

Publíquese y notifíquese

SS.

ALVA ORLANDINI.

AGUIRRE ROCA

GONZALES OJEDA

DISCRIMINACIÓN POR EDAD⁵

Extracto:

«Por ello, si, como lo ha sostenido el Procurador Público, lo que se persigue es una mayor rotación en los cargos, es válido utilizar el criterio de que aquellos funcionarios que han ocupado importantes cargos en el exterior por largos años, o en los órganos de línea, progresivamente disminuyan su tiempo de permanencia en tales cargos para dar oportunidad a aquellos que también

5 Tribunal Constitucional del Perú Centro de Estudios Constitucionales Primer Seminario Temas de Derecho Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral, Lima Octubre de 2006.

reúnen las calificaciones y méritos para ello. Lo que es contrario al derecho de igualdad es imponer una limitación general fundada exclusivamente en la edad, a pesar de que el artículo 18° de la Ley N.º 28091 dispone que la edad para pasar al retiro es de 70 años, sin considerar criterios objetivos.» (EXP 01875-2006-AA/TC, Fundamento 25)

EXP. N.º 01875-2006-PA/TC

LIMA

VÍCTOR RICARDO LUNA MENDOZA

Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de junio de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, presidente; Gonzales Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Víctor Ricardo Luna Mendoza y otros contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 339, su fecha 20 de setiembre de 2005, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 16 de enero de 2004, los señores Víctor Ricardo Luna Mendoza, Arturo Montoya Stuva, Humberto Urteaga Dulanto, Gustavo Teixeira Giraldo, José Tenorio Benavides, Julio Balbuena López Alfaro, Eduardo Ponce Vivanco, Alejandro Gordillo Fernández, Eduardo Llosa Larrabure, Martha Isabel Chávarri Dupuy, Jorge Colunge Villacorta, Hernán Couturier Mariategui, Luzmila Esther Zanabria Ishikawa, Julio Vega Eurasquín, Max de la Fuente Prem, Carmen Elsa Silva Cáceres y Oscar José Maúrtua de Romaña, interponen demanda de amparo contra el Congreso de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de que cese la amenaza de violación de su derecho constitucional a la igualdad. En tal sentido, solicitan que se declaren inaplicables el último párrafo del artículo 13° de la Ley N.º 28091, Ley del Servicio Diplomático, y los artículos 32°, 33° y 34° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 130-2003-RE, que disponen que los miembros del Servicio Diplomático en situación de actividad, al cumplir sesenta y cinco años de edad, pasan a formar parte del denominado Cuadro Especial, con las limitaciones de no poder ocupar cargos en órganos de línea y permanentes en el exterior.

Igualmente, solicitan que se declare inaplicable a su caso el artículo 63° de la misma ley por cuanto deroga su régimen previsional especial, constituyendo esta situación una amenaza de violación de su derecho constitucional a la pensión. Finalmente, solicitan que se declare que su régimen laboral debe ser regulado por la Ley N.º 6602 y su reglamento, por cuanto fue la norma vigente cuando se incorporaron al Servicio Diplomático de la República.

El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Ministerio de Relaciones Exteriores contesta la demanda manifestando que para el examen de la constitucionalidad de los artículos cuestionados de la Ley N.º 28091 a través del amparo se requiere de algún acto de ejecución, que en el presente caso no existe, pues los artículos cuestionados aún

no han sido aplicados a los actores ya que, a la fecha de interposición de la demanda, aún no cumplen sesenta y cinco años de edad. En tal sentido, la amenaza de violación no es inminente ni cierta.

De otro lado, sostiene que las disposiciones cuestionadas artículo 13° de la Ley N.º 28091, y los artículos 32°, 33° y 34° de su Reglamento se justifican objetiva y razonablemente, toda vez que buscan que la integridad de los miembros del Servicio Diplomático tengan la misma oportunidad que tuvieron los demandantes cuando tuvieron menor edad. Es decir, se pretende una mayor fluidez en beneficio de los más jóvenes. Se trata de impedir el acaparamiento de los cargos en el extranjero de quienes ya tuvieron su oportunidad. Agrega que los actores se confunden al considerar que el hecho de rebajar la edad para la efectiva representación diplomática en el extranjero es recortar su derecho a la igualdad, siendo, en todo caso, dicha rebaja un tema netamente laboral, pues sólo regula la relación de trabajo.

Con respecto a la aplicación de la Ley N.º 6602, señala que los demandantes fundamentan su pedido en una norma derogada, puesto que nuestra Constitución nos remite a la teoría de los hechos cumplidos y no a la de los derechos adquiridos. Respecto del cuestionamiento de la aplicación del artículo 63° de la Ley N.º 28091, alega que tal norma y los artículos 174° a 178° disponen que los nuevos regímenes sociales obligatorios que se establezcan sobre materia pensionaria de los trabajadores públicos, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los Decretos Leyes N.º 19990 y 20530.

Finalmente, indica que los artículos cuestionados no le son aplicables a don Gustavo Teixeira Giraldo, ya que éste pasó a la situación de retiro mediante la Resolución Ministerial N.º 0356/RE, de fecha 31 de mayo de 1996, y mediante la Resolución Directoral N.º 0262/RE, de fecha 23 de junio de 1997, se le otorgó pensión de jubilación. El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Congreso de la República deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado y contesta la demanda alegando que el proceso de amparo no procede contra normas legales, y que los demandantes, al solicitar que se les aplique la Ley N.º N.º 6602, pretenden que se declaren derechos a su favor y no que se les restituyan los mismos. El Trigésimo Quinto Juzgado Especializado Civil de Lima, con fecha 1 de julio de 2004, declaró infundada la excepción deducida e infundada la demanda, por considerar que al momento de interponer ésta los recurrentes no han acreditado que se les haya aplicado las normas cuestionadas, por lo que la amenaza de violación no es cierta ni inminente. La recurrida confirmó la apelada por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. El primer punto del petitorio tiene por objeto que se declaren inaplicables a los recurrentes el último párrafo del artículo 13° de la Ley N.º 28091, Ley del Servicio Diplomático de la República, y los artículos 32°, 33° y 34° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 130-2003-RE, que disponen que los miembros del Servicio Diplomático en situación de actividad, al cumplir sesenta y cinco años de edad, pasarán a formar parte del denominado Cuadro Especial del Escalafón del Servicio Diplomático.
2. Sobre este punto, si bien la demanda se planteó por amenaza de violación del derecho a la igualdad por aplicación de las normas mencionadas, en el caso de los señores Eduardo Manuel Alfredo Llosa y Humberto Alfredo Urteaga Dulanto, la amenaza se consumó, toda vez que mediante las Resoluciones Ministeriales obrantes

de fojas 396 a 397 fueron inscritos en el Cuadro Especial del Escalafón del Servicio Diplomático a partir del 16 febrero y 7 de setiembre de 2005, respectivamente, fecha en la que los recurrentes cumplieron 65 años de edad. Consecuentemente, este colegiado efectuará un análisis conjunto del caso de aquellos demandantes a quienes ya se les aplicó las normas cuestionadas y del caso de los demandantes que alegan una amenaza cierta e inminente.

3. Los demandantes manifiestan que los referidos artículos vulneran su derecho constitucional a la igualdad y no discriminación, reconocido en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución, ya que establecen un tratamiento diferenciado para los miembros del Servicio Diplomático que cumplan sesenta y cinco años de edad, debido a que estos pasan a formar parte del denominado Cuadro Especial del Escalafón del Servicio Diplomático, el cual impone las limitaciones de que los funcionarios diplomáticos puedan ocupar cargos en órganos de línea en el Ministerio de Relaciones Exteriores y cargos permanentes en el exterior.
4. Por su parte, los demandados alegan que las normas cuestionadas determinan una diferencia objetiva y razonable de interés institucional, que debe primar sobre los intereses particulares, para posibilitar que todos los miembros del servicio diplomático tengan la misma oportunidad que los demandados cuando tuvieron menos edad. Se trata de un acto de equidad y justicia que impedirá el acaparamiento de los cargos en el extranjero por quienes ya tuvieron su oportunidad, permitiendo una mayor fluidez en la rotación de cargos, ello, fundamentalmente, luego de la reincorporación de los 117 diplomáticos cesados en el año 1992.
5. El inciso 2 del artículo 2º de la Constitución dispone que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. En la sentencia recaída en el Expediente N.º 0048-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional, respecto del derecho a la igualdad, estableció que: Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.⁶

6 Exp. N.º 0048-2004-AI/TC, fundamentos 60 y 61.

6. Por su parte, el inciso 1 del artículo 26° de la Constitución reconoce que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. Es evidente que el reconocimiento constitucional de dicho principio laboral constituye una manifestación del derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales.
7. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 008-2005-PI/TC, ha señalado que el principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral: Hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral. En puridad, plantea la plasmación de la isonomía en el trato previsto implícitamente en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución; el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo. La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta, ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.⁷ En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución (Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, fundamento 23).
8. Según lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución; el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; los artículos 26º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1º y 24º, de la Convención Americana de Derechos Humanos; 3º, del Protocolo de San Salvador, y 1º y 3º, del Convenio N.º 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, todos ellos ratificados por el Perú, que constituyen parámetro de interpretación constitucional, se proscriben cualquier trato discriminatorio.
9. En ese sentido, el artículo 1º del Convenio N.º 111 de la OIT dispone: «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, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación (...)
3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.» (subrayado agregado).
10. Asimismo, el numeral 2 de los Principios y Derechos fundamentales de la OIT dispone que los miembros de la mencionada organización internacional, entre los que se encuentra el Estado Peruano, tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

7 Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, FFJJ 22 a 23.

11. De las disposiciones citadas se colige que la Constitución protege a los trabajadores contra discriminaciones de cualquier índole, como la edad. En efecto, en el Informe del Director General de la OIT «La hora de la igualdad en el trabajo» se reconoce que la edad es un factor de discriminación determinante en el mercado de trabajo⁸. En ese sentido, en criterio que este Colegiado hace suyo, se ha sostenido que:

«Discriminar en el empleo y la ocupación consiste en dispensar a las personas un trato diferente y menos favorable debido a determinados criterios (...)sin tomar en consideración los méritos ni las calificaciones necesarias para el puesto de trabajo de que se trate. (...)merma las oportunidades de los hombres y las mujeres para desarrollar su potencial, sus aptitudes y cualidades (...)La discriminación en el trabajo genera desigualdades en los resultados del mercado de trabajo y coloca en una situación de desventaja a los miembros de determinados colectivos.»⁹

12. La discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando la normativa, las leyes o las políticas excluyen o desfavorecen explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo¹⁰ o, también, en nuestro criterio, la edad. Precisamente, el caso de autos se refiere al primer tipo de discriminación.

13. En el presente caso, mediante las Resoluciones Ministeriales de fechas 10 de febrero y 7 de setiembre de 2005 se dispuso inscribir a los señores Eduardo Manuel Alfredo Llosa y Humberto Alfredo Urteaga Dulanto en el Cuadro Especial del Escalafón del Servicio Diplomático. Por su parte, para los restantes demandantes obra en autos suficiente información que permite comprobar que, en tanto subsista la normativa cuestionada, a ellos también se les inscribirá en el referido cuadro cuando cumplan los 65 años de edad. Como ya se adelantó, el fundamento para tales medidas es el último párrafo del artículo 13° de la Ley N.º 28091, y los artículos 32°, 33° y 34° del Reglamento de la Ley del Servicio Diplomático de la República, aprobado por Decreto Supremo N.º 130-2003-RE. Tales normas disponen, entre otras cosas, que:

· Los miembros del Servicio Diplomático en situación de actividad, al cumplir 65 años de edad, pasarán a formar parte del Cuadro Especial del Escalafón del Servicio Diplomático. Aquellos funcionarios que se encuentren prestando servicios en el exterior al cumplir dicha edad serán trasladados a la Cancillería como asesores y sólo podrán ser nombrados como jefes de Misión Diplomática en el exterior en casos excepcionales, en consideración a exigencias de interés nacional.

· Los funcionarios que se encuentren en el Cuadro Especial del Escalafón del Servicio Diplomático mantienen los mismos derechos y prerrogativas de los demás funcionarios en situación de actividad, excepto ocupar cargos en órganos de línea en el Ministerio de Relaciones Exteriores y cargos permanentes en el exterior.

14. En tal sentido, este Colegiado considera que la evaluación del último párrafo del artículo 13° de la Ley N.º 28091, y de los artículos 32°, 33° y 34° del Decreto Supremo

8 OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: «La hora de la Igualdad en el Trabajo», Informe del Director General a la 93ª Reunión, 2003, de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra, 2003, p. 39.

9 *Ibíd.* p. 18.

10 *Ibíd.* p. 20.

N.º 130-2003-RE debe determinar si el pase al Cuadro Especial del Escalafón del Servicio Diplomático de los miembros del Servicio Diplomático en situación de actividad, que cumplen sesenta y cinco años de edad, con las limitaciones señaladas, vulnera su derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad.

15. En este contexto, conforme al test de igualdad, desarrollado por este Colegiado en las sentencias recaídas en los Expedientes N.os 00045-2004-PI/TC y 00004- 2006-PI/TC, se procederá a verificar si la diferenciación introducida por las normas y los actos cuestionados son válidas o constituyen una discriminación. Para ello, aplicaremos cada uno de los pasos del test.
16. En cuanto al primer paso (verificación de la diferenciación legislativa), cabe mencionar que la situación jurídica a evaluar se encuentra constituida por las normas que establecen que aquellos miembros del Servicio Diplomático que cumplan 65 años de edad no podrán ocupar cargos en órganos de línea en el Ministerio de Relaciones Exteriores y cargos permanentes en el exterior. La situación jurídica que funcionará en este caso como término de comparación está constituida por las normas que sí permiten a los demás miembros del Servicio Diplomático, de menor edad, ocupar cargos en órganos de línea en el Ministerio de Relaciones Exteriores y cargos permanentes en el exterior. Por tanto, efectuado el respectivo examen, este Colegiado estima que las normas cuestionadas superan este primer nivel, toda vez que otorgan un tratamiento diferenciado a dos situaciones de hecho que, a su vez, resultan diferentes.
17. Respecto del segundo paso (determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad), cabe destacar que al tratarse del impedimento del ejercicio de derechos fundamentales como el derecho al trabajo y de igualdad de oportunidades en la relación laboral, se verifica que la intervención normativa tienen una intensidad grave.
18. En cuanto al tercer paso (verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación), cabe mencionar que el Procurador del Ministerio de Relaciones Exteriores sostiene que la medida se justifica en el hecho de potenciar que los diplomáticos de menor edad también tengan oportunidad de ocupar cargos en órganos de línea y cargos permanentes en el exterior, ya que la mayoría de los demandantes, como se acredita en autos, han ocupado los mencionados cargos. El Tribunal estima que, prima facie, el fin perseguido no es ilegítimo en el marco de la Constitución. En consecuencia, las normas cuestionadas superan el tercer paso del test de igualdad. Si bien puede identificarse un fin constitucional en la diferenciación efectuada por el, ello no implica que la medida adoptada no vulnere el principio-derecho de igualdad, pues hace falta verificar si resulta razonable y proporcional, aspecto que debe verificarse en los siguientes pasos.
19. En cuanto al cuarto paso (examen de idoneidad), es necesario recordar que se refiere a una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención, y el fin que busca la medida. En ese sentido, este Colegiado estima que tal relación existe. En consecuencia, debemos seguir con el siguiente paso.
20. En cuanto al quinto paso (examen de necesidad), cabe mencionar que en el presente caso, tratándose de normas que limitan el ejercicio del derecho fundamental de igualdad de oportunidades en la relación laboral, se requiere de un juicio de igualdad

estricto, según el cual, como se ha expuesto, se exige que la medida adoptada, para ser constitucional, deba ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien o derecho constitucional o no lo afecte, entonces las medidas cuestionadas resultarán inconstitucionales.

21. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que las normas cuestionadas que limitan el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades en la relación laboral, así como el derecho al trabajo, no resultan absolutamente necesarias para la consecución del fin que se pretende, pues este pudo haber sido conseguido mediante otras medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas de los aludidos derechos fundamentales.
22. Al respecto, el literal d) del artículo 8º de la Ley N.º 28091 dispone que los funcionarios diplomáticos tienen derecho a desarrollar su carrera de acuerdo a las necesidades institucionales y sus expectativas profesionales. Igualmente, el artículo 30º de la misma ley señala que los funcionarios del Servicio Diplomático, cualquiera sea su categoría, sirven alternadamente seis años en el exterior y tres años en el país y por razones del servicio, debidamente fundamentadas, se puede extender o reducir dichos plazos por un máximo de un año.
23. Este Colegiado estima que las normas citadas de la propia ley del Servicio permiten conseguir el mismo fin que persiguen las normas cuestionadas; esto es, potenciar una mayor participación de aquellos que no han tenido acceso a cargos en órganos de línea o en altas funciones permanentes en el exterior. En efecto, es plenamente válido que sean las necesidades del servicio, las evaluaciones de desempeño, estudios, calificaciones profesionales, méritos, hoja de servicios, y otros criterios objetivos, los que determinen los criterios para desempeñar los cargos en los órganos de línea y las representaciones en el exterior.
24. En tal sentido, el Ministerio de Relaciones Exteriores, atendiendo a los criterios expuestos y fundamentando su decisión, puede fijar plazos menores para la representación en el exterior y para ocupar los órganos de línea según las necesidades institucionales de la rotación de cargos en el exterior como en el país, por cuanto, a través de ello, se dará oportunidad para que la mayor cantidad de funcionarios diplomáticos de todas las edades adquieran la experiencia necesaria para mejorar el Servicio Diplomático y así poder desarrollar su potencial profesional.
25. Por ello, si, como lo ha sostenido el Procurador Público, lo que se persigue es una mayor rotación en los cargos, es válido utilizar el criterio de que aquellos funcionarios que han ocupado importantes cargos en el exterior por largos años, o en los órganos de línea, progresivamente disminuyan su tiempo de permanencia en tales cargos para dar oportunidad a aquellos que también reúnen las calificaciones y méritos para ello. Lo que es contrario al derecho de igualdad es imponer una limitación general fundada exclusivamente en la edad, a pesar de que el artículo 18º de la Ley N.º 28091 dispone que la edad para pasar al retiro es de 70 años, sin considerar criterios objetivos.
26. En consecuencia, no habiendo superado el quinto paso del test de igualdad, el último párrafo del artículo 13º de la Ley N.º 28091, y los artículos 32º, 33º y 34º del Decreto

- Supremo N.º 130-2003-RE vulneran el principio-derecho de igualdad. En efecto, la disposición cuestionada viola el derecho a la igualdad de oportunidades en la relación laboral de aquellos miembros del Servicio Diplomático que, cumpliendo sesenta y cinco años, pasan a formar parte del Cuadro Especial del Escalafón del Servicio Diplomático, encontrándose impedidos de ocupar cargos en órganos de línea en el Ministerio de Relaciones Exteriores y cargos permanentes en el exterior.
27. Por tanto, las razones expuestas que complementan nuestra decisión recaída en el Caso Juan Fernando Guillén Salas (Exp. N.º 9707-2005-PA/TC), similar al presente, nos llevan a concluir que la inscripción de los recurrentes Eduardo Manuel Alfredo Llosa y Humberto Alfredo Urteaga Dulanto en el denominado Cuadro Especial del Escalafón del Servicio Diplomático y, por consiguiente, la imposición de la limitación de que puedan ocupar cargos en órganos de línea en el Ministerio de Relaciones Exteriores y cargos permanentes en el exterior, fundándose solamente en su edad, constituye un acto de discriminación directa por razón de edad en relación a otros funcionarios diplomáticos de menor edad. Por las mismas razones, tales normas constituyen una amenaza cierta e inminente de violación del derecho constitucional a la igualdad de los demás demandantes que aún no cumplen sesenta y cinco años de edad.
 28. De otro lado, con relación al segundo extremo del petitorio, mediante el cual solicitan que se les reconozca la situación jurídica de funcionarios públicos del Servicio Diplomático de la República conforme a la Ley de Carrera Diplomática vigente a la fecha de sus incorporaciones, es decir, bajo los alcances de la Ley N.º 6602, este Colegiado estima que, conforme a la reforma del artículo 103º de la Constitución, la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. En ese sentido, la Constitución consagra la tesis de los hechos cumplidos para la aplicación de las normas. Por tanto, la ley que regula el estatuto de diplomático de los recurrentes es la vigente Ley N.º 28091, que, por lo demás, establece en su artículo 13º que el retiro de los diplomáticos se produce al cumplir los 70 años de edad. Por tanto, este extremo de la demanda debe ser desestimado.
 29. Con relación al tercer extremo del petitorio, los recurrentes solicitan que se declare inaplicable el artículo 63º de la Ley N.º 28091, en cuanto establece que el sistema previsional del Servicio Diplomático se rige de acuerdo a las leyes sobre la materia. Al respecto, este Colegiado considera, al igual que en el punto anterior, que el artículo 103º de la Constitución consagra la tesis de los hechos cumplidos para la aplicación de las normas. Consecuentemente, el cuestionado artículo no vulnera el derecho pensionario de los demandantes, toda vez que la regulación de las pensiones, que como servidores civiles del Estado les corresponde, se efectuará conforme a las leyes de la materia y porque la ley que regula el estatuto de los servidores públicos del Servicio Diplomático es la Ley N.º 28091. Por tanto, este extremo de la demanda debe ser desestimado.
 30. Finalmente, es preciso señalar que, con relación al caso del señor Gustavo Teixeira Giraldo, mediante Resolución Ministerial de fecha 31 de mayo de 1996 fue pasado a la situación de retiro a partir del 9 de agosto de 1996, y mediante la Resolución Directoral de fecha 23 de junio de 1997 se le otorgó pensión mensual nivelable a

partir del 1 de setiembre de 1996. Al respecto, teniendo la condición de cesante desde 1996, la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda; en consecuencia, inaplicables para Eduardo Manuel Alfredo Llosa y Humberto Alfredo Aleaga Dulanto, el último párrafo del artículo 13° de la Ley N.º 28091, y los artículos 32°, 33° y 34° del Decreto Supremo N.º 130-2003-RE, e inaplicables las Resoluciones Ministeriales de fecha 10 de febrero y 7 de setiembre de 2005, que disponen su inscripción en el Cuadro Especial del Escalafón del Servicio Diplomático; asimismo, se declara inaplicables las mencionadas normas a los demás recurrentes.
2. Declarar **INFUNDADOS** los extremos relativos al reconocimiento de que su situación jurídica debe regirse por la Ley N.º 6602 y a la inaplicación del artículo 63° de la Ley 28901.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda para don Gustavo Teixeira Giraldo.
Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA

GONZALES OJEDA

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

VERGARA GOTELLI

LANDA ARROYO

EXP. N.º 3275-2003-AA/TC

SANTA

JOHN RICHARD

VELÁSQUEZ MINAYA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de agosto de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don John Richard Velásquez Minaya contra la sentencia de la Sala Civil de Chimbote de la Corte Superior de Justicia del Santa, de fojas 245, su fecha 11 de setiembre de 2003, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 17 de junio de 2002, el recurrente interpone acción de amparo contra el Director Regional de Trabajo y Promoción del Empleo-Áncash, don Humberto Zacarías Gutiérrez Sánchez, a fin de que lo reponga en su puesto de trabajo y le pague una indemnización por la violación de sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo, a la libertad de contratación, a la legítima defensa, al debido proceso y al ingreso a la carrera administrativa. Manifiesta que fue contratado como inspector de trabajo, bajo la modalidad de servicios no personales, desde el 1 de abril de 2001 hasta el 16 de abril de 2002, fecha en la cual fue despedido –según alega– en forma abusiva, sin procedimiento alguno y sin considerar el Decreto Legislativo N.º 910, vigente a partir del 1 de julio de 2001.

El emplazado propone las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de caducidad, y contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, solicitando que sea declarada improcedente. Refiere que el plazo del contrato de servicios no personales del recurrente venció el 15 de abril de 2002; que los servicios prestados eran diversos y no exclusivamente en calidad de inspector de trabajo; y que la Segunda Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 910 no puede ser aplicada a su caso en tanto el Ministerio de Economía y Finanzas no realice las transferencias presupuestarias correspondientes.

El Segundo Juzgado Especializado Civil de Chimbote, con fecha 22 de octubre de 2002, declaró infundadas las excepciones propuestas y fundada la demanda, por considerar que el demandante efectivamente prestó servicios de carácter permanente por más de un año y de modo ininterrumpido, por lo que resulta aplicable a su caso el artículo 1º de la Ley N.º 24041; y, que el Decreto Legislativo N.º 910 no puede estar sujeto a ninguna condición suspensiva.

La recurrida, revocando la apelada, declaró infundada la demanda, por considerar que el recurrente no ha acreditado la violación de los derechos constitucionales invocados.

FUNDAMENTOS

1. Tal como se desprende de la constancia de trabajo de fojas 9; de las actas, mandatos y órdenes que obran de fojas 21 a 30; y de las credenciales de trabajo de fojas 31 a 33, el demandante efectivamente se desempeñó como inspector de trabajo en la Dirección Regional de Trabajo y Promoción Social de Áncash, entre el 1 de abril de 2001 y el 15 de abril de 2002, situación que se corrobora con la declaración del emplazado de fs. 65, la cual tiene la calidad de asimilada a tenor del artículo 221º del Código Procesal Civil.
2. La Segunda Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 910, en concordancia con el artículo 6.2 y la Primera Disposición Transitoria y Final de la norma en cuestión, estableció que los inspectores de trabajo que al 1 de julio de 2001 se encuentren prestando servicios en las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción Social, bajo cualquier modalidad, quedaban incorporados al cuerpo de inspectores y al régimen laboral de la actividad privada. En consecuencia, en dicha fecha el recurrente quedó incorporado al cuerpo de inspectores y al régimen laboral de la actividad privada.
3. En tal sentido, habiéndose verificado que al momento de entrada en vigencia de la Segunda Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 910, el

demandante venía desempeñándose como inspector de trabajo en la Dirección de Trabajo y Promoción Social, labor que tenía las características de subordinación y permanencia, resultaba aplicable a su caso lo dispuesto por la referida norma.

4. Así, constatándose que al momento de su separación del cargo el demandante había superado el período de tres meses previsto por el artículo 10° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, como período de prueba, había adquirido el derecho a la protección contra el despido arbitrario refrendado por la sentencia emitida por este Tribunal en el Expediente N.° 976-2002-AA/TC.
5. Por consiguiente, en el presente caso se ha configurado el supuesto de despido arbitrario, por lo que procede estimar la demanda en el extremo que se refiere a la reposición del trabajador.
6. Conforme a la jurisprudencia emitida por este Tribunal, y teniendo el reclamo del pago de las remuneraciones dejadas de percibir naturaleza indemnizatoria, y no, obviamente, restitutoria, no es ésta la vía en que corresponde atender tal pretensión, razón por la que se deja a salvo el derecho del recurrente para que lo haga valer, en todo caso, en la forma legal respectiva, por la indemnización del daño causado que se pruebe.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que la Constitución Política del Perú le confiere,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda; en consecuencia, repóngase al demandante en su puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido al pago de indemnización.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

JURISPRUDENCIA RESPECTO AL DESPIDO.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

CASACIÓN N° 5905-2007, LIMA

Nulidad de despido y otros.

PROCESO ORDINARIO.

Lima, diecinueve de junio de dos mil diecisiete.

VISTA:

La causa número cinco mil novecientos cinco, guion dos mil siete, guion Lima, en audiencia pública de la fecha; y producida la votación con arreglo a ley; interviniendo como ponente el señor juez supremo Arévalo Vela, con la adhesión de los señores jueces supremos: Yrivarren Fallaque, Rodas Ramírez y De La Rosa Bedriñana; y el voto en minoría de la señora jueza suprema Mac Rae Thays; se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada, Promotora Interamericana de Servicios Sociedad Anónima - PISERSA, mediante escrito presentado con fecha diez de noviembre de dos mil seis, que corre de fojas doscientos treinta y ocho a doscientos cuarenta y dos, contra la sentencia de vista contenida en la resolución de fecha diez de julio de dos mil seis, que corre de fojas doscientos treinta y cuatro a doscientos treinta y seis, que confirmó la sentencia apelada contenida en la resolución de fecha dieciséis de marzo de dos mil cinco, que corre de fojas ciento sesenta y siete a ciento setenta, que declaró fundada en parte la demanda; en el proceso seguido por la demandante, María Antonieta Escobar Velásquez, sobre **nulidad de despido** y otro.

CAUSALES DEL RECURSO:

La parte recurrente invocando la tutela jurisdiccional efectiva y su derecho a la demanda, denuncia la causal siguiente: interpretación errónea del inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

CONSIDERANDO:

Primero: De la pretensión demandada y pronunciamientos de las instancias de mérito

- a) **Antecedentes del caso:** De la revisión de los actuados se verifica que en fojas quince a dieciocho, subsanada en fojas veinte, aparece la demanda interpuesta por María Antonieta Escobar Velásquez contra la Promotora Interamericana de Servicios Sociedad Anónima - PISERSA, mediante la cual solicita la **nulidad de su despido** y su reposición en su mismo puesto de trabajo con el pago de las remuneraciones devengadas; asimismo, solicita se deje sin efecto la rebaja salarial y se le restituya su remuneración salarial en cuatrocientos setenta y uno y 62/100 nuevos soles (S/.471.62) y se le pague los reintegros respectivos, así como el pago de las gratificaciones de diciembre de dos mil once y horas extras.
- b) **Sentencia de primera instancia:** La jueza del Segundo Juzgado Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, a través de la sentencia emitida con fecha diez de julio de dos mil seis, que corre de fojas doscientos treinta y cuatro a doscientos treinta y seis, declaró fundada en parte la demanda, exponiendo que el móvil por el cual se resolvió el vínculo laboral es por haberse presentado la accionante ante un **centro de conciliación** con el objeto de solucionar un conflicto entre las partes, la misma que resulta equiparable a una queja presentada ante una autoridad competente, por lo que determinó la existencia de un **despido nulo** y que la actora se encontraba incurso en los supuestos que establece la norma.

- c) **Sentencia de segunda instancia:** Por su parte, el **Colegiado Superior** de la Primera Sala Laboral de la misma Corte Superior, mediante la sentencia de vista contenida en la resolución de fecha diez de julio de dos mil seis, que corre de fojas doscientos treinta y cuatro a doscientos treinta y seis, procedió a **confirmar** la sentencia apelada.

Segundo: Antes de emitir pronunciamiento, debemos precisar que el Tribunal Constitucional mediante Sentencia de fecha uno de julio de dos mil dieciséis, recaída en el Expediente N° 01747-2013-PA/TC, que corre de fojas cincuenta y dos a sesenta y uno del cuaderno de casación, resolvió declarar nula la Casación de fecha tres de julio de dos mil ocho, ordenando se expida nueva resolución.

Tercero: En consecuencia, corresponde emitir pronunciamiento de fondo sobre la causal declarada procedente, referida a la interpretación errónea del inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Cuarto: Sobre el inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, debemos decir que la norma señalada establece lo siguiente: «Es nulo el despido que tenga por motivo: c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes (...)»

Quinto: La interpretación errónea de una norma material, está referida a errores cometidos por el juzgador respecto del sentido o contenido de la norma, en función a los métodos interpretativos generalmente admitidos.

Sexto: Analizando la norma descrita en el considerando anterior, el tratadista nacional Blancas Bustamante señala lo siguiente: «(...) aunque la LPCL no lo diga expresamente, debe entenderse que la queja, el reclamo o proceso seguido contra el empleador debe ser de naturaleza laboral, es decir referirse a incumplimientos o conductas del empleador que afecten los derechos del trabajador derivados de la relación de trabajo o de sus derechos fundamentales. En tal sentido, la queja o reclamo del trabajador, podría ser aquella tramitada bajo cualquier clase de procedimiento, no siendo válida, por su sentido restrictivo y contrario a la finalidad de la norma, una interpretación que pretendiera reducir dichos reclamos a la vía procesal laboral, excluyendo la defensa de sus derechos que el trabajador pudiera intentar en otra vía».

Sétimo: De lo expuesto anteriormente, esta Sala Suprema en cumplimiento a su finalidad de unificar la jurisprudencia laboral, ha establecido en la Casación Laboral N° 2066-2014 de fecha veintisiete de octubre de dos mil catorce, respecto a la correcta interpretación del inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, que: «(...) se extiende a todo proceso administrativo o judicial que siga el trabajador contra su empleador siempre y cuando tenga conexión con sus derechos de carácter laboral, por lo que se descarta que cualquier comunicación interna dirigida por el trabajador contra su empleador, formulando alguna reclamación de carácter laboral o de otra naturaleza, pueda ser considerada como la causal de nulidad que señala la norma citada precedentemente.»

Octavo: Cabe precisar, que el criterio señalado en el considerando que antecede ha sido asumido anteriormente por la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación N° 2722-97-Lambayeque con fecha dos de junio de mil novecientos noventa y nueve.

Noveno: Solución al caso concreto. En el caso de autos, se aprecia que la parte demandante solicita una audiencia de conciliación ante el Centro de Conciliación – AJUSDER, invitando a la demandada, conforme se verifica del acta de conciliación que corre en fojas seis a siete, a llegar a un acuerdo respecto de su traslado de su lugar habitual de trabajo a otro distinto y al pago de sus beneficios sociales. La parte demandante, alega que como represalia por haber presentado una solicitud de audiencia de conciliación ante el Centro de Conciliación – AJUSDER, la emplazada le remite la carta notarial de fecha ocho de febrero de dos mil doce, en el que le informan que dan por concluida su relación laboral, y que, debido a ello, es **nulo el despido** ocasionado solicitando su reposición.

Que, resulta necesario analizar si el inicio de un procedimiento de conciliación puede considerarse similar al de una queja o proceso iniciado contra el empleador ante la autoridad competente. Al respecto, debemos decir que la queja o reclamo presentados ante la autoridad administrativa o judicial buscan que la misma emita un pronunciamiento de fondo amparando o desestimando las causas que originan la controversia, es decir, implica un enfrentamiento de las partes y la decisión de un tercero a favor de una o de otra. Por el contrario, la conciliación es un medio alternativo de solución de conflictos por el cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral denominado conciliador llegando a un acuerdo de naturaleza autónoma, es decir, que ni la autoridad administrativa ni la judicial deciden el resultado.

Siendo esto así, esta Sala Suprema discrepa respetuosamente del criterio del Tribunal Constitucional de considerar que un trámite de conciliación es equivalente al de una queja o reclamo ante la autoridad administrativa o judicial, más aún, si tenemos en cuenta que la intervención del tercero en estos casos es decisiva, pues, soluciona el conflicto, al ser una forma de solución heterónoma del conflicto; mientras que en la conciliación la participación del tercero es activa pero no decide la solución del conflicto, es una forma de solución que la doctrina denomina autocomposición indirecta.

De lo expuesto, se puede concluir que si bien la demandada le remitió a la accionante la carta notarial de fecha ocho de febrero de dos mil doce, comunicando la conclusión de su relación laboral, luego de la invitación a la audiencia de conciliación; sin embargo, conforme a la interpretación de esta Suprema Sala, para que se configure la **nulidad del despido** de la trabajadora, ésta debió interponer una queja dirigida ante la Autoridad Administrativa de Trabajo o el Poder Judicial, lo que no se ha dado en el presente caso; por lo que la causal invocada deviene en fundada.

Por estas consideraciones:

FALLO:

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada, **Promotora Interamericana de Servicios Sociedad Anónima - PISERSA**, mediante escrito presentado con fecha diez de noviembre de dos mil seis, que corre de fojas doscientos treinta y ocho a doscientos cuarenta y dos; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista contenida en la resolución de fecha diez de julio de dos mil seis, que corre de fojas doscientos treinta y cuatro a doscientos treinta y seis; y actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia apelada contenida en la resolución de fecha dieciséis de marzo de dos mil cinco, que corre de fojas ciento sesenta y siete a ciento setenta, en el extremo que declaró **nulo el despido** ocasionado por la demandada y ordenó su reposición, reformándola declararon infundado dicho extremo; **DISPUSIERON** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial «El Peruano» conforme a ley; en el proceso

seguido por la demandante, **María Antonieta Escobar Velásquez**, sobre **nulidad de despido** y otros y los devolvieron.

S.S. ARÉVALO VELA

YRIVARREN FALLAQUE

RODAS RAMÍREZ

DE LA ROSA BEDRIÑANA

CAS. LAB. N° 4213-2015 LIMA ESTE.

NULIDAD DE DESPIDO.

PROCESO ORDINARIO.

SUMILLA:

Para que una decisión judicial se encuentre justificada, es decir, para que responda al principio de la debida motivación o autosuficiencia, y observe el debido proceso, debe comprender no solo fundamentos de hecho, sino también de Derecho, teniendo en cuenta los límites de las pretensiones formuladas en el proceso y los agravios expuestos en vía recursiva. Lima, cinco de agosto de dos mil dieciséis.

VISTA; la causa número cuatro mil doscientos trece, guion dos mil quince, guion LIMA ESTE, 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 el demandante, Víctor Edwin Hidalgo Tantavilca, mediante escrito de fecha diecisiete de noviembre de dos mil catorce, que corre en fojas doscientos sesenta y cuatro a doscientos setenta y cuatro, contra la Sentencia de Vista de fecha cuatro de setiembre de dos mil catorce, que corre en fojas doscientos cincuenta y cuatro a doscientos cincuenta y siete, que confirmó la Sentencia apelada de fecha veintiséis de abril de dos mil trece, que corre en fojas doscientos nueve a doscientos doce, que declaró infundada la demanda; en el proceso ordinario laboral seguido con la entidad demandada, Municipalidad Distrital de Ate, sobre nulidad de despido.

CAUSALES DEL RECURSO:

El recurrente invocando el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por la Ley N° 27021, denuncia textualmente como causales objeto de calificación: i) Inaplicación del inciso 8) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú; ii) Inaplicación del artículo 109° de la Constitución Política del Perú; iii) Contradicción con resoluciones expedidas por al Corte Suprema recaídas en los procesos Nos. 4756-2009, 3300-2009, 3616-2009, 3452-2009, 3424-2009 y 2829-2009; iv) Inaplicación del inciso a) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR; y v) Infracción de los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo al respecto.

CONSIDERANDO:

Primero: El recurso de casación reúne los requisitos de procedencia y de forma, contemplados en los artículos 55° y 57° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificados por el artículo 1° de la Ley N° 27021, siendo admitido por el Colegiado de la

Sala Civil Descentralizada de de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, mediante resolución del diecisiete de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas doscientos ochenta y cuatro; correspondiendo a esta Sala Suprema pronunciarse sobre si el recurso cumple con las causales previstas en el artículo 56° y si reúne los requisitos de fondo exigidos en el artículo 58° de la acotada Ley Procesal del Trabajo.

Segundo: Se aprecia en el escrito de demanda presentada el trece de junio de dios mil once, que corre en fojas cincuenta y cuatro a sesenta y ocho, que el actor solicita se declare la nulidad de su despido por las causales previstas en los incisos a) y b) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, y se ordene su reposición como servidor obrero permanente de la entidad

demandada, bajo contrato laboral de tipo indeterminado sujeto al régimen laboral de la actividad privada; asimismo, solicita el pago de las remuneraciones devengadas desde la fecha del despido nulo al momento de su reposición efectiva, más intereses legales, con costos y costas del proceso.

Tercero: El Juez del Primer Juzgado Mixto de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, mediante Sentencia de fecha veintiséis de abril de dos mil trece, declaró infundada la demanda, al señalar que resulta irrelevante determinar en un proceso judicial, si con anterioridad a la suscripción de los contratos de administración de servicios (en adelante CAS), los contratos civiles que suscribió la demandante fueron desnaturalizados, dicha situación de fraude constituiría un periodo independiente del inicio del contratos CAS, el cual es constitucional de acuerdo a la Sentencia N° 0002-2010-PI/TC.

Cuarto: El Colegiado de la Sala Mixta de Ate de la citada Corte Superior, mediante Sentencia de Vista de fecha cuatro de setiembre de dos mil catorce, confirmó la Sentencia apelada, que declaró infundada la demanda, con los mismos argumentos del juez de primera instancia.

Quinto: La recurrente invoca como causales de su recurso de casación, objeto de calificación las siguientes: i) Inaplicación del inciso 8) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú. Refiere que el juez debe aplicar los principios generales del derecho, siendo que en el caso concreto, no se cumplió con aplicar el principio de primacía de la realidad por el periodo comprendido desde el ocho de agosto de dos mil ocho, fecha en la que inició sus labores mediante contratos CAS; asimismo, refiere que tampoco se ha considerado en aplicar el principio in dubio pro operario, principio de irrenunciabilidad de derechos y principio de igualdad ante la ley. ii) Inaplicación del artículo 109° de la Constitución Política del Perú. Refiere que resulta incoherente pretender aplicar una norma reciente cuando el derecho del trabajo y pruebas actuadas durante el proceso, se ha demostrado que la Municipalidad demandada, no ha cumplido en ejecutar el artículo 37° de la Ley N° 27972, vulnerando el derecho laboral que da preferencia al contrato laboral, dentro del régimen laboral privado, y que por su naturaleza permanente, correspondía en implementar el contrato a plazo indeterminado con tutela jurisdiccional restitutoria, derechos laborales que el demandante debió de gozar desde el ocho de agosto de dos mil ocho. iii) Contradicción con resoluciones expedidas por al Corte Suprema recaídas en los procesos Nos. 4756-2009, 3300-2009, 3616-2009, 3452-2009, 3424-2009 y 2829-2009, cuya situación laboral y de hecho del trabajador es similar al presente caso, materia de autos. iv) Inaplicación del inciso a) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Refiere que en el presente caso, los medios probatorios que están en la demanda principal acreditan como consecuencia de ejercer el derecho Supra Nacional de la Libertad Sindical,

por participar en actividades sindicales como afiliado al Sindicato Único de Trabajadores de la Municipalidad de Ate "SUTRAMAVIT", se produjo el despido nulo. v) Infracción de los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú. Refiere que el Colegiado Superior, no ha tenido en cuenta su condición de obrero municipal que realiza labores permanentes, debiéndose haber declarado la invalidez de los contratos CAS, y el reconocimiento de la existencia de una relación laboral de naturaleza indeterminada.

Sexto: En tal sentido, existiendo causales materiales y procesales, iniciamos el análisis sobre la causal procesal denunciada en el ítem v), respecto de la cual cabe señalar que de acuerdo al artículo 54° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificada por la Ley N° 27021, son fines esenciales del recurso de casación: a) La correcta aplicación e interpretación de las normas materiales del Derecho Laboral, Previsional y de Seguridad Social y b) La unificación de la jurisprudencia laboral nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República; por tal razón la causal invocada al ser una norma de orden procesal, no se encuentra contemplada como causal del recurso de casación; por tales razones, la causal denunciada devendría en improcedente. No obstante lo anterior, en atención a lo preceptuado por el artículo 392°-A del Código Procesal Civil, este Colegiado admite a trámite el presente recurso en forma excepcional y extraordinaria, por la causal de contravención de los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, a efecto de verificar la validez del pronunciamiento que es materia de impugnación, debido a que si bien la contravención de normas al debido proceso no se encuentra recogida como causal contemplada en la Ley N° 26636; sin embargo, esta Sala Suprema no puede soslayar que, tiene también como misión analizar si durante el proceso sometido a su conocimiento se ha cumplido todas las garantías y derechos relacionados con la observancia del debido proceso contemplada en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. Solo cuando esta Corte Suprema verifica el cumplimiento de dichas exigencias, puede ejercer debidamente sus facultades y competencias que, en el caso laboral, le son asignadas por el artículo 54° de la Ley Procesal del Trabajo, debiendo por tanto exigir que en las causales sometidas a su jurisdicción se respeten ciertas reglas esenciales para configurar un proceso válido. En virtud de lo antes expuesto, procederá este Colegiado Supremo con el análisis de la infracción a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, a efectos de determinar si la sentencia emitida por el Colegiado

Superior cumple con los estándares mínimos exigibles para un debido proceso y la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales ambos derechos establecidos en los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú.

Sétimo: Para que una decisión judicial se encuentre justificada, es decir, para que responda al principio de la debida motivación o autosuficiencia, y observe el debido proceso, debe comprender no solo fundamentos de hecho, sino también de derecho, teniendo en cuenta los límites de las pretensiones formuladas en el proceso y los agravios expuestos en vía recursiva.

Octavo: De lo señalado, se advierte que los puntos controvertidos fijados en la audiencia en fojas ciento cuarenta y tres a ciento cuarenta y cinco son los siguientes: i) Determinar la relación contractual del demandante con la demandada y con ello determinar si existe una desnaturalización contractual y de darse el caso determinar la existencia de una relación laboral entre las partes. ii) Determinar la fecha de inicio y cese de la relación laboral entre el demandante y la demandada, iii) Determinar si se reúnen los presupuestos procesales que configuren la nulidad de despido; iv) Determinar si al demandante le

corresponde la reposición que solicita; v) Determinar si al demandante le corresponde el pago de remuneraciones devengadas desde la fecha del despido en caso de determinar su nulidad.

Noveno: Que, como se puede apreciar de la Sentencia de Vista materia del recurso, solamente se ha argumentado que como el actor estuvo vinculado con la entidad demandada mediante la modalidad del contrato CAS, y como dicho régimen es constitucional, por tanto debe declararse infundada la demanda.

Décimo: Que, sin embargo, la controversia del caso concreto no radica en la constitucionalidad o no del CAS, sino en determinar si un obrero de una municipalidad puede ser contratado mediante dicha modalidad o régimen especial, a la luz de lo previsto en la Ley Orgánica de Municipalidades, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la que haya emitido esta Sala Suprema, o si le correspondería el régimen laboral privado. Que, siendo ello así, no se ha emitido pronunciamiento ni se justifica sobre lo que es el aspecto central de la controversia, razón por la que la Sentencia de Vista contraviene el derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales prevista en el inciso 5) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú.

Décimo Primero: Precisamente, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, ha sostenido que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la motivación queda delimitado, entre otros, en el supuesto de 'Inexistencia de motivación o motivación aparente'. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

Décimo Segundo: Sobre la base de lo precisado por el Tribunal Constitucional, este Colegiado considera que la Sentencia de Vista, incurre en vicio de motivación aparente, y como tal se afecta el contenido esencial del derecho a la debida motivación que todo Juez debe observar y respetar respecto de los justiciables. Por tanto, tal constatación da lugar a que la sentencia de vista sea nula y así se declare de conformidad con el artículo 171º del Código Procesal Civil. **Décimo Tercero:** Finalmente, debemos señalar que conforme a los fundamentos que anteceden se ha acreditado que la instancia superior ha incurrido en infracción de los incisos 3) y 5) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, por tanto, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre las causales denunciadas que se da cuenta en los ítems i), ii), iii) y iv) del considerando quinto de la presente resolución. Por estas consideraciones:

FALLO: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante, Víctor Edwin Hidalgo Tantavilca, mediante escrito de fecha diecisiete de noviembre de dos mil catorce, que corre en fojas doscientos sesenta y cuatro a doscientos setenta y cuatro; en consecuencia: **NULA** la Sentencia de Vista de fecha cuatro de setiembre de dos mil catorce, que corre en fojas doscientos cincuenta y cuatro a doscientos cincuenta y siete; e **INSUBSISTENTE** la Sentencia apelada de fecha veintiséis de abril de dos mil trece, que corre en fojas doscientos nueve a doscientos doce; **ORDENARON** al Juez de primera instancia emita nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta lo señalado en la presente resolución; y **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido con la entidad

demandada, Municipalidad Distrital de Ate, sobre nulidad de despido; interviniendo como ponente, el señor juez supremo Arias Lazarte y los devolvieron.

SS.

YRIVARREN FALLAQUE,

CHAVES ZAPATER,

ARIAS LAZARTE,

DE LA ROSA BEDRIÑANA,

MALCA GUAYLUPO,

JURISPRUDENCIA DE DESPRIDO ARBITRARIO.

CAS. N° 7925-2017 ICA/ Indemnización por despido arbitrario.

PROCESO ORDINARIO - NLPT.

Lima, dieciocho de octubre de dos mil diecisiete.

VISTO y CONSIDERANDO:

Primero:

El recurso de casación interpuesto por el demandante, **Jorge Adalberto Cabrera Ormeño**, mediante escrito de fecha seis de marzo de dos mil diecisiete, que corre de fojas trescientos catorce a trescientos treinta y cuatro, contra la **Sentencia de Vista** contenida en la resolución de fecha catorce de febrero de dos mil diecisiete, que corre de fojas trescientos seis a trescientos doce, que **confirmó** la **Sentencia apelada** contenida en la resolución de fecha dos de noviembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas doscientos setenta y seis a doscientos ochenta y dos, que declaró **infundada** la demanda; cumple con los requisitos de admisibilidad que contempla el artículo 35° de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Segundo:

El recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario eminentemente formal y procede solo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 34° de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, es decir:

- a) **La infracción normativa** y
- b) **El apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República.**

Tercero:

Asimismo, el recurrente no debe haber consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando esta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso; debe describir con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento de los precedentes vinculantes que denuncia; demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada y además, señalar si su pedido casatorio es anulatorio o revocatorio; conforme a los requisitos de procedencia previstos en los incisos 1), 2), 3) y 4) del artículo 36° de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Cuarto:

Se aprecia del escrito de demanda, de fecha cinco de noviembre de dos mil quince, que corre de fojas ochenta y seis a ciento catorce, que el actor pretende que la demandada le pague la suma de S/.108 717.00, por concepto de indemnización por despido arbitrario, del cual alega haber sido objeto, solicitando además el pago de los intereses legales, costas y costos del proceso.

Quinto:

Respecto al requisito de procedencia previsto en el inciso 1) del artículo 36° de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, se advierte que el recurrente apeló la sentencia expedida en primera instancia, conforme se verifica del escrito que corre de fojas doscientos ochenta y seis a doscientos noventa y ocho.

Sexto:

El recurrente denuncia como causales de su recurso, las siguientes:

i) Infracción normativa por contravención a principios procesales establecidos en los numerales 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú.

ii) Infracción normativa por inaplicación de los artículos I y III del Título Preliminar de la Ley General de Salud N° 26842 y del artículo 1°; incisos 1) y 2) del artículo 2° y artículo 7° de la Constitución Política del Perú.

iii) Infracción normativa por indebida aplicación del literal f) del artículo 16° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR e infracción normativa por la debida aplicación del Decreto Supremo N° 054-97-EF.

iv) La contradicción con la Casación N° 12306-2014-AREQUIPA y con la Sentencia N° 00832- 2009-PA/TC.

Sétimo:

En cuanto a la causal denunciada en el literal i), se aprecia que el recurrente pretende con los argumentos expuestos un nuevo examen de los hechos y pruebas analizadas en las instancias de mérito; sin embargo, como ha sostenido esta Corte Suprema en reiteradas ocasiones, vía recurso de casación no es posible volver a revisar los hechos establecidos, ni valorar nuevamente los medios probatorios actuados en el proceso, puesto que tal pretensión transgrede la naturaleza y fines del recurso de extraordinario de casación; razón por la que conforme al numeral 3) del artículo 36° de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, la causal denunciada deviene en improcedente.

Octavo:

Sobre la causal denunciada en el **literal ii)**, debemos decir que el recurrente no logra demostrar la incidencia de la infracción normativa sobre la decisión impugnada, razón por la que conforme al numeral 3) del artículo 36° de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, deviene en **improcedente**.

Noveno:

Respecto a la causal denunciada en el **literal iii)**, se debe precisar que el recurrente no logra demostrar la incidencia de la norma indicada; además de cuestionar lo que ya ha

sido dilucidado y resuelto en ambas instancias, razón por la que, de conformidad con lo previsto en el inciso 3) del artículo 36° de la Ley N°29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, esta causal deviene en **improcedente**.

Décimo:

Sobre la causal denunciada en el **literal iv)**, cabe precisar que el presente proceso ha sido tramitado bajo los alcances de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo; sin embargo, el recurrente invoca contradicción con otras resoluciones, la cual no es una causal prevista en el artículo 34° de la referida Ley N° 29497; entonces, deviene en **improcedente**. Por estas consideraciones, en aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 37° de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo:

Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el demandante, **Jorge Adalberto Cabrera Ormeño**, mediante escrito de fecha seis de marzo de dos mil diecisiete, que corre de fojas trescientos catorce a trescientos treinta y cuatro; y **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido con la empresa demandada, **Shougang Hierro Perú S.A.A.**, sobre indemnización por despido arbitrario, interviniendo como ponente el señor juez supremo **Rodas Ramírez**; y los devolvieron.

S.S.

ARÉVALO VELA,

YRIVARREN FALLAQUE,

RODAS RAMÍREZ,

DE LA ROSA BEDRIÑANA,

MALCA GUAYLUPO,

EXP. N.º 04910-2012-PA/TC

PIURA

ARMANDO GABRIEL

CHÁVEZ LÓPEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de abril de 2014, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto en mayoría de los magistrados Mesía Ramírez y Eto Cruz, el voto en discordia del magistrado Álvarez Miranda, y el voto dirimente del magistrado Calle Hayen, que se agregan a los autos

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Armando Gabriel Chávez López contra la resolución expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 142, su fecha 17 de agosto del 2012, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 31 de enero del 2012, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Castilla, solicitando que se deje sin efecto el despido arbitrario del que fue objeto, y que, en consecuencia se ordene su reposición en el cargo de chofer de limpieza pública. Manifiesta que prestó servicios para la municipalidad emplazada desde el 2 de julio del 2011 hasta el 2 de enero del 2012, fecha en que fue despedido; que no suscribió ningún contrato con la demandada; y que se desempeñó como chofer obrero de limpieza pública. Agrega que fue despedido sin expresión de causa, vulnerándose sus derechos al trabajo y al debido proceso.

El Procurador Público de la municipalidad emplazada contesta la demanda expresando que el demandante no ha trabajado ni suscribió ningún contrato con su representada, sino que prestó servicios para la empresa EMCASAC, mediante contrato de naturaleza civil.

El Juzgado Mixto de Castilla, con fecha 4 de mayo de 2012, declaró fundada la demanda, por estimar que se ha acreditado que el demandante mantuvo una relación laboral de duración indeterminada con la municipalidad emplazada, y que se vulneró el derecho al trabajo del demandante porque se le despidió sin expresión de causa.

La Sala Superior competente, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, por considerar que el demandante tenía la condición de empleado municipal, razón por la cual la pretensión debe ventilarse en la vía contencioso-administrativa.

FUNDAMENTOS

1) Delimitación del petitorio

El demandante solicita su reposición en el cargo que venía ocupando, sosteniendo que ha sufrido un despido arbitrario. Afirma que, habiéndose desempeñado como chofer de limpieza pública, tenía la condición de obrero municipal sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

2) Consideraciones previas.

- 2.1. En atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la STC 0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante, en el presente caso corresponde evaluar si el recurrente fue objeto de un despido arbitrario.

3) Sobre la afectación del derecho al trabajo

3.1. Argumentos de la parte demandante.

El demandante afirma que ha sido víctima de un despido sin expresión de causa, violatorio de su derecho constitucional al trabajo, debido a que no obstante mantener con la entidad emplazada una relación laboral de naturaleza indeterminada, fue despedido de manera incausada.

3.2. Argumentos de la parte demandada

El Procurador Público de la Municipalidad emplazada sostiene que el demandante no suscribió contrato alguno con su representada, sino que tuvo una relación de carácter civil con la empresa municipal EMCASAC En Liquidación, mediante contratos de locación de servicios.

3.3. Consideraciones del Tribunal Constitucional

- 3.3.1. El derecho al trabajo se encuentra reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Al respecto, este Tribunal estima que el contenido esencial del referido derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

Respecto al derecho constitucional a la protección adecuada contra el despido arbitrario reconocido en el artículo 27° de la Constitución, se debe señalar que este Tribunal, en la STC N.º 00976-2001-AA/TC, delimitó su contenido e interpretó qué debe entenderse por protección adecuada contra el despido arbitrario. Asimismo, el Tribunal ha reconocido en reiterada jurisprudencia (por todas, la STC N.º 05650-2009-PA/TC), dos tipos de protección en casos de despido arbitrario, de carácter excluyente y a elección del trabajador: a) protección de eficacia resarcitoria, cuando el trabajador opta por recurrir a la vía ordinaria solicitando el pago de la indemnización por despido arbitrario; y b) protección de eficacia restitutoria, cuando el trabajador opta por recurrir a la vía constitucional a través del proceso de amparo constitucional, siempre y cuando el despido se haya producido, entre otros supuestos, de manera **incausada**, es decir, ejecutado de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresión de causa alguna relacionada con la conducta o el desempeño laboral del trabajador que la justifique.

- 3.3.2. El primer punto a dilucidar es determinar cuál fue la entidad o empresa para la que prestó servicios el recurrente; esto es, si fue la municipalidad emplazada o la Empresa Municipal de Maquinaria Pesada S.A.C En Liquidación (EMCASAC). La parte emplazada sostiene que no mantuvo ningún tipo de relación con el demandante y que fue con EMCASAC que éste tuvo una relación de carácter civil. Sin embargo, de fojas 69 a 82 obra la memoria de liquidación de la mencionada empresa, de la que se desprende que el día 6 de julio del 2011 se cursó carta de despido al demandante poniendo fin al vínculo contractual que mantuvieron. Por otro lado, de los comprobantes de pago que obran de fojas 28 a 32 y a fojas 42, se acredita que el actor prestó servicios en calidad de chofer de limpieza pública para la municipalidad emplazada, a partir de la segunda quincena del mes de julio hasta diciembre de 2011, como se desprende del membrete y sellos en los que consta la denominación “Municipalidad Distrital de Castilla”.
- 3.3.3. Respecto a la naturaleza de los servicios que prestó el demandante, debe tenerse presente que la labor de chofer de limpieza pública tiene la característica de ser permanente, subordinada y, además, por su propia naturaleza debe estar sujeta a un horario de trabajo impuesto por la Municipalidad emplazada y bajo dependencia dado que la emplazada debía brindar al actor los instrumentos necesarios para el ejercicio de sus funciones; también está acreditado que el demandante percibió un pago mensual por la función que cumplía.

- 3.3.4. Por otro lado, ambas partes concuerdan en señalar que el recurrente no suscribió ningún tipo de contrato con la municipalidad emplazada; por lo tanto, no existiendo contrato de trabajo celebrado por escrito por las partes, queda acreditado que el actor prestó servicios personales, remunerados y bajo subordinación y dependencia de la emplazada, de conformidad con el artículo 4º del Decreto Supremo 003-97-TR; por lo que dicha prestación de servicios debe ser considerada como una contratación laboral a plazo indeterminado.
- 3.3.5. Por consiguiente, habiéndose despedido al demandante sin expresarle causa alguna derivada de su conducta o capacidad laboral que lo justifique, se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, por lo que, en mérito de la finalidad restitutoria del proceso de amparo, procede la reposición del demandante en el cargo que venía desempeñando.

4) Sobre la afectación de los derechos al debido proceso y de defensa

4.1. Argumentos de la parte demandante.

El demandante también afirma que su despido sin expresión de causa resulta violatorio de sus derechos constitucionales al debido proceso, pues no se ha seguido el procedimiento de despido establecido en la normatividad laboral.

4.2. Argumentos de la parte demandada

La parte emplazada sostiene que no mantuvo ningún tipo de relación con el demandante.

4.3. Consideraciones del Tribunal Constitucional

- 4.3.1. Como el Tribunal Constitucional tiene señalado, el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 139º, numeral 3), de la Constitución, comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, cuyo cumplimiento efectivo garantiza que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmersa una persona, pueda considerarse justo (STC N.º 10490-2006-AA, fundamento 2). De ahí que el Tribunal haya destacado que el ámbito de irradiación de este derecho *continente* no abarca exclusivamente al ámbito judicial, sino que se proyecta también al ámbito de los procesos administrativos (STC N.º 07569-2006-AA/TC, fundamento 6).

También el Tribunal ha establecido en reiterada jurisprudencia (STC N.º 03359-2006-PA/TC, por todas) “que el debido proceso –y los derechos que lo conforman, p. e. el derecho de defensa– resultan aplicables al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica, máxime si ha previsto la posibilidad de imponer una sanción tan grave como la expulsión. En tal sentido, si el emplazado consideraba que el actor cometió alguna falta, debieron comunicarle, previamente y por escrito, los cargos imputados, acompañando el correspondiente sustento probatorio, y otorgarle un plazo prudencial a efectos de que –mediante la expresión de los descargos correspondientes– pueda ejercer cabalmente su legítimo derecho de defensa”.

Por su parte, el derecho de defensa se encuentra reconocido expresamente por el artículo 139º, numeral 14, de nuestra Constitución, y constituye un elemento del derecho al debido proceso. Según lo ha desarrollado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado

cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos [STC 1231-2002-HC/TC]. Es así que el derecho de defensa (de naturaleza procesal) se constituye como fundamental y conforma el ámbito del debido proceso, siendo presupuesto para reconocer la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.

- 4.3.2. En el caso de autos, la controversia constitucional radica en determinar si la entidad demandada, al dar por culminado el vínculo laboral con el actor, lo hizo observando el debido proceso, o si, por el contrario, lo lesionó. Efectuada esta precisión, debe comenzarse por evaluar la lesión del derecho de defensa, toda vez que forma parte del derecho al debido proceso.
- 4.3.3. De acuerdo con lo previsto por el artículo 31° del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, el empleador no podrá despedir a un trabajador por causa relacionada con su conducta laboral, 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 formulen; es decir el despido se inicia con una carta de imputación de cargos para que el trabajador pueda ejercer su derecho de defensa, efectuando su descargo en la forma que considere conveniente a su derecho.
- 4.3.4. En el presente caso ya ha quedado determinado que el recurrente mantenía con la demandada una relación laboral a plazo indeterminado y que el empleador dio por terminada la relación laboral sin expresar causal válida alguna; es decir, el recurrente fue despedido sin que le haya remitido previamente una carta de imputación de faltas graves.
- 4.3.5. Por lo expuesto, este Tribunal considera que en el presente caso la entidad demandada también ha vulnerado el derecho al debido proceso del recurrente, específicamente, su derecho de defensa.

5) Efectos de la sentencia

- 5.1. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la entidad demandada ha vulnerado los derechos constitucionales al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso, corresponde ordenar la reposición del demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional.
- 5.2. Asimismo, de conformidad con el artículo 56° del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debe asumir los costos del proceso, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.
- 5.3. Teniendo presente que existen reiterados casos en los que se estima la demanda de amparo por haberse comprobado un despido arbitrario, el Tribunal estima pertinente señalar que cuando se interponga y admita una demanda de amparo contra una entidad del Estado que tenga por finalidad la reposición del demandante, ello

debe registrarse como una posible contingencia económica que ha de preverse en el presupuesto, con la finalidad de que la plaza que ocupaba se mantenga presupuestada para, de ser el caso, poder actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimativa.

En estos casos, la Administración Pública, para justificar el mantenimiento de la plaza presupuestada, tendrá presente que el artículo 7º del Código Procesal Constitucional dispone que “El Procurador Público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado”.

Con la opinión del procurador público puede evitarse y preverse gastos fiscales, ya que la Administración Pública puede allanarse a la demanda (si es que la pretensión según la jurisprudencia y los precedentes del Tribunal Constitucional es estimable) o proseguir con el proceso.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en lo que respecta a la afectación de los derechos al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso; en consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del demandante.
2. **ORDENAR** a la Municipalidad Distrital de Castilla que reponga a don Armando Gabriel Chávez López como trabajador a plazo indeterminado, en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22.º y 59.º del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ

CALLE HAYEN

ETO CRUZ

EXP. N.º 04910-2012-PA/TC

PIURA

ARMANDO GABRIEL

CHÁVEZ LÓPEZ

VOTO DE LOS MAGISTRADOS MESÍA RAMÍREZ Y ETO CRUZ

Visto el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Armando Gabriel Chávez López contra la resolución expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 142, su fecha 17 de agosto del 2012, que declaró improcedente la demanda de autos, los magistrados firmantes emiten el siguiente voto:

ANTECEDENTES.

Con fecha 31 de enero del 2012, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Castilla, solicitando que se deje sin efecto el despido arbitrario del que fue objeto, y que, en consecuencia se ordene su reposición en el cargo de chofer de limpieza pública. Manifiesta que prestó servicios para la municipalidad emplazada desde el 2 de julio del 2011 hasta el 2 de enero del 2012, fecha en que fue despedido; que no suscribió ningún contrato con la demandada; y que se desempeñó como chofer obrero de limpieza pública. Agrega que fue despedido sin expresión de causa, vulnerándose sus derechos al trabajo y al debido proceso.

El Procurador Público de la municipalidad emplazada contesta la demanda expresando que el demandante no ha trabajado ni suscribió ningún contrato con su representada, sino que prestó servicios para la empresa EMCASAC, mediante contrato de naturaleza civil.

El Juzgado Mixto de Castilla, con fecha 4 de mayo de 2012, declaró fundada la demanda, por estimar que se ha acreditado que el demandante mantuvo una relación laboral de duración indeterminada con la municipalidad emplazada, y que se vulneró el derecho al trabajo del demandante porque se le despidió sin expresión de causa.

La Sala Superior competente, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, por considerar que el demandante tenía la condición de empleado municipal, razón por la cual la pretensión debe ventilarse en la vía contencioso-administrativa.

FUNDAMENTOS.

1) Delimitación del petitorio

El demandante solicita su reposición en el cargo que venía ocupando, sosteniendo que ha sufrido un despido arbitrario. Afirma que, habiéndose desempeñado como chofer de limpieza pública, tenía la condición de obrero municipal sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

2) Consideraciones previas.

2.1. En atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la STC 0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante, en el presente caso corresponde evaluar si el recurrente fue objeto de un despido arbitrario.

3) Sobre la afectación del derecho al trabajo.

3.1. Argumentos de la parte demandante.

El demandante afirma que ha sido víctima de un despido sin expresión de causa, violatorio de su derecho constitucional al trabajo, debido a que no obstante mantener con la entidad emplazada una relación laboral de naturaleza indeterminada, fue despedido de manera incausada.

3.2. Argumentos de la parte demandada.

El Procurador Público de la Municipalidad emplazada sostiene que el demandante no suscribió contrato alguno con su representada, sino que tuvo una relación de carácter civil con la empresa municipal EMCASAC En Liquidación, mediante contratos de locación de servicios.

3.3. Consideraciones.

- 3.3.1. El derecho al trabajo se encuentra reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Al respecto, estimamos que el contenido esencial del referido derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

Respecto al derecho constitucional a la protección adecuada contra el despido arbitrario reconocido en el artículo 27° de la Constitución, se debe señalar que este Tribunal, en la STC N.º 00976-2001-AA/TC, delimitó su contenido e interpretó qué debe entenderse por protección adecuada contra el despido arbitrario. Asimismo, el Tribunal ha reconocido en reiterada jurisprudencia (por todas, la STC N.º 05650-2009-PA/TC), dos tipos de protección en casos de despido arbitrario, de carácter excluyente y a elección del trabajador: a) protección de eficacia resarcitoria, cuando el trabajador opta por recurrir a la vía ordinaria solicitando el pago de la indemnización por despido arbitrario; y b) protección de eficacia restitutoria, cuando el trabajador opta por recurrir a la vía constitucional a través del proceso de amparo constitucional, siempre y cuando el despido se haya producido, entre otros supuestos, de manera **incausada**, es decir, ejecutado de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresión de causa alguna relacionada con la conducta o el desempeño laboral del trabajador que la justifique.

- 3.3.2. El primer punto a dilucidar es determinar cuál fue la entidad o empresa para la que prestó servicios el recurrente; esto es, si fue la municipalidad emplazada o la Empresa Municipal de Maquinaria Pesada S.A.C En Liquidación (EMCASAC). La parte emplazada sostiene que no mantuvo ningún tipo de relación con el demandante y que fue con EMCASAC que éste tuvo una relación de carácter civil. Sin embargo, de fojas 69 a 82 obra la memoria de liquidación de la mencionada empresa, de la que se desprende que el día 6 de julio del 2011 se cursó carta de despido al demandante poniendo fin al vínculo contractual que mantuvieron. Por otro lado, de los comprobantes de pago que obran de fojas 28 a 32 y a fojas 42, se acredita que el actor prestó servicios en calidad de chofer de limpieza pública para la municipalidad emplazada, a partir de la segunda quincena del mes de julio hasta diciembre de 2011, como se desprende del membrete y sellos en los que consta la denominación "Municipalidad Distrital de Castilla".
- 3.3.3. Respecto a la naturaleza de los servicios que prestó el demandante, debe tenerse presente que la labor de chofer de limpieza pública tiene la característica de ser permanente, subordinada y, además, por su propia naturaleza debe estar sujeta a un horario de trabajo impuesto por la Municipalidad emplazada y bajo dependencia dado que la emplazada debía brindar al actor los instrumentos necesarios para el ejercicio de sus funciones; también está acreditado que el demandante percibió un pago mensual por la función que cumplía.

- 3.3.4. Por otro lado, ambas partes concuerdan en señalar que el recurrente no suscribió ningún tipo de contrato con la municipalidad emplazada; por lo tanto, no existiendo contrato de trabajo celebrado por escrito por las partes, queda acreditado que el actor prestó servicios personales, remunerados y bajo subordinación y dependencia de la emplazada, de conformidad con el artículo 4º del Decreto Supremo 003-97-TR; por lo que dicha prestación de servicios debe ser considerada como una contratación laboral a plazo indeterminado.
- 3.3.5. Por consiguiente, habiéndose despedido al demandante sin expresarle causa alguna derivada de su conducta o capacidad laboral que lo justifique, se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, por lo que, en mérito de la finalidad restitutoria del proceso de amparo, procede la reposición del demandante en el cargo que venía desempeñando.

4) **Sobre la afectación de los derechos al debido proceso y de defensa**

4.1. **Argumentos de la parte demandante**

El demandante también afirma que su despido sin expresión de causa resulta violatorio de sus derechos constitucionales al debido proceso, pues no se ha seguido el procedimiento de despido establecido en la normatividad laboral.

4.2. **Argumentos de la parte demandada**

La parte emplazada sostiene que no mantuvo ningún tipo de relación con el demandante.

4.3. **Consideraciones del Tribunal Constitucional**

- 4.3.1. Como el Tribunal Constitucional tiene señalado, el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 139º, numeral 3), de la Constitución, comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, cuyo cumplimiento efectivo garantiza que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmersa una persona, pueda considerarse justo (STC N.º 10490-2006-AA, fundamento 2). De ahí que el Tribunal haya destacado que el ámbito de irradiación de este derecho *continente* no abarca exclusivamente al ámbito judicial, sino que se proyecta también al ámbito de los procesos administrativos (STC N.º 07569-2006-AA/TC, fundamento 6).

También el Tribunal ha establecido en reiterada jurisprudencia (STC N.º 03359-2006-PA/TC, por todas) “que el debido proceso –y los derechos que lo conforman, p. e. el derecho de defensa– resultan aplicables al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica, máxime si ha previsto la posibilidad de imponer una sanción tan grave como la expulsión. En tal sentido, si el emplazado consideraba que el actor cometió alguna falta, debieron comunicarle, previamente y por escrito, los cargos imputados, acompañando el correspondiente sustento probatorio, y otorgarle un plazo prudencial a efectos de que –mediante la expresión de los descargos correspondientes– pueda ejercer cabalmente su legítimo derecho de defensa”.

Por su parte, el derecho de defensa se encuentra reconocido expresamente por el artículo 139º, numeral 14, de nuestra Constitución, y constituye un elemento del derecho al debido proceso. Según lo ha desarrollado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado

cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos [STC 1231-2002-HC/TC]. Es así que el derecho de defensa (de naturaleza procesal) se constituye como fundamental y conforma el ámbito del debido proceso, siendo presupuesto para reconocer la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.

- 4.3.2. En el caso de autos, la controversia constitucional radica en determinar si la entidad demandada, al dar por culminado el vínculo laboral con el actor, lo hizo observando el debido proceso, o si, por el contrario, lo lesionó. Efectuada esta precisión, debe comenzarse por evaluar la lesión del derecho de defensa, toda vez que forma parte del derecho al debido proceso.
- 4.3.3. De acuerdo con lo previsto por el artículo 31° del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, el empleador no podrá despedir a un trabajador por causa relacionada con su conducta laboral, 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 formulen; es decir el despido se inicia con una carta de imputación de cargos para que el trabajador pueda ejercer su derecho de defensa, efectuando su descargo en la forma que considere conveniente a su derecho.
- 4.3.4. En el presente caso ya ha quedado determinado que el recurrente mantenía con la demandada una relación laboral a plazo indeterminado y que el empleador dio por terminada la relación laboral sin expresar causal válida alguna; es decir, el recurrente fue despedido sin que le haya remitido previamente una carta de imputación de faltas graves.
- 4.3.5. Por lo expuesto, consideramos que en el presente caso la entidad demandada también ha vulnerado el derecho al debido proceso del recurrente, específicamente, su derecho de defensa.

5) Efectos de la sentencia

- 5.1. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la entidad demandada ha vulnerado los derechos constitucionales al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso, correspondería ordenar la reposición del demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional.
- 5.2. Asimismo, de conformidad con el artículo 56° del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debería asumir los costos del proceso, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.
- 5.3. Teniendo presente que existen reiterados casos en los que se estima la demanda de amparo por haberse comprobado un despido arbitrario, estimamos pertinente señalar que cuando se interponga y admita una demanda de amparo contra una entidad del Estado que tenga por finalidad la reposición del demandante, ello debe registrarse

como una posible contingencia económica que ha de preverse en el presupuesto, con la finalidad de que la plaza que ocupaba se mantenga presupuestada para, de ser el caso, poder actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimativa.

En estos casos, la Administración Pública, para justificar el mantenimiento de la plaza presupuestada, tendrá presente que el artículo 7º del Código Procesal Constitucional dispone que “El Procurador Público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado”.

Con la opinión del procurador público puede evitarse y preverse gastos fiscales, ya que la Administración Pública puede allanarse a la demanda (si es que la pretensión según la jurisprudencia y los precedentes del Tribunal Constitucional es estimable) o proseguir con el proceso.

Por estos fundamentos nuestro voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en lo que respecta a la afectación de los derechos al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso; en consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del demandante.
2. **ORDENAR** a la Municipalidad Distrital de Castilla que reponga a don Armando Gabriel Chávez López como trabajador a plazo indeterminado, en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22.º y 59.º del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

Sres.

MESÍA RAMÍREZ

ETO CRUZ

EXP. N.º 04910-2012-PA/TC

PIURA

ARMANDO GABRIEL

CHÁVEZ LÓPEZ

VOTO DIRIMIENTE DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Puestos los autos a despacho para dirimir la discordia surgida, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º, párrafo quinto, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y en los artículos 11 y 11-A de su Reglamento Normativo, procedo a emitir el siguiente voto:

1. Hecho el análisis, comparto íntegramente los fundamentos expuestos en el voto en mayoría, a los cuales me adhiero y hago míos; por lo que mi voto también es porque declare **FUNDADA** la demanda de amparo en lo que respecta a la afectación de los derechos al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso; en consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del demandante.
2. Mi voto también es por **ORDENAR** que la Municipalidad Distrital de Castilla reponga a don Armando Gabriel Chávez López como trabajador a plazo indeterminado,

en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas previstas en los artículos 22º y 59º del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos del proceso.

Sr.

CALLE HAYEN

EXP. N.º 04910-2012-PA/TC

PIURA

ARMANDO GABRIEL

CHÁVEZ LÓPEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Con el debido respeto por la opinión vertida por mis colegas magistrados, emito el siguiente voto singular por las siguientes consideraciones.

1. Según el artículo 5º de la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público, el acceso al empleo público se realiza **mediante concurso público y abierto**, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.
2. A través de dicho filtro, se persigue, en la medida de lo posible, dotar a la Administración Pública de los mejores cuadros pues, a diferencia de lo que ocurre con los particulares, quienes guiados por el incentivo de ser cada día más eficientes bajo pena de ser expectorados del mercado, procuran captar al mejor personal en base a sus cualificaciones personales y trayectoria; ello no suele presentarse con frecuencia en el sector público, pues carece de tal incentivo.
3. De ahí que, a fin de corregir tal situación, resulta constitucionalmente lógico que el ordenamiento jurídico supedita el acceso al empleo público a la aprobación de un concurso en el que se evalúe tanto los méritos como las habilidades de los participantes, en el marco de una evaluación transparente. Sólo de esta manera se garantizaría que el gobierno de turno no utilice el aparato estatal para cubrir tales plazas con personas cercanas al mismo, que carezcan de la idoneidad necesaria para ocuparlas.
4. Por ello, en el empleo público no cabe la aplicación mecánica del concepto de "*desnaturalización*", pues a diferencia de una empresa particular, en la que sus accionistas velan por sus legítimos intereses, el Estado, que es la gran empresa de todos los peruanos, muchas veces termina siendo superado por intereses subalternos, perjudicando abiertamente a la sociedad en su conjunto, y en especial a las personas que, a pesar de estar debidamente cualificadas y tener vocación de servicio, no logran ingresar al sector público.
5. No desconozco que, jurisprudencialmente, el Tribunal Constitucional ha venido amparando pretensiones tendientes a reincorporar a ex - trabajadores públicos que fueron contratados bajo un contrato de locación de servicios y contratos modales, so pretexto de una "*desnaturalización*" del mismo, sin tomar en consideración el citado filtro, pese a que de manera uniforme y reiterada se ha precisado que el proceso de amparo tiene una finalidad restitutiva y no declarativa.

6. En tal escenario, se ha venido incorporando a personas al régimen laboral de la actividad privada regulado en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, a pesar de no haber pasado por un proceso de evaluación previa de méritos en el que se haya determinado la existencia de una plaza disponible, y en segundo término, si las personas cumplen con los requisitos necesarios para desempeñar dicha labor. Al respecto, de lo actuado no se aprecia que exista dicha plaza ni que cumpla en teoría con lo requerido para eventualmente acceder a la plaza.

Por tales consideraciones, soy de la opinión que la presente demanda debe ser declarada IMPROCEDENTE.

ANEXOS.

CONTRATACIÓN LABORAL.

DICTAN LEY DE FOMENTO DEL EMPLEO

DECRETO LEGISLATIVO N° 728 (*)

Nota: La Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 855, publicada el 04-10-1996, dispone la separación de la Ley de Fomento del Empleo en dos textos normativos denominados Ley de Formación y Promoción Laboral y Ley de Productividad y Competitividad Laboral:

(1) VER TEXTO UNICO ORDENADO de la Ley de Formación y Promoción Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 002-97-TR, publicado el 27-03-97.

(2) VER TEXTO UNICO ORDENADO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, publicado el 27-03-97.

CONCORDANCIA: D.S. N° 001-96-TR (REGLAMENTO)

(*) TEXTO UNICO ORDENADO de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-93-TR (*), publicado el 24-04-93.

CONCORDANCIAS: R.A. N° 215-2007-CE-PJ (Aprueban Directiva “Celeridad en la Resolución de Procesos Laborales de Nulidad de Despido y de Reposición al Empleo”)

Directiva N° 006-2007-PCM-SD (Normas para la Efectivización del proceso de Transferencia del año 2007 de los Sectores del Gobierno

Nacional a los Gobiernos Regionales)

D.S. N° 029-2007-ED, Art. 42 (ROF del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (CONCYTEC))

Ley N° 29142, Art. 22 (Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2008)

D.U. N° 001-2008, Art. 1

CONSIDERANDO:

Que; el Congreso mediante Ley 25327, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante Decretos Legislativos, entre otras, las materias vinculadas con el fomento del empleo;

Que corresponde al Estado, de conformidad con los artículos 42, 43, 48, y 130, de la Carta Magna, promover las condiciones económicas y sociales que aseguren por igual a los habitantes de la República, la oportunidad de una ocupación útil, y que los proteja contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones; así como exigir a las empresas que sean unidades de producción eficientes que contribuyan al bien común;

Que, en ese contexto, la normatividad vigente aún mantiene un marco formal rígido e ineficiente, que representa un verdadero obstáculo para las mayorías nacionales que carecen de trabajo;

Que, es necesario dictar medidas que potencien las posibilidades de encuentro entre la oferta y la demanda laboral, flexibilizando las modalidades y mecanismos de acceso al trabajo, en especial en el caso de jóvenes desempleados, mujeres con responsabilidades familiares, trabajadores con limitaciones físicas, intelectuales, o sensoriales y sectores similares, asimismo la generación masiva de empleo en las franjas más débiles de la sociedad;

Que, es imperativo por ello definir el marco legal de la contratación laboral individual, así como alentar las diversas formas de acceso al trabajo a través de la actividad empresarial, de producción y servicios, estimulado el trabajo autónomo a domicilio, la creación de empresas y cooperativas de trabajadores, entre otras;

Que, debe incentivarse la formalización de las pequeñas unidades de producción de bienes y servicios que mayoritariamente componen el de denominado sector informal de la economía, a través de mecanismos o instrumentos legales idóneos y eficaces, que potencien su capacidad generadora de empleo;

Que, es deber del Estado propiciar y asegurar los medios de capacitación para y en el trabajo a fin de contar con trabajadores calificados que puedan hacer frente a los cambios tecnológicos del mundo moderno, incluyendo la productividad como uno de los elementos fundamentales del desarrollo económico;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,

Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

LEY DE FOMENTO DEL EMPLEO

INDICE

TITULO PRELIMINAR

CAPITULO I - Principios Fundamentales

CAPITULO II - Ambito de Aplicación y Ejecución

TITULO I - DE LA CAPACITACION PARA ELTRABAJO

Manual de derecho laboral individual

- CAPITULO I - De la Formación Laboral Juvenil
- CAPITULO II - De las Prácticas Pre-Profesionales
- CAPITULO III - Normas Comunes
- CAPITULO IV - Del Contrato de Aprendizaje
- TITULO II - DEL CONTRATO DE TRABAJO
- CAPITULO I - Normas Generales
- CAPITULO II - Del Período de Prueba
- CAPITULO III - De la Suspensión del Contrato de Trabajo
- CAPITULO IV - De la Extinción
- CAPITULO V - De los Derechos del Trabajador
- CAPITULO VI - De los Trabajadores de Dirección y de Confianza
- CAPITULO VII - Del Cese Colectivo por Causas Objetivas
- TITULO III - DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO SUJETOS A MODALIDAD
- CAPITULO I - Del Ambito de Aplicación
- CAPITULO II - Contratos de Naturaleza Temporal
 - Contrato por Inicio o Incremento de Nueva Actividad
 - Contrato por Necesidades del Mercado
 - Contrato por Reconversión Empresarial
- CAPITULO III - Contratos de Naturaleza Accidental
 - Contrato Ocasional
 - Contrato de Suplencia
 - Contrato de Emergencia
- CAPITULO IV - Contratos para Obra o Servicio
 - Contrato para Obra Determinada o Servicio Específico
 - Contrato Intermitente
 - Contrato de Temporada
- CAPITULO V - Requisitos Formales para la Validez de los Contratos
- CAPITULO VI - Normas Comunes
- CAPITULO VII - Desnaturalización de los Contratos
- CAPITULO VIII - Derechos y Beneficios
- CAPITULO IX - De los otros Contratos sujetos a Modalidad
- TITULO IV - CAPACITACION LABORAL Y PRODUCTIVIDAD
- TITULO V - PROMOCION DEL EMPLEO
- CAPITULO I - Programas Especiales de Empleo

CAPITULO II - Programas de Reconversión Productiva para las Empresas del Sector Informal Urbano

CAPITULO III - De la Promoción del Empleo Autónomo

CAPITULO IV - Del Trabajo a Domicilio

CAPITULO V - Medidas para la Generación Masiva del Empleo

TITULO VI - DE LAS EMPRESAS ESPECIALES

CAPITULO I - De las Empresas de Servicios Temporales

CAPITULO II - De las Empresas de Servicios Complementarios

TITULO VII - DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

TITULO PRELIMINAR

CAPITULO I - PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Artículo 1.- La Política Nacional de Empleo constituye el conjunto de instrumentos normativos orientados a promover, en armonía con los artículos 42, 48, y 130, de la Constitución Política del Estado, un régimen de igualdad de oportunidades de empleo que asegure a todos los peruanos el acceso a una ocupación útil que los proteja contra el desempleo y el subempleo, en cualquiera de sus manifestaciones.

Artículo 2.- Son objetivos de la presente Ley:

a) Promover el acceso masivo al empleo productivo dentro del marco de la política económica global del Poder Ejecutivo y a través de programas especiales de promoción del empleo;

b) Mejorar los niveles de empleo adecuado en el país de manera sustancial, así como combatir el desempleo y el subempleo, en especial el que afecta a la fuerza laboral juvenil;

c) Incentivar el pleno uso de la capacidad instalada existente en las empresas, dentro del marco de programas de reactivación económica;

d) Estimular la inversión productiva en el sector privado, especialmente en las ramas de actividad con mayor capacidad de absorción de mano de obra;

e) Garantizar la seguridad en el empleo y los ingresos de los trabajadores, respetando las normas constitucionales de estabilidad laboral;

f) Coadyuvar a una adecuada y eficaz interconexión entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo;

g) Fomentar la capacitación y formación laboral de los trabajadores como un mecanismo de mejoramiento de sus ingresos y la productividad del trabajo;

h) Propiciar la transferencia de las personas ocupadas en actividades urbanas y rurales de baja productividad e ingresos hacia otras actividades de mayor productividad; y,

i) Unificar las normas sobre contratación laboral y consolidar los beneficios sociales existentes.

Artículo 3.- El Estado estimula y promueve la innovación tecnológica de conformidad con el artículo 137 de la Constitución Política, como la condición necesaria para el desarrollo económico. La introducción de tecnología que eleve los niveles de productividad

Manual de derecho laboral individual

del trabajo, constituye un derecho y un deber social a cargo de todos los empresarios establecidos en el país.

El impacto de los cambios tecnológicos en las relaciones laborales podrá ser materia de negociación colectiva entre empresarios y trabajadores, dentro del marco de convenios de productividad, que podrán establecer normas relativas a:

- a) Sistemas de formación laboral que tiendan hacia una calificación polifuncional de los trabajadores en la empresa;
- b) Medidas orientadas a promover la movilidad funcional y geográfica de los trabajadores;
- c) Sistemas de fijación de los niveles salariales de los trabajadores en función de sus niveles de productividad;
- d) Mecanismos alternativos de implementación de las modalidades de contratación laboral previstas en la presente Ley; y
- e) Programas de reconversión productiva y medidas orientadas a facilitar la readaptación profesional de los trabajadores cesantes.

Las empresas que celebren contratos de productividad con sus trabajadores podrán solicitar al Ministerio de Trabajo y Promoción Social el apoyo técnico que requieran para la implementación de cualquiera de los programas de promoción del empleo establecidos en virtud de la presente Ley.

Artículo 4.- La Política Nacional de Empleo comprende fundamentalmente al conjunto de acciones de política laboral emprendidas por el Poder Ejecutivo orientadas a la generación masiva de empleo, a flexibilizar el mercado de trabajo, a la promoción activa del empleo autónomo como mecanismo fundamental de acceso a la actividad laboral por iniciativa de los propios trabajadores, a la promoción de cooperativas de trabajadores, así como las acciones gubernamentales orientadas a fomentar el establecimiento de pequeñas empresas intensivas en uso de mano de obra, dictando medidas tendentes a incentivar su integración a la normalidad institucional.

Artículo 5.- El ámbito de aplicación de la presente Ley comprende a todas las empresas y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

Artículo 6.- Para la formulación, ejecución y evaluación de las políticas, programas y mecanismos contemplados en la presente Ley, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social tendrá a su cargo la elaboración de estadísticas, encuestas e investigaciones que coadyuven a un mejor conocimiento de la problemática nacional sobre el empleo, las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, así como el funcionamiento de los diferentes mercados de trabajo en el país.

Artículo 7.- El Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Promoción Social establecerá un mecanismo de coordinación interministerial que garantice la eficaz ejecución de los objetivos enunciados en la presente Ley y la adopción de criterios unitarios en torno a su aplicación.

TITULO I - DE LA CAPACITACION

PARA EL TRABAJO

CAPITULO I - DE LA FORMACION LABORAL

JUVENIL

Artículo 8.- La Formación Laboral Juvenil, tiene por objeto proporcionar conocimientos teóricos y prácticos en el trabajo a jóvenes entre los 16 y 21 años de edad, a fin de incorporarlos a la actividad económica, en una ocupación específica.

Artículo 9.- Las empresas o entidades cuyos trabajadores se encuentren sujetos al régimen laboral de la actividad privada podrán otorgar formación laboral juvenil mediante la celebración de convenios con los jóvenes a que se refiere el artículo anterior.

Artículo 10.- El Convenio de Formación Laboral Juvenil se celebrará por escrito y contendrá los siguientes datos:

a) Nombre o razón social de la persona natural o jurídica que patrocine la formación laboral.

b) Nombre, edad y datos personales del joven que se acoge a la formación y de su representante legal en el caso de los menores.

c) Ocupación materia de la formación específica.

d) La subvención económica mensual no menor a la Remuneración Mínima Vital cuando se cumpla el horario habitual establecido en la empresa. En caso de ser inferior, el pago será proporcional.

e) Causales de modificación, suspensión y terminación del convenio.

Artículo 11.- El Convenio de Formación Laboral Juvenil tendrá una duración no mayor a dieciocho (18) meses y será puesto en conocimiento de la dependencia competente del Ministerio de Trabajo y Promoción Social. Los períodos de formación laboral, juvenil intermitente o prorrogados no podrán exceder, en su conjunto, de dieciocho (18) meses.

Artículo 12.- Los jóvenes sujetos a formación laboral, serán inscritos en un Registro Especial, a cargo de la empresa, y autorizado por la dependencia competente del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, a su sola presentación.

Artículo 13.- Son obligaciones de la Empresa:

a) Proporcionar la dirección técnica y los medios necesarios para la formación laboral sistemática e integral en la ocupación materia del convenio;

b) Pagar puntualmente la subvención mensual convenida;

c) No cobrar suma alguna por la formación;

d) Contratar un seguro que cubra los riesgos de enfermedad y accidentes o asumir directamente el costo de estas contingencias;

e) Otorgar el respectivo Certificado de Capacitación Laboral.

Artículo 14.- El titular del Certificado de Capacitación Laboral a que se refiere el inciso e) del artículo 13, podrá obtener su correspondiente habilitación técnica, previo cumplimiento de los requisitos que fije el Ministerio de Educación.

Artículo 15.- La Autoridad Administrativa de Trabajo podrá en cualquier momento efectuar la inspección correspondiente, con el objeto de vigilar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 13.

El número de jóvenes en formación laboral no podrá exceder al 15% del total del personal de la empresa, incluyendo personal estable o contratado bajo cualquier modalidad.

Manual de derecho laboral individual

En el caso de empresas de hasta diez trabajadores podrán contar como máximo con dos jóvenes en formación laboral.

Artículo 16.- Son obligaciones del joven en formación:

- a) Cumplir con diligencia las obligaciones convenidas;
- b) Observar las normas y reglamentos que fijan en la empresa.

CAPITULO II - DE LAS PRACTICAS

PRE-PROFESIONALES

Artículo 17.- Las Prácticas Pre-Profesionales a cargo de las empresas y entidades a que se refiere el Artículo 24 tiene por objeto brindar orientación y capacitación técnica y profesional a estudiantes y egresados de cualquier edad, de Universidades e Institutos Superiores, así como de entidades públicas o privadas que brinden formación especializada o superior en las áreas que correspondan a su formación académica. En el caso de los egresados la Práctica Pre-Profesional será por un plazo no mayor al exigido por el centro de estudios como requisito para obtener el grado o título respectivo.

Artículo 18.- El convenio de prácticas pre-profesionales se celebrará por escrito y será puesto en conocimiento de la dependencia competente del Ministerio de Trabajo y Promoción Social y de la institución en la cual se esté formando el practicante.

Artículo 19.- Las prácticas pre-profesionales se efectuarán en mérito del convenio de formación profesional que se suscribirá entre la empresa y el estudiante, previa presentación de éste por la institución de enseñanza a la que pertenece.

Artículo 20.- Los practicantes serán inscritos en un Registro Especial a cargo de la Empresa que será autorizado en la forma establecida en el artículo 29.

Artículo 21.- Son obligaciones de la Empresa:

- a) Brindar orientación y capacitación técnica y profesional al practicante;
- b) Dirigir, supervisar y evaluar las prácticas;
- c) Emitir los informes que requiera el Centro de Estudios en relación a las prácticas del estudiante;
- d) No cobrar suma alguna por la formación pre-profesional;
- e) Otorgar al practicante una subvención económica no menor a la Remuneración Mínima Vital, cuando las prácticas se realicen durante el horario habitual de la empresa. En caso de ser inferior el pago de la subvención será proporcional;
- f) Contratar un seguro que cubra los riesgos de enfermedad y accidentes o en su defecto asumir directamente el costo de estas contingencias;
- g) Expedir la Certificación de Prácticas Pre-Profesionales correspondiente.

Artículo 22.- Son obligaciones del practicante:

- a) Acreditar mediante carta de presentación otorgada por su Centro de Estudios, su calidad de estudiante y el área o áreas de actividades en que requiere las prácticas, así como las exigencias de su duración;
- b) Suscribir un convenio de prácticas con la Empresa, obligándose a acatar las disposiciones formativas que se le asigne;

- c) Desarrollar sus prácticas pre-profesionales con disciplina;
- d) Cumplir con el desarrollo del Plan de Prácticas que aplique la Empresa;
- e) Sujetarse a las disposiciones administrativas internas que le señale la Empresa.

Artículo 23.- Los Consultorios Profesionales, asociados o individuales están comprendidos en el artículo 17. En ningún caso podrán pagar a los practicantes una subvención mensual inferior al 50% de la prevista en el artículo 21.

CAPITULO III - NORMAS COMUNES

Artículo 24.- Las empresas o entidades cuyos trabajadores se encuentren sujetos al régimen laboral de la actividad privada son competentes para celebrar las convenciones de Formación Laboral Juvenil y de Prácticas Pre-Profesionales.

Artículo 25.- Los convenios de Formación Laboral Juvenil y Prácticas Pre-Profesionales generan exclusivamente los derechos y obligaciones que esta Ley atribuye a las partes que lo celebran. No originan vínculo laboral.

Artículo 26.- La subvención económica que se otorga a los participantes de los Programas de Formación Laboral Juvenil y Prácticas Pre-Profesionales al no tener carácter remunerativo, no está sujeta a retención a cargo del beneficiario, ni a pago alguno de cargo de la empresa, por concepto de aportaciones o contribuciones al Instituto Peruano de Seguridad Social, FONAVI, SENATI o cualquier otra análoga.

Artículo 27.- No es permitido incluir o transferir a ninguno de los regímenes de Formación Laboral Juvenil o Prácticas Pre-Profesionales contemplados en esta Ley, a personas que tengan relación laboral con las empresas con quienes se haya celebrado convenios.

Artículo 28.- La Dirección General de Empleo y Formación Profesional del Ministerio de Trabajo y Promoción Social es la dependencia competente para el control, supervisión y demás responsabilidades asignadas en las normas sobre Formación Laboral Juvenil y Prácticas Pre-Profesionales.

Artículo 29.- Los convenios de Formación Laboral Juvenil y de Prácticas Pre-Profesionales se inscribirán en el registro correspondiente que al efecto autorizará la Dirección General de Empleo y Formación Profesional.

Artículo 30.- Las personas contratadas bajo la modalidad de convenios para la Formación Laboral Juvenil o Prácticas Pre-Profesionales tendrán opción preferencial de admisión en las empresas en que hayan realizado su capacitación, previa evaluación de la empresa.

Artículo 31.- La Formación Laboral Juvenil deberá impartirse preferentemente en el propio centro de trabajo o en escuelas-talleres implementados en las empresas para los jóvenes que estén cursando sus estudios escolares con la cooperación y apoyo técnico del Ministerio de Trabajo y Promoción Social y de los centros educativos que así lo dispongan.

Los programas de Formación Laboral Juvenil deberán ajustarse a los lineamientos generales establecidos en los Planes Nacionales de Formación Laboral, que serán fijados por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social en coordinación con las organizaciones laborales y empresariales representativas dentro de cada rama de actividad económica, en los casos en que dadas las características y dimensiones de las empresas, no cuenten con los "Convenios de Productividad" a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley.

CAPITULO IV - DEL CONTRATO DE

APRENDIZAJE

Artículo 32.- Por el Contrato de Aprendizaje el aprendiz se obliga a prestar servicios a una empresa, por tiempo determinado, a cambio de que éste le proporcione los medios para adquirir formación profesional sistemática e integral de la ocupación para cuyo desempeño ha sido contratado y le abone la asignación mensual convenida.

Artículo 33.- El aprendizaje en las actividades productivas consideradas en la Gran División 3 de la Clasificación Industrial Uniforme de las Naciones Unidas (CIU) y las actividades industriales de instalación, reparación y mantenimiento contenidas en las demás Grandes Divisiones de la CIU, se realiza a través del Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial (SENATI) y se rige por sus normas especiales y las que contiene la presente Ley.

Artículo 34.- Corresponde al SENATI la facultad de planificar, dirigir y conducir, a nivel nacional, las actividades de capacitación, perfeccionamiento y especialización de los aprendices en las actividades previstas en el artículo anterior.

Artículo 35.- Pueden celebrar contratos de aprendizaje las personas mayores de 14 y menores de 24 años, siempre que acrediten como mínimo haber concluido sus estudios primarios.

Artículo 36.- La asignación mensual de los aprendices no podrá ser inferior, al monto de la remuneración mínima vital que se encuentre vigente en la oportunidad del pago.

TITULO II - DEL CONTRATO DE TRABAJO

CAPITULO I - NORMAS GENERALES

Artículo 37.- En toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

Por excepción, puede celebrarse por escrito contratos para obra o servicio determinados o sometidos a condición o sujetos a plazo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece.

También puede celebrarse por escrito contratos a tiempo parcial, sin limitación alguna.

Artículo 38.- 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.

Artículo 39.- Constituye remuneración para efectos de esta Ley el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición. La alimentación otorgada en crudo o preparada y las sumas que por tal concepto se abonen a un concesionario o directamente al trabajador tienen naturaleza remuneratoria cuando constituyen la alimentación principal del trabajador en calidad de desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituye o cena.

Artículo 40.- No constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los artículos 19 y 20 del Decreto Legislativo 650.

Artículo 41.- En lo sucesivo, en las normas legales o convencionales y, en general en los instrumentos relativos a remuneraciones, éstas podrán ser expresadas por hora efectiva de trabajo.

El Reglamento establece la forma de hacer compatible esta norma con aquellas en las que se utiliza como unidad de medida el sueldo, el jornal y similares.

Artículo 42.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo 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 cualquier infracción o incumplimiento.

CAPITULO II - DEL PERIODO DE PRUEBA

Artículo 43.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a 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 desempeña cargos de confianza.

Artículo 44.- Están exonerados del período de prueba:

- a) Los trabajadores que ingresen por concurso;
- b) Los que reingresen al servicio del mismo empleador, salvo que el trabajador reingrese en un puesto notoria y cualitativamente distinto al que ocupara anteriormente;
- c) Aquellos que lo hayan estipulado expresamente.

Artículo 45.- El porcentaje de personal en período de prueba no puede exceder de 10% del total de trabajadores, salvo en los casos en que la empresa inicie o amplíe sus actividades u otra eventualidad debidamente comprobada.

Artículo 46.- En los contratos sujetos a modalidad no hay período de prueba, salvo estipulación expresa en contrario y dentro de los límites señalados en el artículo 43.

CAPITULO III - DE LA SUSPENSION DEL

CONTRATO DE TRABAJO

Artículo 47.- Se suspende el contrato de trabajo cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral.

Se suspende, también, de modo imperfecto, cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores.

Artículo 48.- Son causas de suspensión del contrato de trabajo:

- a) La invalidez temporal;
- b) La enfermedad y el accidente comprobados;
- c) La maternidad durante el descanso pre y post natal;
- d) El descanso vacacional;
- e) La licencia para desempeñar cargo cívico y para cumplir con el Servicio Militar Obligatorio;
- f) El permiso y la licencia para el desempeño de cargos sindicales;

- g) La sanción disciplinaria;
- h) El ejercicio del derecho de huelga;
- i) La detención del trabajador, salvo el caso de condena privativa de la libertad;
- j) La inhabilitación administrativa o judicial por período no superior a tres meses;
- k) El permiso o licencia concedidos por el empleador;
- l) El caso fortuito y la fuerza mayor;
- ll) Otros establecidos por norma expresa.

La suspensión del contrato de trabajo se regula por las normas que corresponden a cada causa y por lo dispuesto en esta Ley.

Artículo 49.- La invalidez absoluta temporal suspende el contrato por el tiempo de su duración. La invalidez parcial temporal sólo suspende si impide el desempeño normal de las labores.

Artículo 50.- La inhabilitación impuesta por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad que desempeñe el trabajador en el centro de trabajo, por un período inferior a tres meses, suspende la relación laboral por el lapso de su duración.

Artículo 51.- El caso fortuito y la fuerza mayor autorizan al empleador a la suspensión temporal perfecta de las labores, hasta por un máximo de 90 días, con comunicación inmediata a la Autoridad de Trabajo. Deberá, sin embargo, de ser posible, otorgar vacaciones vencidas o anticipadas y, en general, adoptar medidas que razonablemente eviten agravar la situación de los trabajadores.

La Autoridad Administrativa de Trabajo verificará dentro del sexto día la existencia de la causa invocada, su carácter intempestivo, imprevisible e inevitable; y la necesidad insustituible de la suspensión. De comprobar lo contrario, ordenará la inmediata reanudación de las labores y el pago de las remuneraciones por el tiempo de suspensión transcurrido.

CAPITULO IV - DE LA EXTINCION

Artículo 52.- Son causas de extinción del contrato de trabajo:

- a) El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural;
- b) La renuncia o retiro voluntario del trabajador,
- c) 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;
- d) El mutuo disenso entre trabajador y empleador;
- e) La invalidez absoluta permanente;
- f) La jubilación.
- g) El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley;
- h) La sentencia judicial ejecutoriada a que se refiere el artículo 72;
- i) El cese colectivo por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley.

Artículo 53.- El fallecimiento del empleador extingue la relación laboral si aquél es persona natural, sin perjuicio de que, por común acuerdo con los herederos, el trabajador

convenga en permanecer por un breve lapso para efectos de la liquidación del negocio. El plazo convenido no podrá exceder de un año, deberá constar por escrito y será presentado a la Autoridad Administrativa de Trabajo para efectos de registro.

Artículo 54.- En caso de renuncia o retiro voluntario, el trabajador debe dar aviso escrito con 30 días de anticipación. El empleador puede exonerar este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador; en este último caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día.

Artículo 55.- El acuerdo para poner término a una relación laboral por mutuo disenso debe constar por escrito o en la liquidación de beneficios sociales.

Artículo 56.- La invalidez absoluta permanente extingue de pleno derecho y automáticamente la relación laboral desde que es declarada por el Instituto Peruano de Seguridad Social.

Artículo 57.- La jubilación es obligatoria para el trabajador varón que cumpla 65 años de edad o 60 si es mujer, si reúne el número de aportaciones suficientes para alcanzar la máxima pensión que otorgue el Instituto Peruano de Seguridad Social y el empleador se obliga a cubrir la diferencia entre dicha pensión hasta completar el 80% de su remuneración ordinaria y a reajustarla periódicamente, en la misma proporción en que se reajuste dicha pensión.

Artículo 58.- 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 con la conducta del trabajador.

La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido.

Artículo 59.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas;

b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;

c) 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.

Artículo 60.- Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:

a) La comisión de falta grave;

b) La condena penal por delito doloso;

c) La inhabilitación del trabajador.

Artículo 61.- 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;

b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento en 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 de documentos de la empresa, sin autorización 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 prestará 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 ésta;

h) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más 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.

CONCORDANCIAS: R. N° 008-CND-P-2006, Numeral VI

Artículo 62.- Las faltas graves señaladas en el Artículo anterior, se configuran por su comprobación objetiva en el procedimiento laboral, con prescindencia de las connotaciones de carácter penal o civil que tales hechos pudieran revestir.

Artículo 63.- El despido por la comisión de delito doloso a que se refiere el inciso b) del artículo 60 se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y conocer de tal hecho el empleador, salvo que este haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador.

La reiterada paralización intempestiva de labores a que se refiere el inciso a) del Artículo 61 verificada fehacientemente o con el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo, quien está obligada, bajo responsabilidad con el concurso de la policía o de la fiscalía si fuere el caso, a constatar el hecho, debiendo individualizar en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta.

Artículo 64.- 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 período de tres meses o más.

Artículo 65.- Es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) Presentar una queja o participar en un procedimiento contra el empleador ante las autoridades competentes;
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e) El embarazo si el despido se produce dentro de los 90 días anteriores o posteriores al parto.

Artículo 66.- Son actos de hostilidad equiparables, al despido los siguientes:

- 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 incumplimiento injustificado de las obligaciones legales o convencionales;
- d) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;
- e) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;
- f) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;
- g) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- h) Los actos contra la moral, el hostigamiento sexual y todos aquellos que constituyan actitudes deshonestas que afecten la dignidad del trabajador.

El trabajador, antes de accionar judicialmente, deberá emplazar por escrito al empleador para que cese la hostilidad y darle plazo razonable para que enmiende su conducta.

Artículo 67.- El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador sin antes otorgarle un plazo razonable no menor a seis días naturales para que demuestre su capacidad, corrija su deficiencia o pueda defenderse de los cargos que se le formulan, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad.

Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el artículo 68 deberá observarse el principio de inmediatez.

Artículo 68.- El despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo; si el trabajador se negara a recibirla, será enviada 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.

Artículo 69.- Tratándose de la comisión de una misma falta por varios trabajadores, el empleador podrá imponer sanciones diversas a todos ellos, en atención a antecedentes de cada cual y otras circunstancias coadyuvantes, pudiendo incluso remitir u olvidar la falta, según su criterio.

Artículo 70.- Producido el despido el empleador puede proponer la reposición del trabajador durante el juicio. En tal caso el juez dictará resolución cortando la secuela del procedimiento disponiendo que el trabajador opte por la reposición o por la indemnización a que se refiere el artículo 76. La oposición deberá ser ejercitada por el trabajador dentro de ocho (8) días hábiles de notificado con la citada resolución. De no producirse se entenderá que éste optó por la indemnización.

CAPITULO V - DE LOS DERECHOS

DEL TRABAJADOR

Artículo 71.- En los casos de nulidad de despido del artículo 65 el trabajador podrá demandar que se declare dicha nulidad y se proceda a su reposición en el empleo. En estos casos si el despido es declarado nulo el trabajador será repuesto en su empleo.

Artículo 72.- Si el despido es injustificado, el trabajador podrá demandar alternativa-mente su reposición en el trabajo o el pago de la indemnización a que se refiere el artículo 76.

Si demanda la reposición puede en cualquier estado de la causa variarla a una de indemnización. Del mismo modo, el juez podrá ordenar en la sentencia el pago de la indemnización en vez de la reposición cuando éste resultare inconveniente dadas las circunstancias.

En el segundo caso, si la demanda es exclusivamente de indemnización, el trabajador deberá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

La sentencia judicial ejecutoriada extingue el contrato cuando determina que el despido no da lugar a reposición sino al pago de indemnización.

Artículo 73.- El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el artículo 66 de la presente ley, podrá optar excluyentemente por:

a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o

b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el artículo 76 de esta ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

Artículo 74.- El plazo para accionar judicialmente en los casos previstos en los artículos 71 72 y 73 es de treinta (30) días naturales de producido el hecho.

Este plazo de caducidad no está sujeto a interrupción o pacto que lo enerve, una vez transcurrido impide 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.

Artículo 75.- Ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos.

Artículo 76.- La indemnización por despido cuando no se otorgue la reposición o el trabajador demande la indemnización es equivalente a una remuneración mensual por cada ario completo de servicios, más la fracción proporcional, con un mínimo de tres y un máximo de doce remuneraciones.

Artículo 77.- En caso de inobservancia de las formalidades esenciales del despido, el juez podrá disponer la reincorporación temporal del trabajador, sin que ello inhíba al juzgador de pronunciarse sobre el fondo el asunto, dentro del término de ley. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 765, publicado el 15-11-91, cuyo texto es el siguiente:

«Artículo 77.- En caso de inobservancia de las formalidades no esenciales del despido, el Juez podrá disponer la reincorporación temporal del trabajador, sin que ello inhíba al juzgador de pronunciarse sobre el fondo del asunto dentro del término de Ley».

Artículo 78.- Al declarar fundada la demanda, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, en los casos y de la manera siguiente:

- a) Si el despido es nulo, desde la fecha en que se produjo hasta la reposición efectiva;
- b) Si se ordena la reposición o se sustituye ésta por el pago de indemnizaciones, desde la fecha de notificación con la demanda hasta la ejecución de la sentencia;

El pago de las remuneraciones devengadas se ordenará con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables alas partes.

Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses.

Artículo 79.- El juez podrá, a pedido de parte, ordenar el pago de una asignación provisional y fijar su monto, el que no podrá exceder de la remuneración ordinaria. Dicha asignación será pagada por el empleador hasta alcanzar el saldo de la reserva por compensación por tiempo de servicios que aún conserve en su poder; de allí en adelante, será pagada por el depositario de la misma hasta agotar el importe del depósito y sus intereses.

Si la sentencia ordena la reposición, el empleador restituirá el depósito más los respectivos intereses, con cargo a las remuneraciones caídas a que se refiere el artículo anterior.

Artículo 80.- El plazo para la resolución judicial es de seis meses de realizado el comparendo, bajo responsabilidad.

Artículo 81.- El empleador que no cumpla el mandato de reposición dentro de las veinticuatro (24) horas de notificado, será requerido judicialmente bajo apercibimiento de

multa, cuyo monto se incrementará sucesivamente en treinta (30%) por ciento del monto original de la multa a cada nuevo requerimiento judicial hasta la cabal ejecución del mandato.

El importe de la multa no es deducible de la materia imponible afecta a impuesto a la renta.

CAPITULO VI - DE LOS TRABAJADORES DE DIRECCION Y DE CONFIANZA (*)

(*) De conformidad con el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 765, publicado el 15-11-91, se modifica la denominación del presente Capítulo por la de «De las Situaciones Especiales»

Artículo 82.- Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros y que lo sustituye o que comparte con aquel las funciones de administración y control y de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquéllos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

Artículo 83.- Todos los trabajadores que directamente o por promoción acceden a puestos de dirección o de confianza se encuentran comprendidos en los alcances del artículo anterior. En la designación o promoción del trabajador, la ley no ampara el abuso del derecho o la simulación.

El reglamento precisará la forma y requisitos para su calificación como tales, así como los demás elementos concurrentes.

Artículo 84.- Los trabajadores de las empresas que cuenten hasta con veinte (20) trabajadores, el personal de dirección y los trabajadores de confianza sólo pueden accionar para el pago de la indemnización mas no para su reposición.

Artículo 85.- Los trabajadores de regímenes especiales se seguirán rigiendo por sus propias normas.

CAPITULO VII - DEL CESE COLECTIVO

POR CAUSAS OBJETIVAS

Artículo 86.- Son causas objetivas para la terminación del contrato de trabajo:

- a) El caso fortuito y la fuerza mayor;
- b) Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos;
- c) La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra;
- d) Las necesidades de funcionamiento de la empresa.

Artículo 87.- Si el caso fortuito o la fuerza mayor son de tal gravedad que implican la desaparición total o parcial del centro de trabajo, el empleador podrá, dentro del plazo de suspensión a que se refiere el artículo 51, solicitar la terminación de los respectivos contratos individuales de trabajo.

En tal caso, se seguirá el procedimiento indicado en el artículo 88, sustituyendo el dictamen y la conciliación, por la inspección que el Ministerio del Sector llevará a cabo, con

audiencia de partes poniéndose su resultado en conocimiento del Ministerio de Trabajo y Promoción Social; quien resolverá conforme a los incisos f) y g) del citado artículo 88.

Artículo 88.- La terminación de los contratos de trabajo por causa objetiva se sujeta al procedimiento siguiente: (*)

(*) Párrafo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 765, publicado el 15-11-91, cuyo texto es el siguiente:

«Artículo 88.- La terminación de los contratos de trabajo por causa objetiva, salvo el caso previsto en el inciso d) del artículo 86, se sujeta al procedimiento siguiente:

a) La empresa proporcionará al sindicato, a los representantes autorizados en caso de no existir aquél o a los propios trabajadores la información pertinente, indicando con precisión los motivos que invoca, la nómina de los trabajadores afectados y la fecha prevista para la terminación de los contratos individuales;

b) La empresa con el sindicato o con los representantes de los trabajadores a falta de éste, entablarán negociaciones para acordar las condiciones del cese colectivo o medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese del personal. Entre tales medidas pueden estar la suspensión temporal de las labores en forma total o parcial; la disminución de turnos, días u horas de trabajo; la modificación de las condiciones de trabajo; la revisión de las convenciones colectivas vigentes; y cualesquiera otras que puedan coadyuvar a la continuidad de las actividades del centro laboral. El acuerdo que adopten obliga a las partes involucradas;

c) De no llegarse a un acuerdo en trato directo el empleador podrá recurrir al Ministerio del Sector o la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores – CONASEV, según corresponda para que se pronuncie sobre la procedencia de la causa objetiva invocada, dentro del término de quince días hábiles de solicitado, bajo responsabilidad del o los funcionarios obligados a expedir el informe correspondiente: El informe se limitará a opinar sobre el pedido formulado por el empleador;

d) Con dicho dictamen el empleador podrá recurrir a la Autoridad Administrativa de Trabajo acompañando a su solicitud una pericia técnica, si así lo deseara;

e) La Autoridad Administrativa de Trabajo convocará a Reuniones de Conciliación a los representantes de los trabajadores y del empleador, dentro del tercer día las mismas que deberán llevarse a cabo indefectiblemente dentro de los ocho días hábiles siguientes;

f) Vencido el plazo a que se refiere el literal anterior la Autoridad Administrativa de Trabajo está obligada a dictar resolución dentro de los cinco días siguientes aprobando total o parcialmente la solicitud o desaprobándola;

g) Contra la resolución cabe recurso de apelación, en un plazo de tres días, el que deberá ser resuelto en un plazo de cinco días, bajo responsabilidad.

La intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo es definitiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 54 de la Constitución Política.

CONCORDANCIA: R. CONASEV N° 320-92-EF-94.10.0

Artículo 89.- Declarada la quiebra o adoptado el acuerdo de disolución de la empresa por el órgano competente de ésta conforme a la Ley General de Sociedades, tal hecho hace innecesarios la negociación directa y el dictamen a que se refieren los incisos b) y c) del artículo anterior.

Los trabajadores tendrán primera opción para adquirir los activos e instalaciones de la empresa quebrada o en liquidación que les permita la continuidad de su trabajo.

Los beneficios sociales se podrá aplicar en este caso a la compra de dichos activos e instalaciones hasta su límite.

Artículo 90.- Si la terminación de los contratos de trabajo obedece a necesidades de funcionamiento, no se podrá afectar el nivel global de empleo. Por tanto, el empleador que invoque esta causal deberá comunicar al Ministerio de Trabajo y Promoción Social la nómina del personal afectado y, en un plazo no mayor de sesenta (60) días naturales, cubrir las vacantes producidas con trabajadores cuya remuneración y beneficios no serán inferiores a los que perciban los trabajadores estables que desempeñan labores equivalentes a más del cinco por ciento (5%) del personal en cada año calendario a partir del 1 de enero de 1992. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 765, publicado el 15-11-91, cuyo texto es el siguiente:

«Artículo 90.- Si la terminación de los contratos de trabajo obedece a necesidades de funcionamiento, no se podrá efectuar el nivel global de empleo. Por tanto, el empleador que invoque que esta causal deberá acreditarla ante el Ministerio del Sector en la forma que establezca Reglamento, comunicando a continuación al Ministerio de Trabajo y Promoción Social la nómina del personal afectado y, en un plazo no mayor a sesenta (60) días naturales, procederá a cubrir las vacantes producidas con trabajadores cuya remuneración y beneficios no serán inferiores a los que perciban los trabajadores estables que desempeñan labores equivalentes. La terminación de los contratos de trabajo por necesidades de funcionamiento no podrá afectar a más de cinco por ciento (5%) del personal, computado en forma acumulativa en cada año calendario al partir del 01 de enero de 1992».

Artículo 91.- El trabajador cesado por necesidades de funcionamiento de la empresa tendrá derecho además a la indemnización establecida en el artículo 76 de esta Ley.

Artículo 92.- El trabajador que cese por necesidad de funcionamiento, igualmente tendrá derecho a solicita al juzgado respectivo su reincorporación, si la empresa no cumpliera dentro del plazo legal con cubrir la vacante producida y mantener el nivel global de empleo. En tal caso, el trabajador tendrá derecho a las remuneraciones caídas desde la presentación de la demanda.

Artículo 93.- Con excepción del caso fortuito o fuerza mayor, se cursará a los trabajadores afectados por la terminación de sus contratos, un preaviso de treinta (30) días el que podrá ser sustituido por el pago de la remuneración equivalente, quedando el trabajador exonerado de laborar durante dicho término.

Artículo 94.- El empleador deberá acreditar el pago total de la Compensación por Tiempo de Servicios en la forma establecida en el Decreto Legislativo 650 dentro de las 48 horas de la fecha del acuerdo o resolución final.

Artículo 95.- Los trabajadores afectados por el cese en los casos contemplados en los incisos a) y b) del artículo 86, gozan de derecho de preferencia para su readmisión en el empleo si el empleador decidiera contratar nuevo personal. Para este efecto, el empleador deberá notificar al ex trabajador por escrito, con quince días de anticipación, en el domicilio que el trabajador haya señalado a la empresa.

Es de aplicación a este caso, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo 92.

TITULO III

DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO SUJETOS A MODALIDAD

CAPITULO I - DEL AMBITO DE APLICACION

Artículo 96.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad podrán celebrarse cuando así 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 intermitente o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes.

Artículo 97.- Son contratos de naturaleza temporal:

- a) El contrato por inicio o lanzamiento de una nueva actividad.
- b) El contrato por necesidades del mercado.
- c) El contrato por reconversión empresarial.

Artículo 98.- Son contratos de naturaleza accidental:

- a) El contrato ocasional.
- b) El contrato de suplencia.
- c) El contrato de emergencia.

Artículo 99.- Son contratos de obra o servicio:

- a) El contrato específico.
- b) El contrato intermitente.
- c) El contrato de temporada.

CAPITULO II - CONTRATOS DE NATURALEZA TEMPORAL

Contrato por Inicio o Incremento de Actividad

Artículo 100.- El contrato temporal por inicio de una nueva actividad es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración máxima es de tres años.

Se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa.

Contrato por Necesidades de Mercado

Artículo 101.- El contrato temporal por necesidades del mercado es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente. Su duración máxima es de seis meses al año.

En los contratos temporales por necesidades de mercado deberá constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal.

Manual de derecho laboral individual

Dicha causa objetiva deberá sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional.

Contrato por Reconversión Empresarial

Artículo 102.- Es contrato temporal por reconversión empresarial el celebrado en virtud a la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos. Su duración máxima es de dos años.

CAPITULO III - CONTRATOS

DE NATURALEZA ACCIDENTAL

Contrato Ocasional

Artículo 103.- El contrato accidental-ocasional es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración máxima es de seis meses al año.

Contrato de Suplencia

Artículo 104.- El contrato accidental de suplencia es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador con el objeto que éste sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente, o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo. Su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias.

En tal caso el empleador deberá reservar el puesto a su titular, quien conserva su derecho de readmisión en la empresa, operando con su reincorporación oportuna la extinción del contrato de suplencia.

En esta modalidad de contrato se encuentran comprendidas las coberturas de puestos de trabajo estable, cuyo titular por razones de orden administrativo debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo.

Contrato de Emergencia

Artículo 105.- El contrato accidental de emergencia es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor. Su duración coincidirá con la duración de la emergencia no pudiendo exceder de un año.

CAPITULO IV- CONTRATOS

PARA OBRA O SERVICIO

Contrato para Obra Determinada o Servicio Específico

Artículo 106.- Los contratos para obra determinada o servicio específico, son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada. Su duración será la que resulte necesaria.

En este tipo de contratos podrán celebrarse las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación.

Contrato Intermitente

Artículo 107.- Los contratos de servicio intermitente son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas.

Estos contratos podrán efectuarse con el mismo trabajador, quien tendrá derecho preferencial en la contratación, pudiendo consignarse en el contrato primigenio tal derecho, el que operará en forma automática, sin necesidad de requerirse de nueva celebración de contrato o renovación.

Artículo 108.- En el contrato escrito que se suscriba deberá consignarse con la mayor precisión las circunstancias o condiciones que deben observarse para que se reanude en cada oportunidad la labor intermitente del contratado.

Artículo 109.- El tiempo de servicios y los derechos sociales del trabajador contratado bajo esta modalidad se determinarán en función del tiempo efectivamente laborado.

Contrato de Temporada

Artículo 110.- El contrato de temporada es aquel celebrado entre un empresario y un trabajador con el objeto de atender necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento, que se cumplen sólo en determinadas épocas del año y que están sujetas a repetirse en periodos equivalentes en cada en función a la naturaleza de la actividad productiva.

Artículo 111.- En los contratos de trabajo de temporada necesariamente deberá constar por escrito lo siguiente:

- a) La duración de la temporada;
- b) La obligatoriedad del previos que deberá cursar el empleador, al trabajador diez (10) días antes de la finalización de la temporada, si ésta dura, más de tres (3) meses;
- c) La naturaleza de la actividad de la empresa, establecimiento o explotación; y,
- d) La naturaleza de las labores del trabajador.

Artículo 112.- Si el trabajador fuera contratado por un mismo empleador por tres temporadas tendrá derecho a ser contratado para las temporadas siguientes, si la suma de los periodos laborados supera en conjunto el año calendario, computado a partir de la primera temporada de trabajo.

Artículo 113.- Para hacer efectivo el ejercicio del derecho conferido en el artículo anterior, el trabajador deberá presentarse en la empresa, explotación o establecimiento dentro de los quince (15) días anteriores al inicio de la temporada, vencidos los cuales caducará su derecho a solicitar su readmisión en el trabajo.

Artículo 114.- Se asimila también al régimen legal contrato de temporada a los incrementos regulares y periódicos de nivel de la actividad normal de la empresa o explotación, producto de un aumento sustancial de la demanda durante una parte del año, en el caso de los establecimientos o explotaciones en los cuales la actividad es continua y permanente durante todo el año.

Igualmente se asimila al régimen legal del contrato de temporada a las actividades feriales.

CAPITULO V

REQUISITOS FORMALES PARA LA

Manual de derecho laboral individual

VALIDEZ DE LOS CONTRATOS

Artículo 115.- Los contratos de trabajo a que se refiere este título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral.

Artículo 116.- La aprobación de los contratos se efectuará automáticamente a la sola presentación de la solicitud correspondiente que contenga una declaración jurada en el sentido que el trabajo que va a realizar o la obra a ejecutar el trabajador contratado tiene naturaleza accidental o temporal. La solicitud deberá presentarse para su aprobación dentro de los ocho días de la celebración del contrato. La Autoridad Administrativa de Trabajo puede ordenar la verificación posterior de la veracidad de la declaración jurada. Si se estableciera que es falsa, el contrato se considerará como uno a plazo indeterminado.

Si se presentara la solicitud vencido el plazo antes mencionado, la validez del contrato a plazo fijo se supeditará a la aprobación expresa por la Autoridad Administrativa de Trabajo, previa inspección y sin perjuicio de la multa que imponga al empleador por el incumplimiento incurrido.

CAPITULO VI - NORMAS COMUNES

Artículo 117.- Dentro de los plazos máximos establecidos en las distintas modalidades contractuales señaladas en los artículos precedentes, podrán celebrarse contratos por periodos menores pero que sumados no excedan dichos límites.

En los casos que corresponda, podrán, igualmente celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos en las distintas modalidades del centro de trabajo, en función de las necesidades del centro de trabajo y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de tres (3) años.

Artículo 118.- El periodo de prueba se rige de acuerdo a lo establecido en el artículo 46 y sólo es aplicable en la primera contratación del trabajador.

Artículo 119.- Si el empleador, vencido el periodo de prueba, resolviera injustificada y unilateralmente el contrato, deberá abonar al trabajador, las remuneraciones dejadas de percibir hasta el vencimiento del contrato, las mismas que tienen carácter indemnizatorio.

El pago de la remuneración en la forma prevista en el párrafo anterior, sustituye a las indemnizaciones por despedida injustificada.

CAPITULO VII - DESNATURALIZACION

DE LOS CONTRATOS

Artículo 120.- Los contratos de trabajo a plazo se considerará como de duración indeterminada:

a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si éstas exceden del límite máximo permitido.

b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia del contrato, sin haberse operado renovación.

c) Si se comprobara que la labor desempeñada por el trabajador no corresponde a la modalidad bajo la cual fue contratado.

d) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando.

Artículo 121.- Los trabajadores permanentes que cesen no podrán ser recontratados bajo ninguna de las modalidades previstas en este Título, salvo que haya transcurrido un año del cese.

CAPITULO VIII - DERECHOS

Y BENEFICIOS

Artículo 122.- Los trabajadores contratados conforme al presente Título tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por ley, pacto o costumbre tuvieron los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado, del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el periodo de prueba.

CAPITULO IX - DE LOS OTROS

CONTRATOS SUJETOS A MODALIDAD

Artículo 123.- Los contratos de trabajo del régimen de exportación de productos no tradicionales a que se refiere el Decreto Ley 22342 se regulan por sus propias normas. Sin embargo, le son aplicables las normas establecidas en esa Ley sobre aprobación de los contratos.

Basta que la industria se encuentre comprendida en el Decreto Ley 22342 para que proceda la contratación del personal bajo el citado régimen.

Artículo 124.- Los contratos de trabajo temporales que se ejecuten en las zonas francas, así como cualquier otro régimen especial, se regula por sus propias normas.

Artículo 125.- Cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente en el presente Título podrá contratarse, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse.

Artículo 126.- En los casos a que se refieren los artículos precedentes son de aplicación supletoria los Capítulos V y VIII del presente Título en cuanto no se oponga a la normatividad específica de los citados regímenes de contratación.

TITULO IV

CAPACITACION LABORAL Y PRODUCTIVIDAD

Artículo 127.- El empleador está obligado a proporcionar al trabajador capacitación en el trabajo, a fin de que ésta pueda mejorar su productividad y sus ingresos.

Artículo 128.- El empleador y los representantes de los trabajadores o de la organización sindical correspondiente, podrán establecer de común acuerdo Programas de Capacitación y Productividad, organizados a través de comisiones paritarias.

Artículo 129.- Las acciones de capacitación tendrán las siguientes finalidades:

- a) Incrementar la productividad;
- b) Actualizar y perfeccionar los conocimientos y aptitudes del trabajador en la actividad que realiza;
- c) Proporcionar información al trabajador sobre la aplicación de nueva tecnología en la actividad que desempeña;

- d) Preparar al trabajador para ocupar una vacante o puesto de nueva creación;
- e) Prevenir riesgos de trabajo.

TITULO V

PROMOCION DEL EMPLEO

CAPITULO I - PROGRAMAS

ESPECIALES DE EMPLEO

Artículo 130.- El Ministerio de Trabajo y Promoción Social deberá implementar periódicamente programas específicos destinados a fomentar el empleo de categorías laborales que tengan dificultades para acceder al mercado de trabajo. Dichos programas deberán atender en su diseño y ejecución a las características de los segmentos de fuerza laboral a los que van dirigidos, con la determinación específica de las acciones y medidas a aplicarse para cada caso.

Los programas especiales de empleo en todos los casos tendrán duración determinada.

Artículo 131.- Las categorías laborales que podrán beneficiarse principalmente de los programas especiales de empleo serán las siguientes:

- a) Mujeres con responsabilidades familiares sin límite de edad;
- b) Trabajadores mayores de cuarenticinco (45) años de edad en situación de desempleo abierto, cesados por causa de programas de reconversión productiva o mediante convenios de productividad; y,
- c) Trabajadores con limitaciones físicas, intelectuales o sensoriales.

Artículo 132.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social por Decreto Supremo podrá habilitar otros programas especiales de fomento del empleo en atención a criterios objetivos adicionales.

Las zonas declaradas en estado de emergencia, en todo caso, recibirán un tratamiento preferencial.

Artículo 133.- Los programas especiales de fomento del empleo tendrán que contemplar principalmente las siguientes medidas:

- a) Capacitación laboral y reconversión profesional hacia ocupaciones de mayor productividad y dinamismo en la actividad económica;
- b) Orientación y formación profesional;
- c) Incentivos y ayudas para la movilidad geográfica y ocupacional; y,
- d) Asistencia crediticia, financiera y de asesoría empresarial para la constitución y funcionamiento de pequeñas empresas o microempresas y otras modalidades asociativas a instancia de los trabajadores en base al empleo autónomo.

Artículo 134.- Para efectos de esta Ley, se considerará como mujeres con responsabilidades familiares a todas aquellas que con independencia de su edad y de su estado civil, cuentan con cargas familiares y se encuentren dispuestas a laborar en régimen de jornada parcial o a tiempo determinado.

En tal caso, los programas deberán atender a la disponibilidad de tiempo de las trabajadoras, su grado de calificación laboral, las condiciones socio-económicas de sus

hogares y su adecuación a las condiciones de la demanda de trabajo por parte de las empresas frente a las fluctuaciones de la demanda en el mercado.

Artículo 135.- Para efectos de la presente Ley se considerará como trabajadores cesantes de difícil reinserción ocupacional a aquellos que se encuentren en la condición de desempleo abierto y que cumplan adicionalmente los requisitos siguientes:

- a) Que su grado de calificación laboral y profesional derivará de ocupaciones que se consideran obsoletas o en vías de extinción, por efecto de los cambios tecnológicos;
- b) Que sean mayores de cuarenticinco (45) años de edad; y,
- c) Que hayan sido cesados por alguna de las causales contempladas en el Capítulo VII del Título II.

Estos programas deberán atender a la superación del grado de inadecuación laboral del trabajador y los requerimientos de los nuevos empleos ofertados por el mercado laboral, a la duración del periodo de desempleo abierto y a las características socio-profesionales de los trabajadores afectados.

Artículo 136.- Para efectos de la presente Ley, se considera como limitado físico, intelectual o sensorial a toda persona mayor de 16 años de edad que como consecuencia de tales lesiones, ve disminuidas sus posibilidades de acceder a un puesto de trabajo en el mercado laboral.

Artículo 137.- Los programas especiales de fomento del empleo para trabajadores con limitaciones físicas, intelectuales, o sensoriales deberán atender al tipo de actividad laboral que éstos puedan desempeñar, de acuerdo con sus niveles de calificación.

Artículo 138.- Las medidas de fomento del empleo para estas categorías, laborales deberán contemplar los siguientes aspectos:

- a) La promoción del establecimiento de talleres especiales conducidos directamente por trabajadores con limitaciones físicas, intelectuales o sensoriales, con apoyo preferencial del Ministerio de Trabajo y Promoción Social;
- b) La potenciación del Sistema de Colocación Selectiva creado mediante D.S. 12-82-TR de 21 de Mayo de 1982;
- c) Estimular que en las convenciones colectivas de trabajo se establezca un número determinado de reserva de puestos de trabajo para trabajadores limitados; y,
- d) El establecimiento de programas especiales de rehabilitación para trabajadores limitados destinados a su reinserción en el mercado de trabajo.

Artículo 139.- Hasta un diez por ciento (10%) de los puestos de trabajo generados a través de los programas de formación ocupacional auspiciados por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social serán destinados a favorecer a los trabajadores con limitaciones físicas, intelectuales y sensoriales en el sector privado.

CAPITULO II

PROGRAMAS DE RECONVERSION PRODUCTIVA

PARA

EMPRESAS DEL SECTOR INFORMAL URBANO

Manual de derecho laboral individual

Artículo 140.- El Ministerio de Trabajo y Promoción Social, en coordinación con los Ministerios de la Producción, impulsará el establecimiento de programas especiales dirigidos a apoyar procesos de reconversión productiva en las empresas que vienen operando en el Sector Informal Urbano (SIU), tendentes a mejorar sus niveles de productividad, con la finalidad de potenciar la capacidad generadora de empleo.

Artículo 141.- Se podrán acogerá tos programas de reconversión productiva, las siguientes categorías laborales:

a) Los trabajadores cesantes como consecuencia de los procesos de reestructuración industrial y reconversión tecnológica;

b) Los trabajadores asalariados que laboran en actividades consideradas predominantemente de carácter informal; y,

c) Los trabajadores independientes que desarrollen sus actividades predominantemente en el Sector Informal Urbano (SIU).

Artículo 142.- Se considerarán como actividades predominantemente de carácter informal para efectos de la presente Ley, a todas aquellas que se desarrollen en forma independiente en el ámbito de la microempresa o en el de la pequeña empresa, definidas de acuerdo con los criterios de la Ley de la materia y que no alcancen los niveles mínimos de productividad que por cada puesto de trabajo determine el Centro Nacional de Productividad (CENIP), y que desarrollen sus actividades productivas preferentemente en los sectores comercio, servicios, pequeña industria, construcción y de manufacturas básicas orientadas al mercado interno local, regional o nacional.

Artículo 143.- Las modalidades empresariales que la presente Ley promoverá dentro del marco de los procesos de reconversión productiva, serán las siguientes:

a) Microempresas y pequeñas empresas, conforme a la Ley de la materia;

b) Programas de accionariado difundido; y

c) Cooperativas de Trabajadores.

Artículo 144.- Los principales incentivos que contempla la presente Ley como medidas de promoción del proceso de reconversión productiva, serán las siguientes:

a) Procedimiento de constitución y registro simplificado, como incentivo a la formalización de las pequeñas unidades de producción;

b) Amnistía administrativa;

c) Asistencia técnico-productiva;

d) Asesoría empresarial;

e) Formación profesional y reconversión laboral;

f) Capacitación en gestión empresarial;

g) Constitución de líneas de crédito preferenciales;

h) Constitución de fondos solidarios de garantía; y,

i) Constitución de fondos rotatorios de financiamiento.

Los alcances y las condiciones en que se otorgarán estos incentivos se establecerán en el Reglamento de la presente ley.

Artículo 145.- La Dirección General de Empleo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social será el organismo técnico que centralizará las decisiones relativas al diseño, aplicación y ejecución de los programas señalados en el presente Título.

A tales efectos, la Dirección General de Empleo (DGE) deberá:

- a) Constituir y mantener un Banco de Proyectos, en coordinación con organizaciones no gubernamentales, centros de investigación y otras entidades con las cuales tenga celebrados convenios de cooperación técnica;
- b) Definir los lineamientos básicos para el diseño y ejecución de los proyectos designados;
- c) Brindar asistencia técnica para la ejecución, evaluación y ajuste en los mismos;
- d) Intervenir en la evaluación técnica de los proyectos; y,
- e) Coordinar con los Ministerios de la Producción las medidas necesarias para el mejoramiento de los programas implementados.

CAPITULO III

DE LA PROMOCION DEL EMPLEO AUTONOMO

Artículo 146.- El Estado promueve la consecución de un empleo pleno, productivo y libremente elegido, a través de la promoción de formas asociativas decididas por los propios trabajadores que deseen constituir sus propias empresas, como un mecanismo eficaz para la generación de nuevos puestos de trabajo; y como el sustento del régimen de economía social de mercado que propugna la Constitución Política del Perú en su artículo 115.

Artículo 147.- Las empresas y sus trabajadores dentro del marco del procedimiento de negociación colectiva o a través de la negociación individual con sus respectivos trabajadores, podrán establecer programas de incentivos o ayudas que fomenten la constitución de nuevas empresas por parte de los trabajadores que en forma voluntaria optaran por retirarse de la empresa.

Artículo 148.- El Poder Ejecutivo, dentro del marco del proceso de privatización de las empresas públicas sujetas al régimen laboral común de la actividad privada podrá optar por transferirlas en propiedad a sus propios trabajadores en los términos que establece la legislación respectiva.

Artículo 149.- Los trabajadores a que se refiere este Título podrán optar por las siguientes modalidades empresariales de fomento al empleo autónomo:

- a) Constitución de pequeñas empresas y microempresas en conformidad con las disposiciones de la Ley de la materia;
- b) Programas de accionariado difundido regulados por la respectiva Ley de Privatización;
- c) Cooperativas de Trabajadores; y,

CONCORDANCIA: D.S. N° 009-92-TR

d) Cualquier otra modalidad empresarial o societaria contemplada en la Ley General de Sociedades y en la legislación mercantil vigente.

Artículo 150.- Los trabajadores a que se refiere este Título podrán optar por constituir Cooperativas de Trabajadores de conformidad con las normas establecidas en la Ley

Manual de derecho laboral individual

General de Cooperativas, Decreto Legislativo 85 y sus normas reglamentarias, ampliatorias y complementarias.

Artículo 151.- Las Cooperativas de Trabajadores, debidamente constituidas e inscritas en los Registros Públicos podrán prestar sus servicios a otras empresas denominadas usuarias, dentro del límite señalado en el artículo 177.

Artículo 152.- Las Cooperativas de Trabajadores cuando presten sus servicios a la empresa usuaria sólo lo hará con sus socios trabajadores, contado con supervisión propia de los mismos y proporcionando, cuando sea el caso, los bienes y/o equipos que, resulten necesarios para el desarrollo del objeto del contrato.

Artículo 153.- El plazo máximo de los contratos entre la Cooperativa de Trabajadores con la empresa usuaria será de tres (3) años, pudiendo ser renovado de común acuerdo.

Artículo 154.- A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, también podrán constituirse cooperativas de trabajadores suministradoras de servicios complementarios a los procesos de producción que se lleven a cabo en empresas usuarias, tales como provisión de insumos o de materias primas o para tareas de carácter especializado como labores de control de calidad o labores de acabado final, constituidas por trabajadores cesantes de la empresa que cuenten con un alto grado de calificación laboral, bajo la modalidad de empleo autónomo.

CAPITULO IV

DEL TRABAJO A DOMICILIO

Artículo 155.- Trabajo a domicilio es el que se ejecuta, habitual o temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por ésta, sin supervisión directa e inmediata del empleador. El empleador tiene la facultad de establecer las regulaciones de la metodología y técnicas del trabajo a realizarse.

En la producción de bienes inmateriales el derecho a la propiedad intelectual del bien producido lo reserva el empleador, salvo que medie pacto expreso en contrario.

Artículo 156.- El trabajo a domicilio genera relación laboral entre el trabajador a domicilio y el empleador, sea este último el productor de los bienes y servicios finales o intermedios, subcontratistas o agente, siempre que estos últimos se encuentren debidamente registrados.

Artículo 157.- No está comprendido en el trabajo a domicilio el que realizan los trabajadores domésticos o del hogar, el trabajo autónomo, el realizado en taller de familia o trabajo familiar.

Artículo 158.- La remuneración es fijada por las partes en el contrato de trabajo o por convenio colectivo de trabajo a domicilio, en base a criterios de remuneración por producción, bajo la modalidad de valor hora o tarifa por bien o servicio producido.

El empleador sólo podrá deducir hasta un veinticinco (25) por ciento mensual de la remuneración obtenida por el trabajador, en caso de responsabilidad económica a cargo del trabajador por la pérdida o deterioro que por su culpa sufran los materiales o bienes a que se refiere

el inciso g) del artículo 8 de esta Ley, hasta cumplir el pago del valor respectivo.

Artículo 159.- El contrato de trabajo a domicilio se celebra por escrito y en triplicado, una de cuyas copias se remite a la Autoridad Administrativa de Trabajo para los fines de su registro.

Artículo 160.- El empleador, sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior, está obligado a llevar un Registro de Trabajo a Domicilio, cuya copia será entregada al trabajador. El Registro de Trabajo a Domicilio sustituye para todos sus efectos al libro de planillas de remuneraciones del régimen laboral común.

Artículo 161.- En el Registro de Trabajo a Domicilio se consignará los datos siguientes:

- a) Los datos de identificación del trabajador
- b) La referencia a las fechas de suscripción del contrato de trabajo a domicilio y de su remisión a la Autoridad Administrativa de Trabajo.
- c) El número de carné de inscripción del trabajador en el Instituto Peruano de Seguridad Social,
- d) La calidad y naturaleza de la obra encomendada y la remuneración convenida, indicando los factores intervinientes en su fijación,
- e) El monto y fecha de pago de la remuneración, en cada oportunidad que éste se realiza.
- f) El monto y fecha de pago de cualquier beneficio que se abone en aplicación de esta Ley o que resulte de acuerdo convencional,
- g) El suministro o no, tanto de los materiales como de las herramientas, maquinarias o útiles para la producción y la modalidad y título en los que otorga estos últimos; y,
- h) Cualquier otra indicación o precisión relativa a la relación laboral y que las partes estimen conveniente consignar.

Artículo 162.- El trabajador a domicilio tiene derecho a percibir los derechos sociales siguientes:

- a) Primero de Mayo, equivalente a una treintava parte de las remuneraciones totales percibidas el mes inmediato anterior laborado, siempre que el trabajador tenga derecho acumulado de los beneficios de los incisos b) o c) de este artículo.
- b) Vacaciones, equivalente al ocho por ciento con treinta y tres centésimos (8.33%) del total de las remuneraciones percibidas durante el año cronológico anterior de servicios prestados al empleador. Este beneficio se paga conjuntamente con la remuneración del mes al que corresponde el año cronológico de servicios cumplidos,
- c) Compensación por Tiempo de Servicios, equivalente al ocho por ciento con treinta y tres centésimos (8.33%) del total de las remuneraciones percibidas durante el año cronológico anterior de servicios prestados al empleador. Este beneficio lo paga directamente el empleador al trabajador, dentro de los diez (10) días siguientes de cumplido el año cronológico de servicios y tiene efecto cancelatorio.

Artículo 163.- El trabajador podrá solicitar al empleador el pago adelantado de los beneficios remunerativos señalados en el artículo anterior, cuando la prestación de servicios se interrumpa o suspenda por un periodo igual o mayor de un mes. En este caso, el cálculo se efectuará teniendo como base el total de remuneraciones percibidas durante el

periodo realmente laborado. El pago adelantado de cualquiera de dichos beneficios tiene efecto cancelatorio.

Artículo 164.- El trabajador a domicilio está comprendido en el Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N° 19990 y sus normas modificatorias ampliatorias y conexas; y en el régimen de prestaciones de salud de la Ley N° 22482 en cuanto se refiere a prestaciones asistenciales directas, subsidios por enfermedad en caso de hospitalización, subsidio por maternidad, subsidio por lactancia y prestaciones por sepelio. No está comprendido en el régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales regulado por el Decreto Ley 18846.

El Consejo Directivo del Instituto Peruano de Seguridad Social dictará el Reglamento en el plazo de treinta (30) días hábiles posteriores a la fecha de vigencia de esta Ley, teniendo en cuenta las particularidades específicas de este régimen laboral especial, para los efectos de las aportaciones.

CAPITULO V

MEDIDAS PARA LA GENERACION

MASIVA DEL EMPLEO

Artículo 165.- El Poder Ejecutivo de conformidad con el Decreto Legislativo 657 implementará programas temporales de generación masiva de empleo para los sectores urbano-marginales y rurales destinados a los segmentos de la población que se encuentren en situación de extrema pobreza.

Artículo 166.- En cada ejercicio presupuestario anual, el FONCODES destinará los recursos correspondientes para el financiamiento de programas masivos de empleo e ingresos, que se distribuirán en la siguiente proporción:

- a) Sesenta por ciento (60%) para las zonas rurales; y,
- b) Cuarenta por ciento (40%) para las zonas urbano-marginales.

En la asignación de estos recursos las zonas declaradas en estado de emergencia recibirán un trato preferente.

Artículo 167.- Los programas masivos de empleo e ingresos financiados con recursos provenientes del FONCODES deberán sujetarse a los siguientes requisitos:

- a) Deberán ser intensivos en uso de mano de obra;
- b) Deberán ser rentables y de corto periodo de maduración;
- c) Deberán emplear preferentemente recursos humanos y materiales provenientes de la zona en que se ejecute el proyecto;
- d) Deberán generar una tasa apreciable de retorno en recursos en favor de las poblaciones afectadas; y,

Artículo 168.- Los programas que se ejecuten en las áreas rurales con apoyo financiero del FONCODES estarán orientados fundamentalmente a promover el desarrollo de las actividades agropecuarias y el mejoramiento de los niveles de vida y condiciones de trabajo de los segmentos de la población en situación de extrema pobreza, a través de proyectos que generen empleo o ingresos, y que tengan efectos multiplicadores en el contexto de la economía rurales, tales como:

a) Obras relacionadas con el mejoramiento de la producción y la productividad del agro; ampliación de la frontera agrícola, reconstrucción de andenes, desalinización y drenaje de suelos, construcción y mejoramiento de canales de regadío, así como de pequeñas represas y abrevaderos; tareas de forestación y reforestación;

b) Obras de apoyo a la comercialización y a la provisión de bienes y servicios: construcción de almacenes y silos, canales, frigoríficos y mercados para productos alimenticios;

c) Obras relacionadas con la infraestructura vial: construcción y mejoramiento de caminos, trochas, puentes y carreteras, en especial las vías de acceso a las zonas productoras; y,

d) Obras para el mejoramiento de las condiciones de vida de la población: Instalación de servicios de agua potable y desagüe, construcción, equipamiento y mejoramiento de postas médicas, centros educativos, deportivos y centros comerciales y de acopio.

Artículo 169.- Los programas masivos de empleo e ingresos para las zonas urbano-marginales financiados con apoyo del FONCODES básicamente se orientarán hacia el mejoramiento de las condiciones de vida de la población en situación de pobreza extrema, tales como: Instalación de servicios de agua potable, desagüe y redes secundarias, de alumbrado público, de construcción y mejoramiento de la infraestructura vial, de postas médicas, centros asistenciales y de salud, centros educativos y comunales, y de comedores y cocinas populares.

Artículo 170.- Para tales efectos, el FONCODES en coordinación directa con los pobladores de las zonas rurales y urbano-marginales definirán el contenido y los alcances de los proyectos que hayan de ejecutarse de acuerdo con las necesidades y requerimientos de la población afectada, conjuntamente con un calendario de ejecución de las obras a realizarse y con la participación activa de los trabajadores comunales organizados en “núcleos ejecutores”.

El FONCODES se encargará de la supervisión de los proyectos y de la ejecución de las obras, y se encargará de proveer a los “núcleos ejecutores” del apoyo técnico y material necesario para el cumplimiento de los calendarios de ejecución acordados.

Artículo 171.- El FONCODES de conformidad con los lineamientos establecidos en la presente Ley, deberá contemplar dos tipos de programas temporales de generación masiva de empleo:

a) Programas de Empleo para Jefes de Familia (PEJEF); y,

b) Programas de Generación Masiva de Empleo (PEGEM).

Artículo 172.- Los Programas de Empleo para Jefes de Familia (PEJEF), estarán orientados a generar ocupación o ingresos, en favor de trabajadores que se encuentren en situación de desempleo abierto; sean éstos trabajadores calificados o no calificados.

Los requisitos para ingresar a laborar en los programas del PEJEF serán establecidos en el Estatuto del FONCODES.

Artículo 173.- Los programas de Generación Masiva de Empleo (PEGEM), tendrán por objeto la ejecución de proyectos de inversión pública a través de empresa privadas de construcción civil, que podrán presentar al FONCODES proyectos de obras públicas en las zonas rurales o marginales, y que serán adjudicados en forma directa, previa evaluación técnica por parte del FONCODES.

Manual de derecho laboral individual

Artículo 174.- El régimen laboral aplicable a los trabajadores comprendidos en los Programas de Empleo para Jefes de Familia (PEJEF) y de Generación Masiva de Empleo (PEGEM), se sujetará a las normas establecidas en el Título III de la presente Ley.

TITULO VI

DE LAS EMPRESAS ESPECIALES

CAPITULO I - DE LAS EMPRESAS

DE SERVICIOS TEMPORALES

Artículo 175.- Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

Los servicios temporales a que se refiere este artículo son los contemplados en el Título III de la presente Ley.

Artículo 176.- Las empresas de servicios temporales deberán constituirse como personas jurídicas y tendrán como único objeto el previsto en el artículo anterior.

Artículo 177.- Se denomina usuario, toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales.

El número de trabajadores que podrá prestar servicios a través de estas empresas no excederá del veinte por ciento (20%) del total de trabajadores del usuario.

Artículo 178.- Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos categorías: trabajadores de planta y trabajadores destacados.

Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias y actividades propias de las empresas de servicios temporales.

Trabajadores destacados son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.

Artículo 179.- El Ministerio de Trabajo y Promoción Social aprobará las solicitudes de autorización de funcionamiento de las empresas de servicios temporales que cumplan con los requisitos exigidos en esta Ley. El control y vigilancia de las mismas corresponde a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

Artículo 180.- Para efecto de la autorización contemplada en el artículo anterior, a las solicitudes se deben acompañar los siguientes requisitos:

- a) Escritura pública de constitución;
- b) Acreditar un capital social pagado igual ó superior a cinco UIT vigente en el momento de la constitución;
- c) Constituir un seguro con una compañía de seguros en cuantía no inferior a diez UIT vigentes al 31 de diciembre de cada año, para asegurar salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales de los trabajadores, en caso de iliquidez de la empresa.

Artículo 181.- Las empresas de servicios temporales quedan obligadas a presentar ante el Ministerio de Trabajo y Promoción Social los informes estadísticos que éste le

solicite relacionados con su oferta y demanda de mano de obra, frecuencia de colocación, ocupación, sectores de actividad económica atendidos, cuantías y escalas de remuneración.

El Ministerio de Trabajo y Promoción Social reglamentará la manera de presentar dichos informes.

CAPITULO II - DE LA EMPRESAS DE SERVICIOS

COMPLEMENTARIOS

Artículo 182.- Se consideran empresas de servicios complementarios a aquellas cuya actividad principal es la de poner a disposición de otras empresas, las que en adelante se denominarán empresas usuarias, actividades complementarias de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado.

Se consideran actividades complementarias de carácter especializado, aquellas que no están comprendidas en las actividades principales que realiza la empresa usuaria y que para su ejecución requieren de personal altamente calificado.

Artículo 183.- En forma previa al inicio de la prestación de servicios, la empresa de servicios deberá celebrar un contrato de servicios por escrito, con la empresa usuaria. En dicho contrato se describirá las labores a realizarse, duración, características y modalidad de las mismas, las que no deberán estar comprendidas dentro de las actividades principales de la empresa usuaria.

Artículo 184.- Las empresas de servicios complementarias deben contar con la autorización de funcionamiento otorgada por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social siéndoles además de aplicación el artículo 180 de la presente Ley.

TITULO VII

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

PRIMERA.- La presente Ley será reglamentada por el Poder Ejecutivo en un plazo no mayor de noventa (90) días computados a partir de su vigencia.

SEGUNDA.- Los trabajadores que a la dación de la presente Ley se encuentren laborando bajo el régimen de la Ley N° 24514, salvo que manifiesten por escrito su voluntad de acogerse al nuevo régimen, continuarán regidos por el anterior, de la manera siguiente:

- a) En materia de falta grave, sólo se les podrán imputar las tipificadas en la mencionada ley;
- b) La inhabilitación que autorice el despido sólo podrá ser de naturaleza judicial;
- c) La condena penal por delito doloso debe conllevar la inasistencia al centro del trabajo por privación física de la libertad;
- d) La despedida deberá cumplir el trámite previsto en la indicada norma;
- e) El juez podrá ordenar la suspensión del despido, en la forma prevista en el artículo 8 de dicha norma legal;
- f) No podrá el juez sustituir la reposición por el pago de indemnización, salvo a pedido del propio trabajador;
- g) En materia de indemnización, se le abonará la señalada en dicha ley.

En todo lo demás, se les aplicará el régimen común que la presente Ley consagra.

Manual de derecho laboral individual

TERCERA.- El personal de dirección y los trabajadores de confianza serán objeto de recalificación en un plazo de noventa (90) días de la vigencia de la presente Ley. El trabajador que considere injustificada su inclusión en estas categorías podrá reclamar directamente ante el empleador en un plazo de 30 días naturales, vencido el cual se entenderá que la acepta para todos los efectos.

De no haber acuerdo entre las partes sobre la calificación, el trabajador podrá presentar la demanda correspondiente.

CUARTA.- Mediante Decreto Supremo se dictarán las normas procesales necesarias para la mejor aplicación de la presente Ley.

QUINTA.- Los contratos de duración temporal celebrados con sujeción a los plazos previstos en disposiciones anteriores a la presente Ley podrán ser renovados adecuándolos al plazo máximo establecido en la presente Ley.

SEXTA.- Las Empresas de Servicios Temporales y las Empresas de Servicios Complementarios deberán regularizar su situación jurídica dando cumplimiento a los requisitos exigidos en el Título V dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente Ley. Transcurrido dicho plazo sin que hayan cumplido con ello, no podrán continuar funcionando como tales ni rehabilitar su registro.

SETIMA.- Las empresas usuarias y las cooperativas de trabajadores deberán adecuarse, cuando corresponda al límite establecido en el artículo 177, dentro de los seis meses de vigencia de la presente Ley.

OCTAVA.- Deróganse la Ley 8514, los Decretos Leyes 14218, 18138, 22126 artículo 4 y demás disposiciones que se opongan a la presente Ley. Déjase igualmente sin efecto el Decreto Supremo 014-91-TR. La Resolución Ministerial N° 197-88-TR de 20 de mayo de 1988 continúa vigente en lo que no se oponga a la presente Ley. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 765, publicado el 15-11-91, cuyo texto es el siguiente:

«OCTAVA.- Deróganse la Ley N° 8514, los Decretos Leyes N°s. 14218, 18138, 21116 artículo 4, y demás disposiciones que se opongan a la presente Ley. Déjase igualmente sin efecto el Decreto Supremo N° 014-91-TR, la Resolución Ministerial N° 197-88-TR de 20 de mayo de 1988 continúa vigente en lo que no se oponga a la presente Ley».

NOVENA.- La presente Ley entrará en vigencia a los treinta días de su publicación en el diario oficial "El Peruano".

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los ocho días del mes de Noviembre de mil novecientos noventa y uno.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

Presidente Constitucional de la República

ALFONSO DE LOS HEROS PEREZ ALBELA

Presidente del Consejo de Ministros y

Ministro de Trabajo y Promoción Social

21-03-97.- D. S. No 003-97-TR.- Aprueba Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo No 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.(27/03/97)

TEXTO UNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO No 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y

COMPETITIVIDAD LABORAL

TEXTO ACTUALIZADO

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

CONSIDERANDO:

Que la Disposición Transitoria del Decreto Legislativo No 855, dispone la separación de la Ley de Fomento del Empleo en dos textos normativos denominados Ley de Formación y Promoción Laboral y Ley de Productividad y Competitividad Laboral;

Que la referida Disposición Transitoria faculta al Ministerio de Trabajo y Promoción Social a distribuir y reordenar el articulado vigente, incorporando las modificaciones introducidas en dicha norma y modificando las remisiones a la Constitución de 1979, adecuándolas a la Carta vigente;

Que con posterioridad se han expedido los Decretos Legislativos Nos. 861 y 871, modificatorios de la Ley de Fomento del Empleo, los cuales deben ser considerados en el reordenamiento dispuesto por el Decreto Legislativo No 855;

De conformidad con el inciso 8) del Artículo 118o de la Constitución Política del Perú;

DECRETA:

Artículo 1o.- Aprobar el TEXTO UNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO No 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, que consta de siete (7) Títulos, ciento doce (112) Artículos y seis (6) Disposiciones Complementarias, Transitorias y Derogatorias.

Artículo 2o.- La Ley cuyo Texto Unico Ordenado se aprueba por el presente Decreto Supremo, será reglamentada en un plazo no mayor de noventa días computados a partir de la vigencia de este último.

Artículo 3o.- El presente Decreto Supremo entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, sin perjuicio de la vigencia que corresponde a los textos legales objeto de reordenamiento.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiún días del mes de marzo de mil novecientos noventa y siete.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI, Presidente Constitucional de la República.
JORGE GONZALEZ IZQUIERDO, Ministro de Trabajo y Promoción Social.

TEXTO UNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO No 728

LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL

TITULO PRELIMINAR

Capítulo I: Principios Fundamentales

Capítulo II: Ambito de Aplicación y Ejecución

TITULO I. DEL CONTRATO DE TRABAJO

Capítulo I: Normas Generales

Capítulo II: Del Período de Prueba

Capítulo III: De la Suspensión del Contrato de Trabajo

Capítulo IV: De la Extinción

Capítulo V: De los Derechos del Trabajador

Capítulo VI: De las Situaciones Especiales

Capítulo VII: De la Terminación de la Relación de Trabajo por Causas Objetivas

TITULO II. DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO SUJETOS A MODALIDAD

Capítulo I: Del Ambito de Aplicación

Capítulo II: Contratos de Naturaleza Temporal

Capítulo III: Contratos de Naturaleza Accidental

Capítulo IV: Contratos para Obra o Servicio

Capítulo V: Requisitos Formales para la Validez de los Contratos

Capítulo VI: Normas Comunes

Capítulo VII: Desnaturalización de los Contratos

Capítulo VIII: Derechos y Beneficios

Capítulo IX. De los Otros Contratos sujetos a Modalidad

TITULO III. CAPACITACION LABORAL Y PRODUCTIVIDAD

TITULO IV. DEL TRABAJO A DOMICILIO

TITULO V. DE LAS EMPRESAS ESPECIALES

Capítulo I: De las Empresas de Servicios Temporales

Capítulo II: De las Empresas de Servicios Complementarios

TITULO VI. PROGRAMAS DE RECONVERSION PRODUCTIVA PARA EMPRESAS DEL SECTOR INFORMAL URBANO

TITULO VII. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y DEROGATORIAS

TITULO PRELIMINAR

CAPITULO I

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

OBJETIVOS DE LA LEY

Artículo 1o.- Son objetivos de la presente Ley:

- a) Fomentar la capacitación y formación laboral de los trabajadores como un mecanismo de mejoramiento de sus ingresos y la productividad del trabajo;
- b) Propiciar la transferencia de las personas ocupadas en actividades urbanas y rurales de baja productividad e ingresos hacia otras actividades de mayor productividad;
- c) Garantizar los ingresos de los trabajadores, así como la protección contra el despido arbitrario respetando las normas constitucionales; y,

- d) Unificar las normas sobre contratación laboral y consolidar los beneficios sociales existentes.

PROMOCION DE LA INNOVACION TECNOLOGICA. IMPACTO EN LAS RELACIONES LABORALES

Artículo 2o.- El Estado estimula y promueve la innovación tecnológica de conformidad con el segundo párrafo del Artículo 14o de la Constitución Política del Perú, como la condición necesaria para el desarrollo económico.

La introducción de tecnología que eleve los niveles de productividad del trabajo, constituye un derecho y un deber social a cargo de todos los empresarios establecidos en el país.

El impacto de los cambios tecnológicos en las relaciones laborales podrá ser materia de negociación colectiva entre empresarios y trabajadores, dentro del marco de convenios de productividad, que podrán establecer normas relativas a:

- a) Sistemas de formación laboral que tiendan hacia una calificación polifuncional de los trabajadores en la empresa
- b) Medidas orientadas a promover la movilidad funcional y geográfica de los trabajadores;
- c) Sistemas de fijación de los niveles salariales de los trabajadores en función de sus niveles de productividad;
- d) Mecanismos alternativos de implementación de las modalidades de contratación laboral previstas en la presente Ley; y,
- e) Programas de reconversión productiva y medidas orientadas a facilitar la readaptación profesional de los trabajadores cesantes.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 107o y sgtes.

Las empresas que celebren contratos de productividad con sus trabajadores podrán solicitar al Ministerio de Trabajo y Promoción Social el apoyo técnico que requieran para la implementación de cualquiera de los programas de promoción del empleo, establecidos en virtud de la presente Ley.

CAPITULO II

AMBITO DE APLICACION Y EJECUCION

ALCANCES

Artículo 3o.- El ámbito de aplicación de la presente Ley comprende a todas las empresas y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

TITULO I

DEL CONTRATO DE TRABAJO

CAPITULO I

NORMAS GENERALES

CONTRATO DE TRABAJO. PRESUNCION LEGAL. MODOS DE CELEBRARSE.

Artículo 4o.- 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.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 9o

D.S. No 001-96-TR: Arts. 11o a 13o

SERVICIOS DE NATURALEZA LABORAL

Artículo 5o.- 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.

REMUNERACION

Artículo 6º.- 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. (*)

(*) Artículo modificado por el primer párrafo del Art. 1 de la Ley 28051, publicada el 02/08/2003

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 9o

D.S. No 001-96-TR: Arts. 10o, 15o

NO CONSTITUYE REMUNERACION

Artículo 7o.- No constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los Artículos 19o y 20o del Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo No 650.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 10o

FORMA DE EXPRESAR LAS REMUNERACIONES

Artículo 8o.- En las normas legales o convencionales y en general en los instrumentos relativos a remuneraciones, éstas podrán ser expresadas por hora efectiva de trabajo.

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

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

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

Concordancias:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 14o, 15o

D.S. No 004-97-TR -Reglamento del TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios: Art. 2o

PRINCIPIOS DE SUBORDINACION. FACULTADES DEL EMPLEADOR

Artículo 9o.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo 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 las obligaciones a cargo del trabajador.

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.

Concordancias:

D.S. No 005-86-TR (20/01/86):

Artículo 4o.- Los contratos de trabajo de duración indeterminada, no requerirán para su validez de aprobación de la Autoridad Administrativa de Trabajo, debiendo únicamente ser puesto en su conocimiento.

D.S. No 4 (10/08/56):

Artículo 1o.- Las Autoridades de Trabajo no tienen facultad para disponer la rescisión o modificación de los contratos de trabajo.

R.M. s/n (27/10/36):

Artículo 2o.- Se reputan, asimismo, nulos todos los contratos que establezcan renuncia de parte de los servidores, a gozar de los beneficios que las leyes y resoluciones gubernamentales de carácter social les otorgan.

CAPITULO II

DEL PERIODO DE PRUEBA

TIEMPO DE DURACION. AMPLIACION DEL PLAZO. EFECTOS

Artículo 10o.- 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.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 43o

D.S. No 001-96-TR: Arts. 16o, 17o

CAPITULO III

DE LA SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO

SUSPENSION PERFECTA E IMPERFECTA DE LABORES

Artículo 11o.- Se suspende el contrato de trabajo cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral.

Se suspende, también, de modo imperfecto, cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 16o, 18o

CAUSAS DE SUSPENSION

Artículo 12o.- Son causas de suspensión del contrato de trabajo:

- a) La invalidez temporal;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 13o

- b) La enfermedad y el accidente comprobados;

Concordancia:

Ley No 26790 (17/05/97)- Ley de Modernización de la Seguridad Social

- c) La maternidad durante el descanso pre y postnatal;

Concordancia:

Ley No 26644 (27/06/96)- Precisa alcance del goce de descanso pre-natal y post-natal de la trabajadora gestante

- d) El descanso vacacional;

Concordancias:

D.Leg. No 713 (08/11/91).- Dispone la armonización y consolidación de normas sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada.

D.S. No 07-80-TR (30/04/80).- Normas para la aplicación del descanso vacacional mínimo.

- e) La licencia para desempeñar cargo cívico y para cumplir con el Servicio Militar Obligatorio;

Concordancia:

D.S. No 072-84-PCM (16/11/84).- Reglamento de la Ley del Servicio Militar Obligatorio

- f) El permiso y la licencia para el desempeño de cargos sindicales;

Concordancia:

D.L. No 25593 - Ley de Relaciones Colectivas

- g) La sanción disciplinaria;
h) El ejercicio del derecho de huelga;

Concordancia:

D.L. No 25593 - Ley de Relaciones Colectivas

- i) La detención del trabajador, salvo el caso de condena privativa de la libertad;
j) La inhabilitación administrativa o judicial por período no superior a tres meses;

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 14o

Cód.Penal: Art. 36o

- k) El permiso o licencia concedidos por el empleador;
l) El caso fortuito y la fuerza mayor;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 15o, 47o

ll) Otros establecidos por norma expresa.

La suspensión del contrato de trabajo se regula por las normas que corresponden a cada causa y por lo dispuesto en esta Ley.

Concordancias:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 18o, 19o

INVALIDEZ ABSOLUTA TEMPORAL E INVALIDEZ PARCIAL TEMPORAL

Artículo 13o.- La invalidez absoluta temporal suspende el contrato por el tiempo de su duración. La invalidez parcial temporal sólo lo suspende si impide el desempeño normal de las labores. Debe ser declarada por el Instituto Peruano de Seguridad Social o el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 20o

INHABILITACION PARA DESEMPEÑAR EL TRABAJO

Artículo 14o.- La inhabilitación impuesta por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad que desempeñe el trabajador en el centro de trabajo, por un período inferior a tres meses, suspende la relación laboral por el lapso de su duración.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 12o j)

CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR. SUSPENSION TEMPORAL PERFECTA. VERIFICACION

Artículo 15o.- El caso fortuito y la fuerza mayor facultan al empleador, sin necesidad de autorización previa, a la suspensión temporal perfecta de las labores hasta por un máximo de noventa días, con comunicación inmediata a la Autoridad Administrativa de Trabajo. Deberá, sin embargo, de ser posible, otorgar vacaciones vencidas o anticipadas y, en general, adoptar medidas que razonablemente eviten agravar la situación de los trabajadores.

La Autoridad Administrativa de Trabajo bajo responsabilidad verificará dentro del sexto día la existencia y procedencia de la causa invocada. De no proceder la suspensión ordenará la inmediata reanudación de las labores y el pago de las remuneraciones por el tiempo de suspensión transcurrido.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 46o a)

D.S. No 001-96-TR: Arts. 21o, y ss., 62o

CAPITULO IV

DE LA EXTINCION

CAUSAS DE EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO

Artículo 16o.- Son causas de extinción del contrato de trabajo:

- a) El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 17o

- b) La renuncia o retiro voluntario del trabajador;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 18o

- c) 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;
- d) El mutuo disenso entre trabajador y empleador;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 19o

- e) La invalidez absoluta permanente;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 20o

- f) La jubilación;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 21o

- g) El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 22o, 23o, 24o, 25o

- h) La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 46o

FALLECIMIENTO DEL EMPLEADOR. LIQUIDACION DEL NEGOCIO

Artículo 17o.- El fallecimiento del empleador extingue la relación laboral si aquél es persona natural, sin perjuicio de que, por común acuerdo con los herederos, el trabajador convenga en permanecer por un breve lapso para efectos de la liquidación del negocio. El plazo convenido no podrá exceder de un año, deberá constar por escrito y será presentado a la Autoridad Administrativa de Trabajo para efectos de registro.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 16o a)

RENUNCIA O RETIRO VOLUNTARIO DEL TRABAJADOR

Artículo 18o.- En caso de renuncia o retiro voluntario, el trabajador debe dar aviso escrito con 30 días de anticipación. El empleador puede exonerar este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador; en este último caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 16o b)

D.S. No 001-96-TR: Arts. 27o, 28o

TERMINO DE LA RELACION LABORAL POR MUTUO DISENSO

Artículo 19o.- El acuerdo para poner término a una relación laboral por mutuo disenso debe constar por escrito o en la liquidación de beneficios sociales.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 16o d)

INVALIDEZ ABSOLUTA PERMANENTE. EFECTOS

Artículo 20o.- La invalidez absoluta permanente extingue de pleno derecho y automáticamente la relación laboral desde que es declarada conforme al Artículo 13o.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 16o e)

OBLIGACION DE JUBILACION

Artículo 21o.- La jubilación es obligatoria para el trabajador, hombre o mujer, que tenga derecho a pensión de jubilación a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), si el empleador se obliga a cubrir la diferencia entre dicha pensión y el 80% de la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador, monto adicional que no podrá exceder del 100% de la pensión, y a reajustarla periódicamente, en la misma proporción en que se reajuste dicha pensión.

El empleador que decida aplicar la presente causal deberá comunicar por escrito su decisión al trabajador con el fin de que éste inicie el trámite para obtener el otorgamiento de su pensión. El cese se produce en la fecha a partir de la cual se reconozca el otorgamiento de la pensión.

La jubilación es obligatoria y automática en caso que el trabajador cumpla setenta años de edad, salvo pacto en contrario.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 16o f)

D.S. No 001-96-TR: Arts. 29o, 30o

CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO

Artículo 22o.- 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 con la conducta del trabajador.

La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 32o

D.S. No 001-96-TR: Art. 31o

CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO EN RELACION A LA CAPACIDAD DEL TRABAJADOR

Artículo 23o.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 31o, 34o

- a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas;
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;
- c) 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.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 33o, 34o

CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO EN RELACION A LA CONDUCTA DEL TRABAJADOR

Artículo 24o.- Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 31o, 34o

- a) La comisión de falta grave;
- b) La condena penal por delito doloso;
- c) La inhabilitación del trabajador.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 25o

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 27o

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 28o

FALTAS GRAVES. DEFINICION Y CLASES

Artículo 25o.- 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:

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 39o

- 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 responsa-

bilidad 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;

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 35o

- 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;

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 36o

- 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 estupefacentes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial prestará 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;

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 40o

- 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 ésta;
- h) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más 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.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 37o, 38o

CONFIGURACION DE LAS FALTAS GRAVES. COMPROBACION OBJETIVA

Artículo 26o.- Las faltas graves señaladas en el artículo anterior, se configuran por su comprobación objetiva en el procedimiento laboral, con prescindencia de las connotaciones de carácter penal o civil que tales hechos pudieran revestir.

DESPIDO POR LA COMISION DE DELITO DOLOSO

Artículo 27o.- El despido por la comisión de delito doloso a que se refiere el inciso b) del Artículo 24o se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y conocer de tal hecho el empleador, salvo que éste haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 24o b)

INHABILITACION QUE JUSTIFICA UN DESPIDO. CONCEPTO

Artículo 28o.- 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 período de tres meses o más.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 24o c)

DESPIDO NULO

Artículo 29o.- Es nulo el despido que tenga por motivo:

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 34o, 36o, 40o, 41o, 42o

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25o;

Concordancia:

D.S. No. 03-97-TR: Art. 25o. Inc. f.

D.S. No 001-96-TR: Art. 47o

- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;

Concordancias:

D.S. No 001-96-TR: Art. 48o

- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso 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. (*)

- -----
(*) Modificado según la Ley 27185, publicado el 19/10/1999
- -----

Concordancias:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 46o, 52o

Ley No 26626 (20/06/96).- Encarga al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de lucha contra el SIDA: (...)

Artículo 6o.- Las personas con VIH/SIDA pueden seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones.

Es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/SIDA.

ACTOS DE HOSTILIDAD

Artículo 30o.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 35o

D.S. No 001-96-TR: Art. 57o

- 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;

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 49o

- b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;
c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquél en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 50o

- d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;

Concordancia:

Ley No 23407 - Sobre Higiene y Seguridad en la Industria

- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;
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.**
(*)

(*) *Artículo modificado por la 1a. D.FyC de la Ley 27942, publicada el 27/02/2003*

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 o enmiende su conducta, según sea el caso.

Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la ley sobre la materia ()*

()Párrafo adicionado por la 1a. D.FyC de la Ley 27942, publicada el 27/02/2003*

REQUISITO PREVIO PARA EL DESPIDO DE UN TRABAJADOR. EXCEPCION

Artículo 31o.- El empleador no 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 formulan, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

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.

Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el Artículo 32o, debe observarse el principio de inmediatez.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Arts. 23o, 24o

D.S. No 001-96-TR: Arts. 41o a 43o

COMUNICACION DEL DESPIDO

Artículo 32o.- 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.

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 aquéllos.

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.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 43o, 44o

COMISION DE UNA MISMA FALTA POR VARIOS TRABAJADORES. SANCIONES

Artículo 33o.- 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.

CAPITULO V

DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR

INDEMNIZACION. CASOS EN LOS QUE PROCEDE

Artículo 34o.- El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38o, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38o.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 36o, 38o

D.S. No 001-96-TR: Arts. 52o, 53o

CESE DE LA HOSTILIDAD. TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

Artículo 35o.- El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el Artículo 30o de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por:

- a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o,
- b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el Artículo 38o de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 36o

D.S. No 01-95-TR (08/01/95): *Precisa artículos de la Ley de Fomento del Empleo: (...)*

Artículo 1o.- *El trabajador que no ejercite la opción a que se refiere el artículo 73o del Decreto Legislativo No 728 [léase art. 68o del TUO], dentro del plazo de ley, tiene expedito el derecho de reclamar al empleador el pago de las sumas líquidas de las que sea acreedor y que pudieran resultar exigibles en los supuestos contemplados en los inciso a) y c) del artículo 66o del indicado Decreto Legislativo [léase art. 63o del TUO].*

El trabajador antes de plantear la demanda debe emplazar por escrito a su empleador para que cumpla con el pago o reintegro correspondiente, a cuyo efecto debe otorgarle un plazo razonable. En caso de no ser satisfecho su requerimiento, la demanda debe ser recaudada con copia de la carta de emplazamiento que contenga el cargo de recepción correspondiente.

PLAZO PARA ACCIONAR JUDICIALMENTE EN LOS CASOS DE NULIDAD DE DESPIDO, DESPIDO ARBITRARIO Y HOSTILIDAD. CADUCIDAD

Artículo 36o.- 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 período prescriptorio el pago de otras sumas líquidas 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.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 45o, 52o, 58o, 85o

CARGA DE LA PRUEBA DEL DESPIDO Y EL MOTIVO ALEGADO

Artículo 37o.- Ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 32o

INDEMNIZACION POR DESPIDO ARBITRARIO

Artículo 38o.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 31o, 45o, 52o, 55o, 56o

INOBSERVANCIA DE FORMAS ESENCIALES. RESOLUCION DEL JUEZ

Artículo 39o.- La inobservancia de las formalidades no esenciales del despido, no inhibe al juez de pronunciarse sobre el fondo del asunto dentro del plazo de ley a fin de determinar la existencia o no de la falta grave.

NULIDAD DE DESPIDO. REMUNERACIONES DEVENGADAS

Artículo 40o.- Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes.

Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses.

ACCION POR NULIDAD DE DESPIDO. ASIGNACION PROVISIONAL. REPOSICION

Artículo 41o.- En el caso de acción por nulidad del despido el juez podrá, a pedido de parte, ordenar el pago de una asignación provisional y fijar su monto el que no podrá exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador. Dicha asignación será pagada por el empleador hasta alcanzar el saldo de la reserva por la compensación por tiempo de servicios que aún conserve en su poder.

Si resultara insuficiente, la asignación será pagada por el depositario de la misma hasta agotar el importe del depósito y sus intereses.

Si la sentencia ordena la reposición, el empleador restituirá el depósito más los respectivos intereses con cargo a las remuneraciones caídas a que se refiere el artículo anterior.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 51o

INCUMPLIMIENTO DE LA REPOSICION. MULTA

Artículo 42o.- El empleador que no cumpla el mandato de reposición dentro de las veinticuatro (24) horas de notificado, será requerido judicialmente bajo apercibimiento de multa, cuyo monto se incrementará sucesivamente en treinta (30%) por ciento del monto original de la multa a cada nuevo requerimiento judicial hasta la cabal ejecución del mandato.

El importe de la multa no es deducible de la materia imponible afecta a impuesto a la renta.

CAPITULO VI

DE LAS SITUACIONES ESPECIALES

PERSONAL DE DIRECCION Y DE CONFIANZA

Artículo 43o.- Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquél las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 59o y ss.

REGULACION JURIDICA DE LOS TRABAJADORES DE DIRECCION O DE CONFIANZA

Artículo 44o.- Todos los trabajadores que directamente o por promoción acceden a puestos de dirección o de confianza se encuentran comprendidos en los alcances del artículo anterior.

En la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación.

El Reglamento precisará la forma y requisitos para su calificación como tales, así como los demás elementos concurrentes.

TRABAJADORES DE REGIMENES ESPECIALES

Artículo 45o.- Los trabajadores de regímenes especiales se seguirán rigiendo por sus propias normas.

CAPITULO VII

DE LA TERMINACION DE LA RELACION DE TRABAJO POR CAUSAS OBJETIVAS

CAUSAS OBJETIVAS

Artículo 46o.- Son causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo:

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 62o y ss., 72o a 74o

- a) El caso fortuito y la fuerza mayor;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 15o, 47o, 52o

- b) Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 50o, 52o

- c) La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 49o

- d) La reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo No 845.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 49o

CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR GRAVES. EFECTOS

Artículo 47o.- Si el caso fortuito o la fuerza mayor son de tal gravedad que implican la desaparición total o parcial del centro de trabajo, el empleador podrá dentro del plazo de suspensión a que se refiere el Artículo 15o, solicitar la terminación de los respectivos contratos individuales de trabajo.

En tal caso, se seguirá el procedimiento indicado en el artículo siguiente sustituyendo el dictamen y la conciliación, por la inspección que el Ministerio del Sector llevará a cabo, con audiencia de partes, poniéndose su resultado en conocimiento del Ministerio de Trabajo y Promoción Social quien resolverá conforme a los incisos e) y f) del citado artículo.

EXTINCION DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO POR MOTIVOS ECONOMICOS, TECNOLOGICOS, ESTRUCTURALES O ANALOGOS

Artículo 48o.- La extinción de los contratos de trabajo por las causas objetivas previstas en el inciso b) del Artículo 46o, sólo procederá en aquellos casos en los que se comprenda a un número de trabajadores no menor al diez (10) por ciento del total del personal de la empresa, y se sujeta al siguiente procedimiento:

Concordancia:

D.S. 03-97-TR: Art. 46o. Inc. b.

- a) La empresa proporcionará al sindicato, o a falta de éste a los trabajadores, o sus representantes autorizados en caso de no existir aquél, la información pertinente indicando con precisión los motivos que invoca y la nómina de los trabajadores afectados. De este trámite dará cuenta a la Autoridad Administrativa de Trabajo para la apertura del respectivo expediente;
- b) La empresa con el sindicato, o en su defecto con los trabajadores afectados o sus representantes, entablarán negociaciones para acordar las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o las medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese de personal. Entre tales medidas pueden estar la suspensión temporal de las labores, en forma total o parcial, la disminución de turnos, días u horas de trabajo; la modificación de las condiciones de trabajo; la revisión de las condiciones colectivas vigentes y cualesquiera otras que puedan coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas de la empresa. El acuerdo que adopten tendrá fuerza vinculante;
- c) En forma simultánea o sucesiva, el empleador presentará ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, una declaración jurada de que se encuentra incurso en la causa objetiva invocada a la que acompañará una pericia de parte que acredite su procedencia, que deberá ser realizada por una empresa auditora, autorizada por la Contraloría General de la República.

Asimismo, el empleador podrá solicitar la suspensión perfecta de labores durante el período que dure el procedimiento, solicitud que se considerará aprobada con la sola recepción de dicha comunicación, sin perjuicio de la verificación posterior a cargo de la Autoridad Inspectiva de Trabajo.

La Autoridad Administrativa de Trabajo, pondrá en conocimiento del sindicato o a falta de éste, de los trabajadores o sus representantes, la pericia de parte, dentro de las cuarentiocho (48) horas de presentada; los trabajadores podrán presentar pericias adicionales hasta en los quince (15) días hábiles siguientes;

- d) Vencido dicho plazo, la Autoridad Administrativa de Trabajo, dentro de las 24 horas siguientes, convocará a reuniones de conciliación a los representantes de los trabajadores y del empleador; reuniones que deberán llevarse a cabo indefectiblemente dentro de los tres (3) días hábiles siguientes;
- e) Vencidos los plazos a los que se refiere el inciso precedente, la Autoridad Administrativa de Trabajo está obligada a dictar resolución dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, al término de los cuales se entenderá aprobada la solicitud si no existiera resolución;
- f) Contra la resolución expresa o ficta, cabe recurso de apelación que debe interponerse en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles. El recurso deberá ser resuelto

en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, vencidos los cuales sin que se haya expedido resolución, se tendrá confirmada la resolución recurrida.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 63o y ss.

D.Leg. No 871 (01/11/96):

Disposición Transitoria.- Las solicitudes de cese colectivo que a la fecha de vigencia del Decreto Legislativo No 855 se encontraban en trámite, cualquiera sea su estado, continuarán sustanciándose hasta su conclusión en última instancia, de conformidad con las normas con las que se iniciaron.

D.L. No 26120 (30/12/92): Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado:(...)

Artículo 7o.- Previo acuerdo de la COPRI, mediante decreto supremo se adoptarán todas las medidas destinadas a lograr la reestructuración económica, financiera, legal y administrativa, así como la racionalización de personal, de las empresas incluidas en el proceso de promoción de la inversión privada a que se refiere el Decreto Legislativo No 674, tales como:

- a) *Racionalización de personal: aprobar y poner en ejecución programas de cese voluntario de personal, con o sin incentivos. Vencido el plazo para acogerse al programa de cese voluntario, la empresa presentará a la Autoridad Administrativa de Trabajo una solicitud de reducción de personal excedente, adjuntando la nómina de los trabajadores comprendidos en tal medida. Los trabajadores que cesen por efecto del proceso de reducción, sólo tendrán derecho a percibir los beneficios sociales correspondientes de acuerdo a ley, sin que sea procedente el otorgamiento de beneficios adicionales.*

La Autoridad Administrativa de Trabajo aprobará el Programa de Reducción propuesto dentro de los cinco (05) días de presentada la solicitud, sin que sea aplicable el procedimiento previsto por el Decreto Legislativo No 728.

En el caso que la Autoridad Administrativa de Trabajo no se pronunciara en el plazo fijado en el párrafo precedente, se tendrá por aprobado el referido Programa en forma automática y de pleno derecho.

Con el pronunciamiento expreso o ficto a que hacen referencia los párrafos precedentes, quedará concluida la vía administrativa.

- b) *Reestructuración económica y financiera: aprobar y poner en ejecución programas de reestructuración que conlleven la asunción de deudas y/o el diferimiento de obligaciones a cargo de la empresa, vencidas o por vencerse, contraídas con:*
- i. *El Gobierno Central, incluyendo las deudas por concepto de tributos administrados por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT y la Superintendencia Nacional de Aduanas - SUNAD.*
- ii. *El Banco de la Nación;*
- iii. *Otras empresas u organismos del Estado.*
- c) *Reestructuración legal y administrativa: aprobar y poner en ejecución programas de saneamiento legal y administrativo que permitan regularizar las autorizaciones, permisos y los derechos, en general, correspondientes a la empresa, así como los títulos de propiedad de sus bienes. La Oficina Nacional de Registros Públicos, así como todas las entidades en las que se*

registren los derechos correspondientes a la empresa, procederán a efectuar las respectivas inscripciones en las condiciones que establezca el decreto supremo.

La relación que antecede es sólo enunciativa y no es limitativa.

EXTINCION DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO POR DISOLUCION, LIQUIDACION, QUIEBRA O EN CASO DE REESTRUCTURACION PATRIMONIAL

Artículo 49o.- La extinción de los contratos de trabajo por las causas objetivas previstas en los incisos c) y d) del Artículo 46o, se sujeta a los siguientes procedimientos:

Concordancia:

D.S. 03-97-TR: Art. 46o. Incisos c y d.

- La disolución y liquidación de la empresa y la quiebra.

Adoptado el acuerdo de disolución de la empresa por el órgano competente de ésta, conforme a la Ley General de Sociedades y en los casos de liquidación extrajudicial o quiebra de la empresa, el cese se producirá otorgando el plazo previsto por la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo No 845, Ley de Reestructuración Patrimonial.

Los trabajadores tienen primera opción para adquirir los activos e instalaciones de la empresa quebrada o en liquidación que les permita continuar o sustituir su fuente de trabajo.

Las remuneraciones y beneficios sociales insolutos se podrán aplicar en tal caso a la compra de dichos activos e instalaciones hasta su límite, o a la respectiva compensación de deudas.

- La Reestructuración Patrimonial sujeta al Decreto Legislativo No 845.

El procedimiento de cese del personal de empresas sometidas a la Ley de Reestructuración Patrimonial se sujeta a lo dispuesto por el Decreto Legislativo No 845.

Concordancia:

D. *Leg. No 845 (21/09/96).- Ley de Reestructuración Patrimonial: (...)*

Quinta Disposición Complementaria.- CESE COLECTIVO.- *El Administrador o Liquidador de empresas en estado de insolvencia declarado por la Comisión podrá cesar a los trabajadores de la empresa correspondiente para cuyo efecto cursará un aviso notarial con una anticipación de diez (10) días naturales a la fecha prevista para el cese.*

DESPIDO POR MOTIVOS ECONOMICOS, TECNOLOGICOS, ESTRUCTURALES O ANALOGOS. NOTIFICACION. PAGO DE BENEFICIOS SOCIALES

Artículo 50o.- En los casos contemplados en el inciso b) del Artículo 46o, el empleador notificará a los trabajadores afectados con la autorización de cese de tal medida y pondrá a su disposición los beneficios sociales que por ley puedan corresponderles.

PAGO DE LA COMPENSACION POR TIEMPO DE SERVICIOS (CTS)

Artículo 51o.- El Empleador deberá acreditar el pago total de la compensación por tiempo de servicios en la forma establecida en el Decreto Legislativo No 650 dentro de las cuarenta y ocho horas de producido el cese.

Concordancia:

D.S. No 001-97-TR -TUO del Decreto Legislativo No 650

PREFERENCIA PARA LA READMISION EN EL EMPLEO

Artículo 52o.- Los trabajadores afectados por el cese en los casos contemplados en los incisos a) y b) del Artículo 46o gozan del derecho de preferencia para su readmisión en el empleo si el empleador decidiera contratar directamente o a través de terceros nuevo personal para ocupar cargos iguales o similares, dentro de un año de producido el cese colectivo. En tal caso, el empleador deberá notificar por escrito al ex trabajador, con quince (15) días naturales de anticipación, en el domicilio que el trabajador haya señalado a la empresa. En caso de incumplimiento, el ex trabajador tendrá derecho a demandar judicialmente la indemnización que corresponda conforme al Artículo 38o.

TITULO II

DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO SUJETOS A MODALIDAD

CAPITULO I

DEL AMBITO DE APLICACION

CONDICIONES PARA LA CELEBRACION DE LOS CONTRATOS

Artículo 53o.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como 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 que por su naturaleza puedan ser permanentes.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Arts. 77o, 78o

D.S. No 001-96-TR: Arts. 75o, 86o, 87o

CLASES DE CONTRATOS DE NATURALEZA TEMPORAL

Artículo 54o.- Son contratos de naturaleza temporal:

- a) El contrato por inicio o lanzamiento de una nueva actividad;
- b) El contrato por necesidades del mercado;
- c) El contrato por reconversión empresarial.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 76o

CLASES DE CONTRATOS DE NATURALEZA ACCIDENTAL

Artículo 55o.- Son contratos de naturaleza accidental:

- a) El contrato ocasional;
- b) El contrato de suplencia;
- c) El contrato de emergencia.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 77o, 78o

CLASES DE CONTRATOS DE OBRA O SERVICIO

Artículo 56o.- Son contratos de obra o servicio:

- a) El contrato específico;
- b) El contrato intermitente;
- c) El contrato de temporada.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 79o

CAPITULO II

CONTRATOS DE NATURALEZA TEMPORAL

Contrato por Inicio o Incremento de Actividad

Artículo 57o.- El contrato temporal por inicio de una nueva actividad es aquél celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración máxima es de tres años.

Se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 76o

Contrato por Necesidades del Mercado

Artículo 58o.- El contrato temporal por necesidades del mercado es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente. Este puede ser renovado sucesivamente hasta el término máximo establecido en el Artículo 74o de la presente Ley.

En los contratos temporales por necesidades del mercado, deberá constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal.

Dicha causa objetiva deberá sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional.

Contrato por Reversión Empresarial

Artículo 59o.- Es contrato temporal por reversión empresarial el celebrado en virtud a la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquina-

rias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos. Su duración máxima es de dos años.

CAPITULO III

CONTRATOS DE NATURALEZA ACCIDENTAL

Contrato Ocasional

Artículo 60o.- El contrato accidental-ocasional es aquél celebrado entre un empleador y un trabajador para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración máxima es de seis meses al año.

Contrato de Suplencia

Artículo 61o.- El contrato accidental de suplencia es aquél celebrado entre un empleador y un trabajador con el objeto que éste sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente, o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo. Su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias.

En tal caso el empleador deberá reservar el puesto a su titular, quien conserva su derecho de readmisión en la empresa, operando con su reincorporación oportuna la extinción del contrato de suplencia.

En esta modalidad de contrato se encuentran comprendidas las coberturas de puestos de trabajo estable, cuyo titular por razones de orden administrativo debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo.

Contrato de Emergencia

Artículo 62o.- El contrato de emergencia es aquel que se celebra para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor coincidiendo su duración con la de la emergencia.

CAPITULO IV

CONTRATOS PARA OBRA O SERVICIO

Contrato para Obra Determinada o Servicio Específico

Artículo 63o.- Los contratos para obra determinada o servicio específico, son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada. Su duración será la que resulte necesaria.

En este tipo de contratos podrán celebrarse las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 79o

Contrato Intermitente

Artículo 64o.- Los contratos de servicio intermitente son aquéllos celebrados entre un empleador y un trabajador, para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas.

Estos contratos podrán efectuarse con el mismo trabajador, quien tendrá derecho preferencial en la contratación, pudiendo consignarse en el contrato primigenio tal derecho, el que operará en forma automática, sin necesidad de requerirse de nueva celebración de contrato o renovación.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 80o

Artículo 65o.- En el contrato escrito que se suscriba deberá consignarse con la mayor precisión las circunstancias o condiciones que deben observarse para que se reanude en cada oportunidad la labor intermitente del contrato.

Artículo 66o.- El tiempo de servicios y los derechos sociales del trabajador contratado bajo esta modalidad se determinarán en función del tiempo efectivamente laborado.

Contrato de Temporada

Artículo 67o.- El contrato de temporada es aquél celebrado entre un empresario y un trabajador con el objeto de atender necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento, que se cumplen sólo en determinadas épocas del año y que están sujetas a repetirse en períodos equivalentes en cada ciclo en función a la naturaleza de la actividad productiva.

Artículo 68o.- En los contratos de trabajo de temporada necesariamente deberá constar por escrito lo siguiente:

- a) La duración de la temporada;
- b) La naturaleza de la actividad de la empresa, establecimiento o explotación; y,
- c) La naturaleza de las labores del trabajador.

Artículo 69o.- Si el trabajador fuera contratado por un mismo empleador por dos temporadas consecutivas o tres alternadas tendrá derecho a ser contratado en las temporadas siguientes.

Artículo 70o.- Para hacer efectivo el ejercicio del derecho conferido en el artículo anterior, el trabajador deberá presentarse en la empresa, explotación o establecimiento dentro de los quince (15) días anteriores al inicio de la temporada, vencidos los cuales caducará su derecho a solicitar su readmisión en el trabajo.

Artículo 71o.- Se asimila también al régimen legal del contrato de temporada a los incrementos regulares y periódicos de nivel de la actividad normal de la empresa o explotación, producto de un aumento sustancial de la demanda durante una parte del año, en el caso de los establecimientos o explotaciones en los cuales la actividad es continua y permanente durante todo el año.

Igualmente se asimila al régimen legal del contrato de temporada a las actividades feriales.

CAPITULO V

REQUISITOS FORMALES PARA LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS

FORMALIDAD. DURACION Y DEMAS CONDICIONES DE LA RELACION LABORAL

Artículo 72o.- Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral.

COPIA DE LOS CONTRATOS. VERIFICACION POSTERIOR

Artículo 73o.- Una copia de los contratos será presentada a la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los quince días naturales de su celebración, para efectos de su conocimiento y registro.

La Autoridad Administrativa de Trabajo puede ordenar la verificación posterior de la veracidad de los datos consignados en la copia a que se refiere el párrafo precedente, a efectos de lo dispuesto en el inciso d) del Artículo 77o, sin perjuicio de la multa que se puede imponer al empleador por el incumplimiento incurrido.

Concordancias:

- D. **Leg. No 885 (10/11/96).- Ley de Promoción Del Sector Agrario: (...)**

Artículo 2o.- BENEFICIARIOS.- Están comprendidas en los alcances de esta Ley, las personas naturales o jurídicas que desarrollen cultivos y/o crianzas, con excepción de la avicultura, la agroindustria y la industria forestal

Artículo 7o.- TRAMITE Y TASAS ADMINISTRATIVAS.- Exonérase del pago de las tasas administrativas al Ministerio de Trabajo y Promoción Social a los empleadores de la actividad agraria comprendidos en el Artículo 2o. del presente Decreto Legislativo.

Los Contratos de Trabajo sujetos a modalidad previstos en el Decreto Legislativo No 728, que celebran las personas naturales o jurídicas comprendidas en el Artículo 2o del presente Decreto Legislativo, serán presentados a la Autoridad Administrativa de Trabajo en forma conjunta, al finalizar cada semestre calendario, para su conocimiento y registro.

La Autoridad Administrativa de Trabajo se reserva el derecho de ordenar la verificación posterior a que se refiere el Artículo 107o [Léase Art. 73 de esta ley] de del acotado Decreto Legislativo.

- D. **S. No 007-97-TR (16/07/97).- Disposiciones referidas a la aplicación del Régimen Laboral y de Seguridad Social establecido en el D.Leg. No 885:**

Artículo 1o.- Los empleadores que se encuentren comprendidos en los alcances del Artículo 2o del Decreto Legislativo No 885, sean personas naturales o jurídicas, que desarrollen cultivos y/o crianzas, con excepción de la avicultura, la agroindustria y la industria forestal, se encuentran exonerados del pago de las tasas establecidas en el Texto Unico de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, por los trámites y procedimientos que efectúen ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Artículo 2o.- Para acogerse a las exoneraciones previstas en el artículo anterior, los empleadores deberán adjuntar a las respectivas solicitudes que presenten, copia simple del Registro Unico de Contribuyentes (RUC) de la empresa, en el que conste que ésta se encuentra dentro del ámbito de aplicación de dicho Decreto Legislativo.

Artículo 3o.- Para efectos del registro de contratos de trabajo sujetos a modalidad, a que se refiere el Título II del Texto Unico Ordenado de la Ley Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No 003-97-TR, los empleadores deberán presentar, el último día hábil de cada semestre calendario, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo

de la Jurisdicción correspondiente, una solicitud conteniendo una declaración jurada de estar comprendidos en el campo de aplicación del Decreto Legislativo No 885, adjuntando:

- a) Tres ejemplares de los contratos sujetos a modalidad, celebrados en dicho período;
- b) Copia simple del RUC de la empresa.

Artículo 4o.- La presentación extemporánea de los contratos sujetos a modalidad dará lugar al pago de la tasa establecida para este caso por el TUPA del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

Artículo 5o.- La Autoridad Administrativa de Trabajo podrá ordenar la verificación posterior de la veracidad de los datos consignados en los contratos, de conformidad con el segundo párrafo del Artículo 73o del Texto Unico Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Artículo 6o.- En el caso de las empresas que desarrollen además de las actividades comprendidas en el Decreto Legislativo No 885, otras adicionales, las exoneraciones y beneficios, sólo serán otorgados respecto de las expresamente comprendidas en los alcances de dicho Decreto Legislativo.

CAPITULO VI

NORMAS COMUNES

PLAZOS MAXIMOS EN LAS DISTINTAS MODALIDADES CONTRACTUALES

Artículo 74o.- Dentro de los plazos máximos establecidos en las distintas modalidades contractuales señaladas en los artículos precedentes, podrán celebrarse contratos por períodos menores pero que sumados no excedan dichos límites.

En los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función de las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco (5) años.

PRUEBA LEGAL O CONVENCIONAL

Artículo 75o.- En los contratos sujetos a modalidad rige el período de prueba legal o convencional previsto en la presente ley.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 16o, 84o

RESOLUCION ARBITRARIA DEL CONTRATO. INDEMNIZACION

Artículo 76o.- Si el empleador vencido el período de prueba resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones.

Concordancias:

D.S. No 001-96-TR: Art. 85o

D.Leg. No 855: Disposición Complementaria.- La resolución arbitraria de los contratos de trabajo celebrados con personal extranjero generará, en materia indemnizatoria, el mismo derecho que el contemplado en el Artículo 110o [Léase Art. 76 de esta ley] del Texto Unico

Ordenado del Decreto Legislativo No 728, tal como ha quedado modificado por la presente Ley. (Conforme a lo prescrito por el Decreto Legislativo No 871, publicado el 01/11/96).

CAPITULO VII

DESNATURALIZACION DE LOS CONTRATOS

CASOS EN QUE LOS CONTRATOS SUJETOS A MODALIDAD SE CONSIDERAN COMO DE DURACION INDETERMINADA

Artículo 77o.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:

- a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si éstas exceden del límite máximo permitido;
- b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación;
- c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando;
- d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.

TRABAJADORES PERMANENTES QUE CESEN

Artículo 78o.- Los trabajadores permanentes que cesen no podrán ser recontratados bajo ninguna de las modalidades previstas en este Título, salvo que haya transcurrido un año del cese.

CAPITULO VIII

DERECHOS Y BENEFICIOS

Artículo 79o.- Los trabajadores contratados conforme al presente Título tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por Ley, pacto o costumbre tuvieron los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado, del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el período de prueba.

CAPITULO IX

DE LOS OTROS CONTRATOS SUJETOS A MODALIDAD

CONTRATOS DE TRABAJO DEL REGIMEN DE EXPORTACION DE PRODUCTOS NO TRADICIONALES

Artículo 80o.- Los contratos de trabajo del régimen de exportación de productos no tradicionales a que se refiere el Decreto Ley No 22342 se regulan por sus propias normas. Sin embargo, le son aplicables las normas establecidas en esa Ley sobre aprobación de los contratos.

Basta que la industria se encuentre comprendida en el Decreto Ley No 22342 para que proceda la contratación del personal bajo el citado régimen.

Concordancias:

D.L. No 22342 (21/11/78).- Trabajadores eventuales en empresas de exportación no tradicional: (...)

Artículo 32o.- Las empresas a que se refiere el artículo 7o del presente Decreto Ley, podrán contratar personal eventual, en el número que requieran, dentro del régimen establecido por Decreto Ley No 18138, para atender operaciones de producción para exportación en las condiciones que se señalan a continuación:

- a) La contratación dependerá de:
 1. Contrato de exportación, orden de compra o documentos que la origina;
 2. Programa de Producción de Exportación para satisfacer el contrato, orden de compra o documento que origina la exportación;
- b) Los contratos se celebran para obra determinada en términos de la totalidad del programa y/o de sus labores parciales integrantes y podrán realizarse entre las partes cuantas veces sea necesario, observándose lo dispuesto en el presente artículo;
- c) En cada contrato deberá especificarse la labor a efectuarse y el contrato de exportación, orden de compra o documento que la origine; y,
- d) El contrato deberá constar por escrito y será presentado a la autoridad administrativa de trabajo, para su aprobación dentro de 60 días, vencidos los cuales si no hubiere pronunciamiento, se tendrá por aprobado.

Artículo 33o.- No son de aplicación para el personal que presta servicios en empresas que exporten productos no tradicionales, las disposiciones legales y reglamentarias referentes a monto máximo de remuneraciones. Asimismo, cuando dicho personal tenga que prestar servicios en el exterior percibirá sus haberes en moneda extranjera, la que podrá ser remesada.

Artículo 34o.- Las empresas que exporten productos no tradicionales no están comprendidas en las limitaciones referidas en el artículo 23o del Decreto Ley No 22126.

Decreto Supremo No 001-79-ICTI-CO-CE (09/01/79):

(...)

Artículo 73o.- Para la contratación de personal eventual, a que se refiere el artículo 32o del Decreto Ley (No 22342), las empresas deberán cumplir con lo dispuesto en el artículo 3o del Decreto Ley No 18138 y acreditar la condición de empresa industrial de exportación no tradicional, mediante la presentación de la constancia de inscripción en el registro pertinente ante la autoridad administrativa de trabajo.

Artículo 74o.- Las limitaciones establecidas para el monto máximo de las remuneraciones no rigen para el personal contratado por empresas exportadoras de productos no tradicionales.

Artículo 75o.- La remesa de moneda extranjera para el pago al personal que preste servicios en el exterior a que se refiere el artículo 33o del Decreto Ley, se realizará de conformidad con las normas pertinentes.

Artículo 76o.- A los trabajadores que laboran en empresas exportadoras de productos no tradicionales no les es de aplicación la limitación del 10% señalada para el período de prueba por el artículo 23o del Decreto Ley No 22126 (**Ley No 24514**).

CONTRATOS DE TRABAJO EN LAS ZONAS FRANCAS

Artículo 81o.- Los contratos de trabajo temporales que se ejecuten en las zonas francas así como cualquier otro régimen especial, se regula por sus propias normas.

Concordancia:

D.Leg. No 704 (05/11/91): (...)

Artículo 14o.- Los contratos de trabajo de los trabajadores que laboren en las zonas francas industriales o turísticas se rigen exclusivamente por lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo.

Las empresas establecidas en las zonas francas industriales o turísticas, por su naturaleza, están facultadas para contratar personal en forma temporal en la proporción que requieran. Los contratos se pueden celebrar a plazos o ser renovados sucesivamente.

Artículo 15o.- Las remuneraciones y las condiciones de trabajo de los trabajadores a que se refiere el artículo anterior se pactan libremente.

Artículo 16o.- Las empresas establecidas en las zonas francas industriales o turísticas, en razón de su especial naturaleza, quedan exceptuadas de aplicar los regímenes de participación a que se refiere el Decreto Legislativo No 677.

FACULTAD DE CELEBRAR CONTRATOS DE CUALQUIER OTRA CLASE DE SERVICIO

Artículo 82o.- Cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente en el presente Título podrá contratarse, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse.

APLICACION SUPLETORIA

Artículo 83o.- En los casos a que se refieren los artículos precedentes son de aplicación supletoria los Capítulos V y VIII del presente Título en cuanto no se oponga a la normatividad específica de los citados regímenes de contratación.

TITULO III

CAPACITACION LABORAL Y PRODUCTIVIDAD

CAPACITACION EN EL TRABAJO

Artículo 84o.- El empleador está obligado a proporcionar al trabajador capacitación en el trabajo a fin de que éste pueda mejorar su productividad y sus ingresos.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 88o

PROGRAMAS DE CAPACITACION Y PRODUCTIVIDAD

Artículo 85o.- El empleador y los representantes de los trabajadores o de la organización sindical correspondiente, podrán establecer de común acuerdo Programas de Capacitación y Productividad, organizados a través de comisiones paritarias.

FINALIDAD DE LA CAPACITACION

Artículo 86o.- Las acciones de capacitación tendrán las siguientes finalidades:

- a) Incrementar la productividad;
- b) Actualizar y perfeccionar los conocimientos y aptitudes del trabajador en la actividad que realiza;

- c) Proporcionar información al trabajador sobre la aplicación de nueva tecnología en la actividad que desempeña;
- d) Preparar al trabajador para ocupar una vacante o puesto de nueva creación;
- e) Prevenir riesgos de trabajo.

TITULO IV

DEL TRABAJO A DOMICILIO

CONCEPTO

Artículo 87o.- Trabajo a domicilio es el que se ejecuta, habitual o temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por éste, sin supervisión directa e inmediata del empleador. El empleador tiene la facultad de establecer las regulaciones de la metodología y técnicas del trabajo a realizarse.

En la producción de bienes inmateriales el derecho a la propiedad intelectual del bien producido lo reserva el empleador, salvo que medie pacto expreso en contrario.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 106o

EFFECTOS DEL TRABAJO A DOMICILIO

Artículo 88o.- El trabajo a domicilio genera relación laboral entre el trabajador a domicilio y el empleador, sea este último el productor de los bienes y servicios finales o intermedios, subcontratistas o agente, siempre que estos últimos se encuentren debidamente registrados.

TRABAJO NO COMPRENDIDO EN EL TRABAJO A DOMICILIO

Artículo 89o.- No está comprendido en el trabajo a domicilio el que realizan los trabajadores domésticos o del hogar, el trabajo autónomo, el realizado en taller de familia o trabajo familiar.

Concordancia:

D.S. No 23 D.T. - Beneficio de los trabajadores domésticos

REMUNERACION. FORMA DE FIJARLA

Artículo 90o.- La remuneración es fijada por las partes en el contrato de trabajo o por convenio colectivo de trabajo a domicilio, en base a criterios de remuneración por producción, bajo la modalidad de valor hora o tarifa por bien o servicio producido.

El empleador sólo podrá deducir hasta un veinticinco (25) por ciento mensual de la remuneración obtenida por el trabajador, en caso de responsabilidad económica a cargo del trabajador por la pérdida o deterioro que por su culpa sufran los materiales o bienes a que se refiere el inciso g) del Artículo 93o de esta Ley, hasta cumplir el pago del valor respectivo.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 6o

D.S. No 001-96-TR: Art. 15o

FORMALIDAD DEL CONTRATO

Artículo 91o.- El contrato de trabajo a domicilio se celebra por escrito y en triplicado, una de cuyas copias se remite a la autoridad Administrativa de Trabajo para los fines de su registro.

REGISTRO DE TRABAJO A DOMICILIO

Artículo 92o.- El empleador, sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior, esta obligado a llevar un Registro de Trabajo a Domicilio, cuya copia será entregada al trabajador.

El Registro de Trabajo a Domicilio sustituye para todos sus efectos al libro de planilla de remuneraciones del régimen laboral común.

CONTENIDO DEL REGISTRO DE TRABAJO A DOMICILIO

Artículo 93o.- En el Registro de Trabajo a Domicilio se consignará los datos siguientes:

- a) Los datos de identificación del trabajador;
- b) La referencia a las fechas de suscripción del contrato de trabajo a domicilio y de su remisión a la Autoridad Administrativa de Trabajo;
- c) El número de carné de inscripción del trabajador en el Instituto Peruano de Seguridad Social;
- d) La calidad y naturaleza de la obra encomendada y la remuneración convenida, indicando los factores intervinientes en su fijación;
- e) El monto y fecha de pago de la remuneración, en cada oportunidad que éste se realiza;
- f) El monto y fecha de pago de cualquier beneficio que se abone en aplicación de esta Ley o que resulte de acuerdo convencional;
- g) El suministro o no, tanto de los materiales como de las herramientas, maquinarias o útiles para la producción y la modalidad y título en los que otorga estos últimos; y,
- h) Cualquier otra indicación o precisión relativa a la relación laboral y que las partes estimen conveniente consignar.

DERECHOS SOCIALES DEL TRABAJADOR A DOMICILIO

Artículo 94o.- El trabajador a domicilio tiene derecho a percibir los derechos sociales siguientes:

- a) Primero de Mayo, equivalente a una treintava parte de las remuneraciones totales percibidas el mes inmediato anterior laborado, siempre que el trabajador tenga derecho acumulado de los beneficios de los incisos b) o c) de este artículo;
- b) Vacaciones, equivalente al ocho por ciento con treinta y tres centésimos (8.33%) del total de las remuneraciones percibidas durante el año cronológico anterior de servicios prestados al empleador;

Este beneficio se paga conjuntamente con la remuneración del mes al que corresponde el año cronológico de servicios cumplidos;

- c) Compensación por Tiempo de Servicios, equivalente al ocho por ciento con treinta y tres centésimos (8.33%) del total de las remuneraciones percibidas durante el año

cronológico anterior de servicios prestados al empleador. Este beneficio lo paga directamente el empleador al trabajador dentro de los diez (10) días siguientes de cumplido el año cronológico de servicios y tiene efecto cancelatorio.

PAGO ADELANTADO DE LOS BENEFICIOS REMUNERATIVOS

Artículo 95o.- El trabajador podrá solicitar al empleador el pago adelantado de los beneficios remunerativos señalados en el artículo anterior, cuando la prestación de servicios se interrumpa o suspenda por un período igual o mayor de un mes. En este caso, el cálculo se efectuará teniendo como base el total de remuneraciones percibidas durante el período realmente laborado. El pago adelantado de cualquiera de dichos beneficios tiene efecto cancelatorio.

REGIMEN PENSIONARIO DEL TRABAJADOR A DOMICILIO

Artículo 96o.- El trabajador a domicilio está comprendido en el Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley No 19990 y sus normas modificatorias, ampliatorias y conexas; y, en el régimen de prestaciones de salud de la Ley No 22482 en cuanto se refiere a prestaciones asistenciales directas, subsidios por enfermedad en caso de hospitalización, subsidio por maternidad, subsidio por lactancia y prestaciones por sepelio. No está comprendido en el régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales regulado por el Decreto Ley No 18846.

El Consejo Directivo del Instituto Peruano de Seguridad Social dictará el Reglamento en el plazo de treinta (30) días hábiles posteriores a la fecha de vigencia de esta Ley, teniendo en cuenta las particularidades específicas de este régimen laboral especial, para los efectos de las aportaciones.

TITULO V

DE LAS EMPRESAS ESPECIALES

CAPITULO I

DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES (*)

- _____
(*) Título derogado por la 5ta. DTCyF de la Ley 27626, publicada el 09/01/2002
- _____

CONCEPTO

Artículo 97o.- Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

Los servicios temporales a que se refiere este artículo son los contemplados en el Título II de la presente Ley.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 108o y ss., 115o

CONSTITUCION JURIDICA. OBJETO

Artículo 98o.- Las empresas de servicios temporales deberán constituirse como personas jurídicas y tendrán como único objeto el previsto en el artículo anterior.

USUARIO

Artículo 99o.- Se denomina usuario a toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las Empresas de Servicios Temporales.

El número de trabajadores que podrá prestar servicios a través de estas empresas, no excederá del cincuenta por ciento (50%) del total de trabajadores del usuario.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 99o

TRABAJADORES VINCULADOS A LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES. CATEGORIAS

Artículo 100o.- Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos categorías: trabajadores de planta y trabajadores destacados.

Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias y actividades propias de las empresas de servicios temporales.

Trabajadores destacados son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 97o

AUTORIZACION DE FUNCIONAMIENTO

Artículo 101o.- El Ministerio de Trabajo y Promoción Social aprobará las solicitudes de autorización de funcionamiento de las empresas de servicios temporales que cumplan con los requisitos exigidos en esta Ley. El control y vigilancia de las mismas corresponde a la Dirección de Empleo y Formación Profesional del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE AUTORIZACION DE FUNCIONAMIENTO

Artículo 102o.- Para efecto de la autorización contemplada en el artículo anterior, a las solicitudes se deben acompañar los siguientes requisitos:

- a) Escritura Pública de constitución;
- b) Acreditar un capital social pagado igual o superior a cinco UIT vigente en el momento de la constitución.

INFORMES ESTADISTICOS

Artículo 103.- Las empresas de servicios temporales quedan obligadas a presentar ante el Ministerio de Trabajo y Promoción Social los informes estadísticos que éste le solicite relacionados con su oferta y demanda de mano de obra, frecuencia de colocación, ocupación, sectores de actividad económica atendidos, cuantías y escalas de remuneración.

El Ministerio de Trabajo y Promoción Social reglamentará la manera de presentar dichos informes.

CAPITULO II

DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS

CONCEPTO

Artículo 104o.- *Se consideran empresas de servicios complementarios a aquéllas cuya actividad principal es la de poner a disposición de otras empresas, las que en adelante se denominarán empresas usuarias, actividades complementarias de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado.*

Se consideran actividades complementarias de carácter especializado, aquellas que no están comprendidas en las actividades principales que realiza la empresa usuaria y que para su ejecución requieren de personal altamente calificado.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 99o, 117o, 118o

CONTRATO PREVIO AL INICIO DE LA PRESTACION DE SERVICIOS

Artículo 105o.- *En forma previa al inicio de la prestación de servicios, la empresa de servicios deberá celebrar un contrato de servicios por escrito, con la empresa usuaria. En dicho contrato se describirá las labores a realizarse, duración, características y modalidad de las mismas, las que no deberán estar comprendidas dentro de las actividades principales de la empresa usuaria.*

AUTORIZACION DE FUNCIONAMIENTO

Artículo 106o.- *Las empresas de servicios complementarios deben contar con la autorización de funcionamiento otorgada por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social siéndoles además de aplicación el Artículo 102o de la presente Ley.*

TITULO VI

PROGRAMAS DE RECONVERSION PRODUCTIVA PARA EMPRESAS DEL SECTOR INFORMAL URBANO

PROGRAMAS ESPECIALES

Artículo 107o.- El Ministerio de Trabajo y Promoción Social en coordinación con los Ministerios de la Producción impulsará el establecimiento de programas especiales dirigidos a apoyar procesos de reconversión productiva en las empresas que vienen operando en el Sector Informal Urbano (SIU), tendentes a mejorar sus niveles de productividad, con la finalidad de potenciar la capacidad generadora de empleo.

PROGRAMAS DE RECONVERSION PRODUCTIVA

Artículo 108o.- Se podrán acoger a los programas de reconversión productiva, las siguientes categorías laborales:

- a) Los trabajadores cesantes como consecuencia de los procesos de reestructuración industrial y reconversión tecnológica;
- b) Los trabajadores asalariados que laboran en actividades consideradas predominantemente de carácter informal, y,
- c) Los trabajadores independientes que desarrollen sus actividades predominantemente en el Sector Informal Urbano (SIU).

ACTIVIDADES DE CARACTER INFORMAL

Artículo 109o.- Se considerarán como actividades predominantemente de carácter informal para efectos de la presente Ley, a todas aquellas que se desarrollen en forma independiente en el ámbito de la microempresa o en el de la pequeña empresa, defi-

nidas de acuerdo con los criterios de la Ley de la materia y que desarrollen sus actividades productivas preferentemente en los sectores comercio, servicios, pequeña industria, construcción y de manufacturas básicas orientadas al mercado interno local, regional o nacional.

MODALIDADES EMPRESARIALES A SER PROMOVIDAS

Artículo 110o.- Las modalidades empresariales que la presente Ley promoverá dentro del marco de los procesos de reconversión productiva, serán las siguientes:

- a) Microempresas y pequeñas empresas, conforme a la Ley de la materia;
- b) Programas de accionariado difundido; y,
- c) Cooperativas de Trabajadores.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 90o y ss., 103o

PROCESO DE RECONVERSION PRODUCTIVA. INCENTIVOS

Artículo 111o.- Los principales incentivos que contempla la presente Ley como medidas de promoción del proceso de reconversión productiva, serán las siguientes:

- a) Procedimiento de constitución y registro simplificado, como incentivo a la formalización de las pequeñas unidades de producción;
- b) Amnistía Administrativa;
- c) Asistencia técnico-productiva;
- d) Asesoría empresarial;
- e) Formación profesional y reconversión laboral;
- f) Capacitación en gestión empresarial;
- g) Constitución de líneas de crédito preferenciales;
- h) Constitución de fondos solidarios de garantía; e,
- i) Constitución de fondos rotatorios de financiamiento.

Los alcances y las condiciones en que se otorgarán estos incentivos se establecerán en el Reglamento de la presente Ley.

DIRECCION DE EMPLEO Y FORMACION PROFESIONAL. OBJETIVO

Artículo 112o.- La Dirección de Empleo y Formación Profesional del Ministerio de Trabajo y Promoción Social será el organismo técnico que centralizará las decisiones relativas al diseño, aplicación y ejecución de los programas señalados en el presente Título. A tales efectos, la Dirección de Empleo y Formación Profesional deberá:

- a) Constituir y mantener un Banco de Proyectos, en coordinación con organizaciones no gubernamentales, centros de investigación y otras entidades con las cuales tenga celebrados convenios de cooperación técnica;
- b) Definir los lineamientos básicos para el diseño y ejecución de los proyectos designados;
- c) Brindar asistencia técnica para la ejecución, evaluación y ajuste en los mismos;

- d) Intervenir en la evaluación técnica de los proyectos; y,
- e) Coordinar con los Ministerios de la Producción las medidas necesarias para el mejoramiento de los programas implementados.

TITULO VII

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y DEROGATORIAS

Primera.- Las acciones por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los tres años desde que resulten exigibles. ()*

(*). Derogada por la 1a disposición transitoria de la Ley No 27022, publicada el 23/12/98.

Segunda.- Interpretase por vía auténtica, que la prestación de servicios de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, para el titular o propietario persona natural conduzca o no el negocio personalmente, no genera relación laboral; salvo pacto en contrario. Tampoco genera relación laboral, la prestación de servicios del cónyuge.

Tercera.- En aplicación de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución y a efectos de lo dispuesto en el Artículo 62o de la misma, debe entenderse que la Ley Laboral sustituye a la anterior, salvo que haya sido incorporada al contrato de trabajo por pacto expreso.

Cuarta.- Las solicitudes de cese colectivo que a la fecha de vigencia del Decreto Legislativo No 855 se encontraban en trámite cualquiera sea su estado, continuarán sustanciándose hasta su conclusión en última instancia, de conformidad con las normas con las que se iniciaron.

Quinta.- Deróganse las Leyes Nos 2851, 4239, 4916, 5119, 9809, 16629 y 24514; los Decretos Leyes Nos 14248 y 25921; Capítulo II y Tercera Disposición Transitoria del Decreto Legislativo No 688, y las demás disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Las Bonificaciones de treinta y veinticinco por ciento a que se refiere el Capítulo II y la Tercera Disposición Transitoria del Decreto Legislativo No 688, respectivamente, se continuará abonando a los trabajadores que ya habían alcanzado derecho a ellas.

Sexta.- Derógase asimismo, la Ley No 8514, los Decretos Leyes Nos. 14218, 18138, 21116, Artículo 4o, y demás disposiciones que se opongan a la presente Ley. Déjase igualmente sin efecto el Decreto Supremo No 014-91-TR. La Resolución Ministerial No 197-88-TR del 20 de mayo de 1988 continúa vigente en lo que no se oponga a la presente Ley.

Ley que establece nuevo plazo de prescripción de las acciones derivadas de la relación laboral

LEY N° 27321

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE ESTABLECE NUEVO PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE LA RELACIÓN LABORAL

Artículo único.- Del objeto de la Ley

Las acciones por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los 4 (cuatro) años, contados desde el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES

Primera.- Norma derogatoria

Derógase la Ley N° 27022, Ley que establece la prescripción de las acciones derivadas de la relación laboral.

Segunda.- De los efectos de la ley anterior La prescripción iniciada antes de la vigencia de esta Ley se rige por la ley anterior.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los siete días del mes de julio del dos mil.

21-03-97.- D. S. No 003-97-TR.- Aprueba Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo No 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.(27/03/97)

TEXTO UNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO No 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y

COMPETITIVIDAD LABORAL

TEXTO ACTUALIZADO

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

CONSIDERANDO:

Que la Disposición Transitoria del Decreto Legislativo No 855, dispone la separación de la Ley de Fomento del Empleo en dos textos normativos denominados Ley de Formación y Promoción Laboral y Ley de Productividad y Competitividad Laboral;

Que la referida Disposición Transitoria faculta al Ministerio de Trabajo y Promoción Social a distribuir y reordenar el articulado vigente, incorporando las modificaciones introducidas en dicha norma y modificando las remisiones a la Constitución de 1979, adecuándolas a la Carta vigente;

Que con posterioridad se han expedido los Decretos Legislativos Nos. 861 y 871, modificatorios de la Ley de Fomento del Empleo, los cuales deben ser considerados en el reordenamiento dispuesto por el Decreto Legislativo No 855;

De conformidad con el inciso 8) del Artículo 118o de la Constitución Política del Perú;

DECRETA:

Artículo 1o.- Aprobar el TEXTO UNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO No 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, que consta de siete (7) Títulos, ciento doce (112) Artículos y seis (6) Disposiciones Complementarias, Transitorias y Derogatorias.

Artículo 2o.- La Ley cuyo Texto Unico Ordenado se aprueba por el presente Decreto Supremo, será reglamentada en un plazo no mayor de noventa días computados a partir de la vigencia de este último.

Artículo 3o.- El presente Decreto Supremo entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, sin perjuicio de la vigencia que corresponde a los textos legales objeto de reordenamiento.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiún días del mes de marzo de mil novecientos noventa y siete.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI, Presidente Constitucional de la República.
JORGE GONZALEZ IZQUIERDO, Ministro de Trabajo y Promoción Social.

TEXTO UNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO No 728

LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL

TITULO PRELIMINAR

Capítulo I: Principios Fundamentales

Capítulo II: Ambito de Aplicación y Ejecución

TITULO I. DEL CONTRATO DE TRABAJO

Capítulo I: Normas Generales

Capítulo II: Del Período de Prueba

Capítulo III: De la Suspensión del Contrato de Trabajo

Capítulo IV: De la Extinción

Capítulo V: De los Derechos del Trabajador

Capítulo VI: De las Situaciones Especiales

Capítulo VII: De la Terminación de la Relación de Trabajo por Causas Objetivas

TITULO II. DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO SUJETOS A MODALIDAD

Capítulo I: Del Ambito de Aplicación

Capítulo II: Contratos de Naturaleza Temporal

Capítulo III: Contratos de Naturaleza Accidental

Capítulo IV: Contratos para Obra o Servicio

Capítulo V: Requisitos Formales para la Validez de los Contratos

Capítulo VI: Normas Comunes

Capítulo VII: Desnaturalización de los Contratos

Capítulo VIII: Derechos y Beneficios

Capítulo IX. De los Otros Contratos sujetos a Modalidad

TITULO III. CAPACITACION LABORAL Y PRODUCTIVIDAD

TITULO IV. DEL TRABAJO A DOMICILIO

TITULO V. DE LAS EMPRESAS ESPECIALES

Capítulo I: De las Empresas de Servicios Temporales

Capítulo II: De las Empresas de Servicios Complementarios

TITULO VI. PROGRAMAS DE RECONVERSION PRODUCTIVA PARA EMPRESAS DEL SECTOR INFORMAL URBANO

TITULO VII. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y DEROGATORIAS

TITULO PRELIMINAR

CAPITULO I

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

OBJETIVOS DE LA LEY

Artículo 1o.- Son objetivos de la presente Ley:

- a) Fomentar la capacitación y formación laboral de los trabajadores como un mecanismo de mejoramiento de sus ingresos y la productividad del trabajo;
- b) Propiciar la transferencia de las personas ocupadas en actividades urbanas y rurales de baja productividad e ingresos hacia otras actividades de mayor productividad;
- c) Garantizar los ingresos de los trabajadores, así como la protección contra el despido arbitrario respetando las normas constitucionales; y,
- d) Unificar las normas sobre contratación laboral y consolidar los beneficios sociales existentes.

PROMOCION DE LA INNOVACION TECNOLOGICA. IMPACTO EN LAS RELACIONES LABORALES

Artículo 2o.- El Estado estimula y promueve la innovación tecnológica de conformidad con el segundo párrafo del Artículo 14o de la Constitución Política del Perú, como la condición necesaria para el desarrollo económico.

La introducción de tecnología que eleve los niveles de productividad del trabajo, constituye un derecho y un deber social a cargo de todos los empresarios establecidos en el país.

El impacto de los cambios tecnológicos en las relaciones laborales podrá ser materia de negociación colectiva entre empresarios y trabajadores, dentro del marco de convenios de productividad, que podrán establecer normas relativas a:

- a) Sistemas de formación laboral que tiendan hacia una calificación polifuncional de los trabajadores en la empresa
- b) Medidas orientadas a promover la movilidad funcional y geográfica de los trabajadores;
- c) Sistemas de fijación de los niveles salariales de los trabajadores en función de sus niveles de productividad;

- d) Mecanismos alternativos de implementación de las modalidades de contratación laboral previstas en la presente Ley; y,
- e) Programas de reconversión productiva y medidas orientadas a facilitar la readaptación profesional de los trabajadores cesantes.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 107o y sgtes.

Las empresas que celebren contratos de productividad con sus trabajadores podrán solicitar al Ministerio de Trabajo y Promoción Social el apoyo técnico que requieran para la implementación de cualquiera de los programas de promoción del empleo, establecidos en virtud de la presente Ley.

CAPITULO II

AMBITO DE APLICACION Y EJECUCION

ALCANCES

Artículo 3o.- El ámbito de aplicación de la presente Ley comprende a todas las empresas y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

TITULO I

DEL CONTRATO DE TRABAJO

CAPITULO I

NORMAS GENERALES

CONTRATO DE TRABAJO. PRESUNCION LEGAL. MODOS DE CELEBRARSE.

Artículo 4o.- 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.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 9o

D.S. No 001-96-TR: Arts. 11o a 13o

SERVICIOS DE NATURALEZA LABORAL

Artículo 5o.- 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.

REMUNERACION

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.

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. (*)

- -----
(*) *Artículo modificado por el primer párrafo del Art. 1 de la Ley 28051, publicada el 02/08/2003*

- -----
Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 90o

D.S. No 001-96-TR: Arts. 10o, 15o

NO CONSTITUYE REMUNERACION

Artículo 7o.- No constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los Artículos 19o y 20o del Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo No 650.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 10o

FORMA DE EXPRESAR LAS REMUNERACIONES

Artículo 8o.- En las normas legales o convencionales y en general en los instrumentos relativos a remuneraciones, éstas podrán ser expresadas por hora efectiva de trabajo.

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

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

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

Concordancias:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 14o, 15o

D.S. No 004-97-TR -Reglamento del TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios: Art. 2o

PRINCIPIOS DE SUBORDINACION. FACULTADES DEL EMPLEADOR

Artículo 9o.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo 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 las obligaciones a cargo del trabajador.

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.

Concordancias:

D.S. No 005-86-TR (20/01/86):

Artículo 4o.- Los contratos de trabajo de duración indeterminada, no requerirán para su validez de aprobación de la Autoridad Administrativa de Trabajo, debiendo únicamente ser puesto en su conocimiento.

D.S. No 4 (10/08/56):

Artículo 1o.- Las Autoridades de Trabajo no tienen facultad para disponer la rescisión o modificación de los contratos de trabajo.

R.M. s/n (27/10/36):

Artículo 2o.- Se reputan, asimismo, nulos todos los contratos que establezcan renuncia de parte de los servidores, a gozar de los beneficios que las leyes y resoluciones gubernamentales de carácter social les otorgan.

CAPITULO II

DEL PERIODO DE PRUEBA

TIEMPO DE DURACION. AMPLIACION DEL PLAZO. EFECTOS

Artículo 10o.- 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.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 43o

D.S. No 001-96-TR: Arts. 16o, 17o

CAPITULO III

DE LA SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO

SUSPENSION PERFECTA E IMPERFECTA DE LABORES

Artículo 11o.- Se suspende el contrato de trabajo cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral.

Se suspende, también, de modo imperfecto, cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 16o, 18o

CAUSAS DE SUSPENSION

Artículo 12o.- Son causas de suspensión del contrato de trabajo:

- a) La invalidez temporal;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 13o

- b) La enfermedad y el accidente comprobados;

Concordancia:

Ley No 26790 (17/05/97)- *Ley de Modernización de la Seguridad Social*

- c) La maternidad durante el descanso pre y postnatal;

Concordancia:

Ley No 26644 (27/06/96)- Precisa alcance del goce de descanso pre-natal y post-natal de la trabajadora gestante

- d) El descanso vacacional;

Concordancias:

D.Leg. No 713 (08/11/91)- Dispone la armonización y consolidación de normas sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada.

D.S. No 07-80-TR (30/04/80)- Normas para la aplicación del descanso vacacional mínimo.

- e) La licencia para desempeñar cargo cívico y para cumplir con el Servicio Militar Obligatorio;

Concordancia:

D.S. No 072-84-PCM (16/11/84)- Reglamento de la Ley del Servicio Militar Obligatorio

- f) El permiso y la licencia para el desempeño de cargos sindicales;

Concordancia:

D.L. No 25593 - Ley de Relaciones Colectivas

- g) La sanción disciplinaria;

- h) El ejercicio del derecho de huelga;

Concordancia:

D.L. No 25593 - Ley de Relaciones Colectivas

- i) La detención del trabajador, salvo el caso de condena privativa de la libertad;
- j) La inhabilitación administrativa o judicial por período no superior a tres meses;

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 14o

Cód.Penal: Art. 36o

- k) El permiso o licencia concedidos por el empleador;
- l) El caso fortuito y la fuerza mayor;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 15o, 47o

ll) Otros establecidos por norma expresa.

La suspensión del contrato de trabajo se regula por las normas que corresponden a cada causa y por lo dispuesto en esta Ley.

Concordancias:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 18o, 19o

INVALIDEZ ABSOLUTA TEMPORAL E INVALIDEZ PARCIAL TEMPORAL

Artículo 13o.- La invalidez absoluta temporal suspende el contrato por el tiempo de su duración. La invalidez parcial temporal sólo lo suspende si impide el desempeño normal de las labores. Debe ser declarada por el Instituto Peruano de Seguridad Social o el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 20o

INHABILITACION PARA DESEMPEÑAR EL TRABAJO

Artículo 14o.- La inhabilitación impuesta por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad que desempeñe el trabajador en el centro de trabajo, por un período inferior a tres meses, suspende la relación laboral por el lapso de su duración.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 12o j)

CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR. SUSPENSION TEMPORAL PERFECTA. VERIFICACION

Artículo 15o.- El caso fortuito y la fuerza mayor facultan al empleador, sin necesidad de autorización previa, a la suspensión temporal perfecta de las labores hasta por un máximo de noventa días, con comunicación inmediata a la Autoridad Administrativa de Trabajo. Deberá, sin embargo, de ser posible, otorgar vacaciones vencidas o anticipadas y, en general, adoptar medidas que razonablemente eviten agravar la situación de los trabajadores.

La Autoridad Administrativa de Trabajo bajo responsabilidad verificará dentro del sexto día la existencia y procedencia de la causa invocada. De no proceder la suspensión ordenará la inmediata reanudación de las labores y el pago de las remuneraciones por el tiempo de suspensión transcurrido.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 46o a)

D.S. No 001-96-TR: Arts. 21o, y ss., 62o

CAPITULO IV

DE LA EXTINCION

CAUSAS DE EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO

Artículo 16o.- Son causas de extinción del contrato de trabajo:

- a) El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 17o

- b) La renuncia o retiro voluntario del trabajador;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 18o

- c) 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;

- d) El mutuo disenso entre trabajador y empleador;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 19o

- e) La invalidez absoluta permanente;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 20o

- f) La jubilación;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 21o

- g) El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 22o, 23o, 24o, 25o

- h) La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 46o

FALLECIMIENTO DEL EMPLEADOR. LIQUIDACION DEL NEGOCIO

Artículo 17o.- El fallecimiento del empleador extingue la relación laboral si aquél es persona natural, sin perjuicio de que, por común acuerdo con los herederos, el trabajador convenga en permanecer por un breve lapso para efectos de la liquidación del negocio. El plazo convenido no podrá exceder de un año, deberá constar por escrito y será presentado a la Autoridad Administrativa de Trabajo para efectos de registro.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 16o a)

RENUNCIA O RETIRO VOLUNTARIO DEL TRABAJADOR

Artículo 18o.- En caso de renuncia o retiro voluntario, el trabajador debe dar aviso escrito con 30 días de anticipación. El empleador puede exonerar este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador; en este último caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 16o b)

D.S. No 001-96-TR: Arts. 27o, 28o

TERMINO DE LA RELACION LABORAL POR MUTUO DISENSO

Artículo 19o.- El acuerdo para poner término a una relación laboral por mutuo disenso debe constar por escrito o en la liquidación de beneficios sociales.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 16o d)

INVALIDEZ ABSOLUTA PERMANENTE. EFECTOS

Artículo 20o.- La invalidez absoluta permanente extingue de pleno derecho y automáticamente la relación laboral desde que es declarada conforme al Artículo 13o.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 16o e)

OBLIGACION DE JUBILACION

Artículo 21o.- La jubilación es obligatoria para el trabajador, hombre o mujer, que tenga derecho a pensión de jubilación a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), si el empleador se obliga a cubrir la diferencia entre dicha pensión y el 80% de la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador, monto adicional que no podrá exceder del 100% de la pensión, y a reajustarla periódicamente, en la misma proporción en que se reajuste dicha pensión.

El empleador que decida aplicar la presente causal deberá comunicar por escrito su decisión al trabajador con el fin de que éste inicie el trámite para obtener el otorgamiento de su pensión. El cese se produce en la fecha a partir de la cual se reconozca el otorgamiento de la pensión.

La jubilación es obligatoria y automática en caso que el trabajador cumpla setenta años de edad, salvo pacto en contrario.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 16o f)

D.S. No 001-96-TR: Arts. 29o, 30o

CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO

Artículo 22o.- 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 con la conducta del trabajador.

La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 32o

D.S. No 001-96-TR: Art. 31o

CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO EN RELACION A LA CAPACIDAD DEL TRABAJADOR

Artículo 23o.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 31o, 34o

- a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas;
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;
- c) 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.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 33o, 34o

CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO EN RELACION A LA CONDUCTA DEL TRABAJADOR

Artículo 24o.- Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 31o, 34o

- a) La comisión de falta grave;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 25o

- b) La condena penal por delito doloso;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 27o

- c) La inhabilitación del trabajador.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 28o

FALTAS GRAVES. DEFINICION Y CLASES

Artículo 25o.- 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:

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 39o

- 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;

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 35o

- 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;

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 36o

- 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 prestará 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;

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 40o

- 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 ésta;
- h) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más 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.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 37o, 38o

CONFIGURACION DE LAS FALTAS GRAVES. COMPROBACION OBJETIVA

Artículo 26o.- Las faltas graves señaladas en el artículo anterior, se configuran por su comprobación objetiva en el procedimiento laboral, con prescindencia de las connotaciones de carácter penal o civil que tales hechos pudieran revestir.

DESPIDO POR LA COMISION DE DELITO DOLOSO

Artículo 27o.- El despido por la comisión de delito doloso a que se refiere el inciso b) del Artículo 24o se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y conocer de tal hecho el empleador, salvo que éste haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 24o b)

INHABILITACION QUE JUSTIFICA UN DESPIDO. CONCEPTO

Artículo 28o.- 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 período de tres meses o más.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 24o c)

DESPIDO NULO

Artículo 29o.- Es nulo el despido que tenga por motivo:

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 34o, 36o, 40o, 41o, 42o

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25o;

Concordancia:

D.S. No. 03-97-TR: Art. 25o. Inc. f.

D.S. No 001-96-TR: Art. 47o

- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;

Concordancias:

D.S. No 001-96-TR: Art. 48o

- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso 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. (*)

- -----
(*) Modificado según la Ley 27185, publicado el 19/10/1999

- -----
Concordancias:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 46o, 52o

Ley No 26626 (20/06/96).- Encarga al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de lucha contra el SIDA: (...)

Artículo 6o.- Las personas con VIH/SIDA pueden seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones.

Es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/SIDA.

ACTOS DE HOSTILIDAD

Artículo 30o.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 35o

D.S. No 001-96-TR: Art. 57o

- 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;

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 49o

- b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;
c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquél en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 50o

- d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;

Concordancia:

Ley No 23407 - Sobre Higiene y Seguridad en la Industria

- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;
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.**

(*)

() Artículo modificado por la 1a. D.FyC de la Ley 27942, publicada el 27/02/2003*

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 o enmiende su conducta, según sea el caso.

Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la ley sobre la materia ()*

()Párrafo adicionado por la 1a. D.FyC de la Ley 27942, publicada el 27/02/2003*

REQUISITO PREVIO PARA EL DESPIDO DE UN TRABAJADOR. EXCEPCION

Artículo 31o.- El empleador no 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 formulan, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

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.

Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el Artículo 32o, debe observarse el principio de inmediatez.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Arts. 23o, 24o

D.S. No 001-96-TR: Arts. 41o a 43o

COMUNICACION DEL DESPIDO

Artículo 32o.- 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.

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 aquéllos.

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.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 43o, 44o

COMISION DE UNA MISMA FALTA POR VARIOS TRABAJADORES. SANCIONES

Artículo 33o.- 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.

CAPITULO V

DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR

INDEMNIZACION. CASOS EN LOS QUE PROCEDE

Artículo 34o.- El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38o, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38o.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 36o, 38o

D.S. No 001-96-TR: Arts. 52o, 53o

CESE DE LA HOSTILIDAD. TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

Artículo 35o.- El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el Artículo 30o de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por:

- a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o,
- b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el Artículo 38o de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 36o

D.S. No 01-95-TR (08/01/95): Precisa artículos de la Ley de Fomento del Empleo: (...)

Artículo 1o.- El trabajador que no ejercite la opción a que se refiere el artículo 73o del Decreto Legislativo No 728 [léase art. 68o del TUO], dentro del plazo de ley, tiene expedito el derecho de reclamar al empleador el pago de las sumas líquidas de las que sea acreedor y que pudieran resultar exigibles en los supuestos contemplados en los incisos a) y c) del artículo 66o del indicado Decreto Legislativo [léase art. 63o del TUO].

El trabajador antes de plantear la demanda debe emplazar por escrito a su empleador para que cumpla con el pago o reintegro correspondiente, a cuyo efecto debe otorgarle un plazo razonable. En caso de no ser satisfecho su requerimiento, la demanda debe ser recaudada con copia de la carta de emplazamiento que contenga el cargo de recepción correspondiente.

PLAZO PARA ACCIONAR JUDICIALMENTE EN LOS CASOS DE NULIDAD DE DESPIDO, DESPIDO ARBITRARIO Y HOSTILIDAD. CADUCIDAD

Artículo 36o.- 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 período prescriptorio el pago de otras sumas líquidas 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.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 45o, 52o, 58o, 85o

CARGA DE LA PRUEBA DEL DESPIDO Y EL MOTIVO ALEGADO

Artículo 37o.- Ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 32o

INDEMNIZACION POR DESPIDO ARBITRARIO

Artículo 38o.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 31o, 45o, 52o, 55o, 56o

INOBSERVANCIA DE FORMAS ESENCIALES. RESOLUCION DEL JUEZ

Artículo 39o.- La inobservancia de las formalidades no esenciales del despido, no inhibe al juez de pronunciarse sobre el fondo del asunto dentro del plazo de ley a fin de determinar la existencia o no de la falta grave.

NULIDAD DE DESPIDO. REMUNERACIONES DEVENGADAS

Artículo 40o.- Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes.

Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses.

ACCION POR NULIDAD DE DESPIDO. ASIGNACION PROVISIONAL. REPOSICION

Artículo 41o.- En el caso de acción por nulidad del despido el juez podrá, a pedido de parte, ordenar el pago de una asignación provisional y fijar su monto el que no podrá exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador. Dicha asignación será pagada por el empleador hasta alcanzar el saldo de la reserva por la compensación por tiempo de servicios que aún conserve en su poder.

Si resultara insuficiente, la asignación será pagada por el depositario de la misma hasta agotar el importe del depósito y sus intereses.

Si la sentencia ordena la reposición, el empleador restituirá el depósito más los respectivos intereses con cargo a las remuneraciones caídas a que se refiere el artículo anterior.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 51o

INCUMPLIMIENTO DE LA REPOSICION. MULTA

Artículo 42o.- El empleador que no cumpla el mandato de reposición dentro de las veinticuatro (24) horas de notificado, será requerido judicialmente bajo apercibimiento de multa, cuyo monto se incrementará sucesivamente en treinta (30%)

por ciento del monto original de la multa a cada nuevo requerimiento judicial hasta la cabal ejecución del mandato.

El importe de la multa no es deducible de la materia imponible afecta a impuesto a la renta.

CAPITULO VI

DE LAS SITUACIONES ESPECIALES

PERSONAL DE DIRECCION Y DE CONFIANZA

Artículo 43o.- Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquél las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 59o y ss.

REGULACION JURIDICA DE LOS TRABAJADORES DE DIRECCION O DE CONFIANZA

Artículo 44o.- Todos los trabajadores que directamente o por promoción acceden a puestos de dirección o de confianza se encuentran comprendidos en los alcances del artículo anterior.

En la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación.

El Reglamento precisará la forma y requisitos para su calificación como tales, así como los demás elementos concurrentes.

TRABAJADORES DE REGIMENES ESPECIALES

Artículo 45o.- Los trabajadores de regímenes especiales se seguirán rigiendo por sus propias normas.

CAPITULO VII

DE LA TERMINACION DE LA RELACION DE TRABAJO POR CAUSAS OBJETIVAS

CAUSAS OBJETIVAS

Artículo 46o.- Son causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo:

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 62o y ss., 72o a 74o

- a) El caso fortuito y la fuerza mayor;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 15o, 47o, 52o

- b) Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 50o, 52o

- c) La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra;

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 49o

- d) La reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo No 845.

Concordancia:

D.S. No 003-97-TR: Art. 49o

CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR GRAVES. EFECTOS

Artículo 47o.- Si el caso fortuito o la fuerza mayor son de tal gravedad que implican la desaparición total o parcial del centro de trabajo, el empleador podrá dentro del plazo de suspensión a que se refiere el Artículo 15o, solicitar la terminación de los respectivos contratos individuales de trabajo.

En tal caso, se seguirá el procedimiento indicado en el artículo siguiente sustituyendo el dictamen y la conciliación, por la inspección que el Ministerio del Sector llevará a cabo, con audiencia de partes, poniéndose su resultado en conocimiento del Ministerio de Trabajo y Promoción Social quien resolverá conforme a los incisos e) y f) del citado artículo.

EXTINCION DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO POR MOTIVOS ECONOMICOS, TECNOLOGICOS, ESTRUCTURALES O ANALOGOS

Artículo 48o.- La extinción de los contratos de trabajo por las causas objetivas previstas en el inciso b) del Artículo 46o, sólo procederá en aquellos casos en los que se comprenda a un número de trabajadores no menor al diez (10) por ciento del total del personal de la empresa, y se sujeta al siguiente procedimiento:

Concordancia:

D.S. 03-97-TR: Art. 46o. Inc. b.

- a) La empresa proporcionará al sindicato, o a falta de éste a los trabajadores, o sus representantes autorizados en caso de no existir aquél, la información pertinente indicando con precisión los motivos que invoca y la nómina de los trabajadores afectados. De este trámite dará cuenta a la Autoridad Administrativa de Trabajo para la apertura del respectivo expediente;
- b) La empresa con el sindicato, o en su defecto con los trabajadores afectados o sus representantes, entablarán negociaciones para acordar las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o las medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese de personal. Entre tales medidas pueden estar la suspensión temporal de las labores, en forma total o parcial, la disminución de turnos, días u horas de trabajo; la modificación de las condiciones de trabajo; la revisión de las condiciones colectivas vigentes y cualesquiera otras que puedan coadyuvar a la

continuidad de las actividades económicas de la empresa. El acuerdo que adopten tendrá fuerza vinculante;

- c) En forma simultánea o sucesiva, el empleador presentará ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, una declaración jurada de que se encuentra incurso en la causa objetiva invocada a la que acompañará una pericia de parte que acredite su procedencia, que deberá ser realizada por una empresa auditora, autorizada por la Contraloría General de la República.

Asimismo, el empleador podrá solicitar la suspensión perfecta de labores durante el período que dure el procedimiento, solicitud que se considerará aprobada con la sola recepción de dicha comunicación, sin perjuicio de la verificación posterior a cargo de la Autoridad Inspectiva de Trabajo.

La Autoridad Administrativa de Trabajo, pondrá en conocimiento del sindicato o a falta de éste, de los trabajadores o sus representantes, la pericia de parte, dentro de las cuarentiocho (48) horas de presentada; los trabajadores podrán presentar pericias adicionales hasta en los quince (15) días hábiles siguientes;

- d) Vencido dicho plazo, la Autoridad Administrativa de Trabajo, dentro de las 24 horas siguientes, convocará a reuniones de conciliación a los representantes de los trabajadores y del empleador; reuniones que deberán llevarse a cabo indefectiblemente dentro de los tres (3) días hábiles siguientes;
- e) Vencidos los plazos a los que se refiere el inciso precedente, la Autoridad Administrativa de Trabajo está obligada a dictar resolución dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, al término de los cuales se entenderá aprobada la solicitud si no existiera resolución;
- f) Contra la resolución expresa o ficta, cabe recurso de apelación que debe interponerse en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles. El recurso deberá ser resuelto en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, vencidos los cuales sin que se haya expedido resolución, se tendrá confirmada la resolución recurrida.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 63o y ss.

D.Leg. No 871 (01/11/96):

Disposición Transitoria.- Las solicitudes de cese colectivo que a la fecha de vigencia del Decreto Legislativo No 855 se encontraban en trámite, cualquiera sea su estado, continuarán sustanciándose hasta su conclusión en última instancia, de conformidad con las normas con las que se iniciaron.

D.L. No 26120 (30/12/92): Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado:(...)

Artículo 7o.- Previo acuerdo de la COPRI, mediante decreto supremo se adoptarán todas las medidas destinadas a lograr la reestructuración económica, financiera, legal y administrativa, así como la racionalización de personal, de las empresas incluidas en el proceso de promoción de la inversión privada a que se refiere el Decreto Legislativo No 674, tales como:

- a) Racionalización de personal: aprobar y poner en ejecución programas de cese voluntario de personal, con o sin incentivos. Vencido el plazo para acogerse al programa de cese voluntario, la empresa presentará a la Autoridad Administrativa de Trabajo una solicitud de

reducción de personal excedente, adjuntando la nómina de los trabajadores comprendidos en tal medida. Los trabajadores que cesen por efecto del proceso de reducción, sólo tendrán derecho a percibir los beneficios sociales correspondientes de acuerdo a ley, sin que sea procedente el otorgamiento de beneficios adicionales.

La Autoridad Administrativa de Trabajo aprobará el Programa de Reducción propuesto dentro de los cinco (05) días de presentada la solicitud, sin que sea aplicable el procedimiento previsto por el Decreto Legislativo No 728.

En el caso que la Autoridad Administrativa de Trabajo no se pronunciara en el plazo fijado en el párrafo precedente, se tendrá por aprobado el referido Programa en forma automática y de pleno derecho.

Con el pronunciamiento expreso o ficto a que hacen referencia los párrafos precedentes, quedará concluida la vía administrativa.

- b) *Reestructuración económica y financiera: aprobar y poner en ejecución programas de reestructuración que conlleven la asunción de deudas y/o el diferimiento de obligaciones a cargo de la empresa, vencidas o por vencerse, contraídas con:*
 - i. *El Gobierno Central, incluyendo las deudas por concepto de tributos administrados por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT y la Superintendencia Nacional de Aduanas - SUNAD.*
 - ii. *El Banco de la Nación;*
 - iii. *Otras empresas u organismos del Estado.*
- c) *Reestructuración legal y administrativa: aprobar y poner en ejecución programas de saneamiento legal y administrativo que permitan regularizar las autorizaciones, permisos y los derechos, en general, correspondientes a la empresa, así como los títulos de propiedad de sus bienes. La Oficina Nacional de Registros Públicos, así como todas las entidades en las que se registren los derechos correspondientes a la empresa, procederán a efectuar las respectivas inscripciones en las condiciones que establezca el decreto supremo.*

La relación que antecede es sólo enunciativa y no es limitativa.

EXTINCION DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO POR DISOLUCION, LIQUIDACION, QUIEBRA O EN CASO DE REESTRUCTURACION PATRIMONIAL

Artículo 49o.- La extinción de los contratos de trabajo por las causas objetivas previstas en los incisos c) y d) del Artículo 46o, se sujeta a los siguientes procedimientos:

Concordancia:

D.S. 03-97-TR: Art. 46o. Incisos c y d.

- La disolución y liquidación de la empresa y la quiebra.

Adoptado el acuerdo de disolución de la empresa por el órgano competente de ésta, conforme a la Ley General de Sociedades y en los casos de liquidación extrajudicial o quiebra de la empresa, el cese se producirá otorgando el plazo previsto por la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo No 845, Ley de Reestructuración Patrimonial.

Los trabajadores tienen primera opción para adquirir los activos e instalaciones de la empresa quebrada o en liquidación que les permita continuar o sustituir su fuente de trabajo.

Las remuneraciones y beneficios sociales insolutos se podrán aplicar en tal caso a la compra de dichos activos e instalaciones hasta su límite, o a la respectiva compensación de deudas.

- **La Reestructuración Patrimonial sujeta al Decreto Legislativo No 845.**

El procedimiento de cese del personal de empresas sometidas a la Ley de Reestructuración Patrimonial se sujeta a lo dispuesto por el Decreto Legislativo No 845.

Concordancia:

D. *Leg. No 845 (21/09/96).- Ley de Reestructuración Patrimonial: (...)*

Quinta Disposición Complementaria.- CESE COLECTIVO.- El Administrador o Liquidador de empresas en estado de insolvencia declarado por la Comisión podrá cesar a los trabajadores de la empresa correspondiente para cuyo efecto cursará un aviso notarial con una anticipación de diez (10) días naturales a la fecha prevista para el cese.

DESPIDO POR MOTIVOS ECONOMICOS, TECNOLOGICOS, ESTRUCTURALES O ANALOGOS. NOTIFICACION. PAGO DE BENEFICIOS SOCIALES

Artículo 50o.- En los casos contemplados en el inciso b) del Artículo 46o, el empleador notificará a los trabajadores afectados con la autorización de cese de tal medida y pondrá a su disposición los beneficios sociales que por ley puedan corresponderles.

PAGO DE LA COMPENSACION POR TIEMPO DE SERVICIOS (CTS)

Artículo 51o.- El Empleador deberá acreditar el pago total de la compensación por tiempo de servicios en la forma establecida en el Decreto Legislativo No 650 dentro de las cuarenta y ocho horas de producido el cese.

Concordancia:

D.S. No 001-97-TR -TUO del Decreto Legislativo No 650

PREFERENCIA PARA LA READMISION EN EL EMPLEO

Artículo 52o.- Los trabajadores afectados por el cese en los casos contemplados en los incisos a) y b) del Artículo 46o gozan del derecho de preferencia para su readmisión en el empleo si el empleador decidiera contratar directamente o a través de terceros nuevo personal para ocupar cargos iguales o similares, dentro de un año de producido el cese colectivo. En tal caso, el empleador deberá notificar por escrito al ex trabajador, con quince (15) días naturales de anticipación, en el domicilio que el trabajador haya señalado a la empresa. En caso de incumplimiento, el ex trabajador tendrá derecho a demandar judicialmente la indemnización que corresponda conforme al Artículo 38o.

TITULO II

DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO SUJETOS A MODALIDAD

CAPITULO I

DEL AMBITO DE APLICACION

CONDICIONES PARA LA CELEBRACION DE LOS CONTRATOS

Artículo 53o.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la

empresa, así como 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 que por su naturaleza puedan ser permanentes.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Arts. 77o, 78o

D.S. No 001-96-TR: Arts. 75o, 86o, 87o

CLASES DE CONTRATOS DE NATURALEZA TEMPORAL

Artículo 54o.- Son contratos de naturaleza temporal:

- a) El contrato por inicio o lanzamiento de una nueva actividad;
- b) El contrato por necesidades del mercado;
- c) El contrato por reconversión empresarial.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 76o

CLASES DE CONTRATOS DE NATURALEZA ACCIDENTAL

Artículo 55o.- Son contratos de naturaleza accidental:

- a) El contrato ocasional;
- b) El contrato de suplencia;
- c) El contrato de emergencia.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 77o, 78o

CLASES DE CONTRATOS DE OBRA O SERVICIO

Artículo 56o.- Son contratos de obra o servicio:

- a) El contrato específico;
- b) El contrato intermitente;
- c) El contrato de temporada.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 79o

CAPITULO II

CONTRATOS DE NATURALEZA TEMPORAL

Contrato por Inicio o Incremento de Actividad

Artículo 57o.- El contrato temporal por inicio de una nueva actividad es aquél celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración máxima es de tres años.

Se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 76o

Contrato por Necesidades del Mercado

Artículo 58o.- El contrato temporal por necesidades del mercado es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente. Este puede ser renovado sucesivamente hasta el término máximo establecido en el Artículo 74o de la presente Ley.

En los contratos temporales por necesidades del mercado, deberá constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal.

Dicha causa objetiva deberá sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional.

Contrato por Reversión Empresarial

Artículo 59o.- Es contrato temporal por reversión empresarial el celebrado en virtud a la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos. Su duración máxima es de dos años.

CAPITULO III

CONTRATOS DE NATURALEZA ACCIDENTAL

Contrato Ocasional

Artículo 60o.- El contrato accidental-ocasional es aquél celebrado entre un empleador y un trabajador para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración máxima es de seis meses al año.

Contrato de Suplencia

Artículo 61o.- El contrato accidental de suplencia es aquél celebrado entre un empleador y un trabajador con el objeto que éste sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente, o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo. Su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias.

En tal caso el empleador deberá reservar el puesto a su titular, quien conserva su derecho de readmisión en la empresa, operando con su reincorporación oportuna la extinción del contrato de suplencia.

En esta modalidad de contrato se encuentran comprendidas las coberturas de puestos de trabajo estable, cuyo titular por razones de orden administrativo debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo.

Contrato de Emergencia

Artículo 62o.- El contrato de emergencia es aquel que se celebra para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor coincidiendo su duración con la de la emergencia.

CAPITULO IV

CONTRATOS PARA OBRA O SERVICIO

Contrato para Obra Determinada o Servicio Específico

Artículo 63o.- Los contratos para obra determinada o servicio específico, son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada. Su duración será la que resulte necesaria.

En este tipo de contratos podrán celebrarse las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 79o

Contrato Intermitente

Artículo 64o.- Los contratos de servicio intermitente son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas.

Estos contratos podrán efectuarse con el mismo trabajador, quien tendrá derecho preferencial en la contratación, pudiendo consignarse en el contrato primigenio tal derecho, el que operará en forma automática, sin necesidad de requerirse de nueva celebración de contrato o renovación.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 80o

Artículo 65o.- En el contrato escrito que se suscriba deberá consignarse con la mayor precisión las circunstancias o condiciones que deben observarse para que se reanude en cada oportunidad la labor intermitente del contrato.

Artículo 66o.- El tiempo de servicios y los derechos sociales del trabajador contratado bajo esta modalidad se determinarán en función del tiempo efectivamente laborado.

Contrato de Temporada

Artículo 67o.- El contrato de temporada es aquél celebrado entre un empresario y un trabajador con el objeto de atender necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento, que se cumplen sólo en determinadas épocas del año y que están sujetas a repetirse en períodos equivalentes en cada ciclo en función a la naturaleza de la actividad productiva.

Artículo 68o.- En los contratos de trabajo de temporada necesariamente deberá constar por escrito lo siguiente:

- a) La duración de la temporada;
- b) La naturaleza de la actividad de la empresa, establecimiento o explotación; y,

- c) La naturaleza de las labores del trabajador.

Artículo 69o.- Si el trabajador fuera contratado por un mismo empleador por dos temporadas consecutivas o tres alternadas tendrá derecho a ser contratado en las temporadas siguientes.

Artículo 70o.- Para hacer efectivo el ejercicio del derecho conferido en el artículo anterior, el trabajador deberá presentarse en la empresa, explotación o establecimiento dentro de los quince (15) días anteriores al inicio de la temporada, vencidos los cuales caducará su derecho a solicitar su readmisión en el trabajo.

Artículo 71o.- Se asimila también al régimen legal del contrato de temporada a los incrementos regulares y periódicos de nivel de la actividad normal de la empresa o explotación, producto de un aumento sustancial de la demanda durante una parte del año, en el caso de los establecimientos o explotaciones en los cuales la actividad es continua y permanente durante todo el año.

Igualmente se asimila al régimen legal del contrato de temporada a las actividades feriales.

CAPITULO V

REQUISITOS FORMALES PARA LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS

FORMALIDAD. DURACION Y DEMAS CONDICIONES DE LA RELACION LABORAL

Artículo 72o.- Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral.

COPIA DE LOS CONTRATOS. VERIFICACION POSTERIOR

Artículo 73o.- Una copia de los contratos será presentada a la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los quince días naturales de su celebración, para efectos de su conocimiento y registro.

La Autoridad Administrativa de Trabajo puede ordenar la verificación posterior de la veracidad de los datos consignados en la copia a que se refiere el párrafo precedente, a efectos de lo dispuesto en el inciso d) del Artículo 77o, sin perjuicio de la multa que se puede imponer al empleador por el incumplimiento incurrido.

Concordancias:

- D. **Leg. No 885 (10/11/96).- Ley de Promoción Del Sector Agrario: (...)**

Artículo 2o.- BENEFICIARIOS.- Están comprendidas en los alcances de esta Ley, las personas naturales o jurídicas que desarrollen cultivos y/o crianzas, con excepción de la avicultura, la agroindustria y la industria forestal

Artículo 7o.- TRAMITE Y TASAS ADMINISTRATIVAS.- Exonérase del pago de las tasas administrativas al Ministerio de Trabajo y Promoción Social a los empleadores de la actividad agraria comprendidos en el Artículo 2o. del presente Decreto Legislativo.

Los Contratos de Trabajo sujetos a modalidad previstos en el Decreto Legislativo No 728, que celebran las personas naturales o jurídicas comprendidas en el Artículo 2o del presente

Decreto Legislativo, serán presentados a la Autoridad Administrativa de Trabajo en forma conjunta, al finalizar cada semestre calendario, para su conocimiento y registro.

La Autoridad Administrativa de Trabajo se reserva el derecho de ordenar la verificación posterior a que se refiere el Artículo 107o [Léase Art. 73 de esta ley] de del acotado Decreto Legislativo.

D. S. No 007-97-TR (16/07/97).- Disposiciones referidas a la aplicación del Régimen Laboral y de Seguridad Social establecido en el D.Leg. No 885:

Artículo 1o.- *Los empleadores que se encuentren comprendidos en los alcances del Artículo 2o del Decreto Legislativo No 885, sean personas naturales o jurídicas, que desarrollen cultivos y/o crianzas, con excepción de la avicultura, la agroindustria y la industria forestal, se encuentran exonerados del pago de las tasas establecidas en el Texto Unico de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, por los trámites y procedimientos que efectúen ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.*

Artículo 2o.- *Para acogerse a las exoneraciones previstas en el artículo anterior, los empleadores deberán adjuntar a las respectivas solicitudes que presenten, copia simple del Registro Unico de Contribuyentes (RUC) de la empresa, en el que conste que ésta se encuentra dentro del ámbito de aplicación de dicho Decreto Legislativo.*

Artículo 3o.- *Para efectos del registro de contratos de trabajo sujetos a modalidad, a que se refiere el Título II del Texto Unico Ordenado de la Ley Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No 003-97-TR, los empleadores deberán presentar, el último día hábil de cada semestre calendario, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo de la Jurisdicción correspondiente, una solicitud conteniendo una declaración jurada de estar comprendidos en el campo de aplicación del Decreto Legislativo No 885, adjuntando:*

- a) *Tres ejemplares de los contratos sujetos a modalidad, celebrados en dicho período;*
- b) *Copia simple del RUC de la empresa.*

Artículo 4o.- *La presentación extemporánea de los contratos sujetos a modalidad dará lugar al pago de la tasa establecida para este caso por el TUPA del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.*

Artículo 5o.- *La Autoridad Administrativa de Trabajo podrá ordenar la verificación posterior de la veracidad de los datos consignados en los contratos, de conformidad con el segundo párrafo del Artículo 73o del Texto Unico Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.*

Artículo 6o.- *En el caso de las empresas que desarrollen además de las actividades comprendidas en el Decreto Legislativo No 885, otras adicionales, las exoneraciones y beneficios, sólo serán otorgados respecto de las expresamente comprendidas en los alcances de dicho Decreto Legislativo.*

CAPITULO VI

NORMAS COMUNES

PLAZOS MAXIMOS EN LAS DISTINTAS MODALIDADES CONTRACTUALES

Artículo 74o.- *Dentro de los plazos máximos establecidos en las distintas modalidades contractuales señaladas en los artículos precedentes, podrán celebrarse contratos por períodos menores pero que sumados no excedan dichos límites.*

En los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función de las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco (5) años.

PRUEBA LEGAL O CONVENCIONAL

Artículo 75o.- En los contratos sujetos a modalidad rige el período de prueba legal o convencional previsto en la presente ley.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 16o, 84o

RESOLUCION ARBITRARIA DEL CONTRATO. INDEMNIZACION

Artículo 76o.- Si el empleador vencido el período de prueba resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones.

Concordancias:

D.S. No 001-96-TR: Art. 85o

D.Leg. No 855: Disposición Complementaria.- *La resolución arbitraria de los contratos de trabajo celebrados con personal extranjero generará, en materia indemnizatoria, el mismo derecho que el contemplado en el Artículo 110o [Léase Art. 76 de esta ley] del Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo No 728, tal como ha quedado modificado por la presente Ley. (Conforme a lo prescrito por el Decreto Legislativo No 871, publicado el 01/11/96).*

CAPITULO VII

DESNATURALIZACION DE LOS CONTRATOS

CASOS EN QUE LOS CONTRATOS SUJETOS A MODALIDAD SE CONSIDERAN COMO DE DURACION INDETERMINADA

Artículo 77o.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:

- a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si éstas exceden del límite máximo permitido;
- b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación;
- c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando;
- d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.

TRABAJADORES PERMANENTES QUE CESEN

Artículo 78o.- Los trabajadores permanentes que cesen no podrán ser recontratados bajo ninguna de las modalidades previstas en este Título, salvo que haya transcurrido un año del cese.

CAPITULO VIII

DERECHOS Y BENEFICIOS

Artículo 79o.- Los trabajadores contratados conforme al presente Título tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por Ley, pacto o costumbre tuvieran los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado, del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el período de prueba.

CAPITULO IX

DE LOS OTROS CONTRATOS SUJETOS A MODALIDAD

CONTRATOS DE TRABAJO DEL REGIMEN DE EXPORTACION DE PRODUCTOS NO TRADICIONALES

Artículo 80o.- Los contratos de trabajo del régimen de exportación de productos no tradicionales a que se refiere el Decreto Ley No 22342 se regulan por sus propias normas. Sin embargo, le son aplicables las normas establecidas en esa Ley sobre aprobación de los contratos.

Basta que la industria se encuentre comprendida en el Decreto Ley No 22342 para que proceda la contratación del personal bajo el citado régimen.

Concordancias:

D.L. No 22342 (21/11/78).- Trabajadores eventuales en empresas de exportación no tradicional: (...)

Artículo 32o.- Las empresas a que se refiere el artículo 7o del presente Decreto Ley, podrán contratar personal eventual, en el número que requieran, dentro del régimen establecido por Decreto Ley No 18138, para atender operaciones de producción para exportación en las condiciones que se señalan a continuación:

- a) La contratación dependerá de:
 1. Contrato de exportación, orden de compra o documentos que la origina;
 2. Programa de Producción de Exportación para satisfacer el contrato, orden de compra o documento que origina la exportación;
- b) Los contratos se celebran para obra determinada en términos de la totalidad del programa y/o de sus labores parciales integrantes y podrán realizarse entre las partes cuantas veces sea necesario, observándose lo dispuesto en el presente artículo;
- c) En cada contrato deberá especificarse la labor a efectuarse y el contrato de exportación, orden de compra o documento que la origine; y,
- d) El contrato deberá constar por escrito y será presentado a la autoridad administrativa de trabajo, para su aprobación dentro de 60 días, vencidos los cuales si no hubiere pronunciamiento, se tendrá por aprobado.

Artículo 33o.- No son de aplicación para el personal que presta servicios en empresas que exporten productos no tradicionales, las disposiciones legales y reglamentarias referentes a monto máximo de remuneraciones. Asimismo, cuando dicho personal tenga que prestar servicios en el exterior percibirá sus haberes en moneda extranjera, la que podrá ser remesada.

Artículo 34o.- Las empresas que exporten productos no tradicionales no están comprendidas en las limitaciones referidas en el artículo 23o del Decreto Ley No 22126.

Decreto Supremo No 001-79-ICTI-CO-CE (09/01/79):

(...)

Artículo 73o.- Para la contratación de personal eventual, a que se refiere el artículo 32o del Decreto Ley (No 22342), las empresas deberán cumplir con lo dispuesto en el artículo 3o del Decreto Ley No 18138 y acreditar la condición de empresa industrial de exportación no tradicional, mediante la presentación de la constancia de inscripción en el registro pertinente ante la autoridad administrativa de trabajo.

Artículo 74o.- Las limitaciones establecidas para el monto máximo de las remuneraciones no rigen para el personal contratado por empresas exportadoras de productos no tradicionales.

Artículo 75o.- La remesa de moneda extranjera para el pago al personal que preste servicios en el exterior a que se refiere el artículo 33o del Decreto Ley, se realizará de conformidad con las normas pertinentes.

Artículo 76o.- A los trabajadores que laboran en empresas exportadoras de productos no tradicionales no les es de aplicación la limitación del 10% señalada para el período de prueba por el artículo 23o del Decreto Ley No 22126 (**Ley No 24514**).

CONTRATOS DE TRABAJO EN LAS ZONAS FRANCAS

Artículo 81o.- Los contratos de trabajo temporales que se ejecuten en las zonas francas así como cualquier otro régimen especial, se regula por sus propias normas.

Concordancia:

D.Leg. No 704 (05/11/91): (...)

Artículo 14o.- Los contratos de trabajo de los trabajadores que laboren en las zonas francas industriales o turísticas se rigen exclusivamente por lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo.

Las empresas establecidas en las zonas francas industriales o turísticas, por su naturaleza, están facultadas para contratar personal en forma temporal en la proporción que requieran. Los contratos se pueden celebrar a plazos o ser renovados sucesivamente.

Artículo 15o.- Las remuneraciones y las condiciones de trabajo de los trabajadores a que se refiere el artículo anterior se pactan libremente.

Artículo 16o.- Las empresas establecidas en las zonas francas industriales o turísticas, en razón de su especial naturaleza, quedan exceptuadas de aplicar los regímenes de participación a que se refiere el Decreto Legislativo No 677.

FACULTAD DE CELEBRAR CONTRATOS DE CUALQUIER OTRA CLASE DE SERVICIO

Artículo 82o.- Cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente en el presente Título podrá contratarse, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse.

APLICACION SUPLETORIA

Artículo 83o.- En los casos a que se refieren los artículos precedentes son de aplicación supletoria los Capítulos V y VIII del presente Título en cuanto no se oponga a la normatividad específica de los citados regímenes de contratación.

TITULO III

CAPACITACION LABORAL Y PRODUCTIVIDAD

CAPACITACION EN EL TRABAJO

Artículo 84o.- El empleador está obligado a proporcionar al trabajador capacitación en el trabajo a fin de que éste pueda mejorar su productividad y sus ingresos.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 88o

PROGRAMAS DE CAPACITACION Y PRODUCTIVIDAD

Artículo 85o.- El empleador y los representantes de los trabajadores o de la organización sindical correspondiente, podrán establecer de común acuerdo Programas de Capacitación y Productividad, organizados a través de comisiones paritarias.

FINALIDAD DE LA CAPACITACION

Artículo 86o.- Las acciones de capacitación tendrán las siguientes finalidades:

- a) Incrementar la productividad;
- b) Actualizar y perfeccionar los conocimientos y aptitudes del trabajador en la actividad que realiza;
- c) Proporcionar información al trabajador sobre la aplicación de nueva tecnología en la actividad que desempeña;
- d) Preparar al trabajador para ocupar una vacante o puesto de nueva creación;
- e) Prevenir riesgos de trabajo.

TITULO IV

DEL TRABAJO A DOMICILIO

CONCEPTO

Artículo 87o.- Trabajo a domicilio es el que se ejecuta, habitual o temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por éste, sin supervisión directa e inmediata del empleador. El empleador tiene la facultad de establecer las regulaciones de la metodología y técnicas del trabajo a realizarse.

En la producción de bienes inmateriales el derecho a la propiedad intelectual del bien producido lo reserva el empleador, salvo que medie pacto expreso en contrario.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 106o

EFFECTOS DEL TRABAJO A DOMICILIO

Artículo 88o.- El trabajo a domicilio genera relación laboral entre el trabajador a domicilio y el empleador, sea este último el productor de los bienes y servicios fina-

les o intermedios, subcontratistas o agente, siempre que estos últimos se encuentren debidamente registrados.

TRABAJO NO COMPRENDIDO EN EL TRABAJO A DOMICILIO

Artículo 89o.- No está comprendido en el trabajo a domicilio el que realizan los trabajadores domésticos o del hogar, el trabajo autónomo, el realizado en taller de familia o trabajo familiar.

Concordancia:

D.S. No 23 D.T. - Beneficio de los trabajadores domésticos

REMUNERACION. FORMA DE FIJARLA

Artículo 90o.- La remuneración es fijada por las partes en el contrato de trabajo o por convenio colectivo de trabajo a domicilio, en base a criterios de remuneración por producción, bajo la modalidad de valor hora o tarifa por bien o servicio producido.

El empleador sólo podrá deducir hasta un veinticinco (25) por ciento mensual de la remuneración obtenida por el trabajador, en caso de responsabilidad económica a cargo del trabajador por la pérdida o deterioro que por su culpa sufran los materiales o bienes a que se refiere el inciso g) del Artículo 93o de esta Ley, hasta cumplir el pago del valor respectivo.

Concordancias:

D.S. No 003-97-TR: Art. 6o

D.S. No 001-96-TR: Art. 15o

FORMALIDAD DEL CONTRATO

Artículo 91o.- El contrato de trabajo a domicilio se celebra por escrito y en triplicado, una de cuyas copias se remite a la autoridad Administrativa de Trabajo para los fines de su registro.

REGISTRO DE TRABAJO A DOMICILIO

Artículo 92o.- El empleador, sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior, esta obligado a llevar un Registro de Trabajo a Domicilio, cuya copia será entregada al trabajador.

El Registro de Trabajo a Domicilio sustituye para todos sus efectos al libro de planilla de remuneraciones del régimen laboral común.

CONTENIDO DEL REGISTRO DE TRABAJO A DOMICILIO

Artículo 93o.- En el Registro de Trabajo a Domicilio se consignará los datos siguientes:

- a) Los datos de identificación del trabajador;
- b) La referencia a las fechas de suscripción del contrato de trabajo a domicilio y de su remisión a la Autoridad Administrativa de Trabajo;
- c) El número de carné de inscripción del trabajador en el Instituto Peruano de Seguridad Social;
- d) La calidad y naturaleza de la obra encomendada y la remuneración convenida, indicando los factores intervinientes en su fijación;

- e) El monto y fecha de pago de la remuneración, en cada oportunidad que éste se realiza;
- f) El monto y fecha de pago de cualquier beneficio que se abone en aplicación de esta Ley o que resulte de acuerdo convencional;
- g) El suministro o no, tanto de los materiales como de las herramientas, maquinarias o útiles para la producción y la modalidad y título en los que otorga estos últimos; y,
- h) Cualquier otra indicación o precisión relativa a la relación laboral y que las partes estimen conveniente consignar.

DERECHOS SOCIALES DEL TRABAJADOR A DOMICILIO

Artículo 94o.- El trabajador a domicilio tiene derecho a percibir los derechos sociales siguientes:

- a) Primero de Mayo, equivalente a una treintava parte de las remuneraciones totales percibidas el mes inmediato anterior laborado, siempre que el trabajador tenga derecho acumulado de los beneficios de los incisos b) o c) de este artículo;
- b) Vacaciones, equivalente al ocho por ciento con treinta y tres centésimos (8.33%) del total de las remuneraciones percibidas durante el año cronológico anterior de servicios prestados al empleador;

Este beneficio se paga conjuntamente con la remuneración del mes al que corresponde el año cronológico de servicios cumplidos;

- c) Compensación por Tiempo de Servicios, equivalente al ocho por ciento con treinta y tres centésimos (8.33%) del total de las remuneraciones percibidas durante el año cronológico anterior de servicios prestados al empleador. Este beneficio lo paga directamente el empleador al trabajador dentro de los diez (10) días siguientes de cumplido el año cronológico de servicios y tiene efecto cancelatorio.

PAGO ADELANTADO DE LOS BENEFICIOS REMUNERATIVOS

Artículo 95o.- El trabajador podrá solicitar al empleador el pago adelantado de los beneficios remunerativos señalados en el artículo anterior, cuando la prestación de servicios se interrumpa o suspenda por un período igual o mayor de un mes. En este caso, el cálculo se efectuará teniendo como base el total de remuneraciones percibidas durante el período realmente laborado. El pago adelantado de cualquiera de dichos beneficios tiene efecto cancelatorio.

REGIMEN PENSIONARIO DEL TRABAJADOR A DOMICILIO

Artículo 96o.- El trabajador a domicilio está comprendido en el Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley No 19990 y sus normas modificatorias, ampliatorias y conexas; y, en el régimen de prestaciones de salud de la Ley No 22482 en cuanto se refiere a prestaciones asistenciales directas, subsidios por enfermedad en caso de hospitalización, subsidio por maternidad, subsidio por lactancia y prestaciones por sepelio. No está comprendido en el régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales regulado por el Decreto Ley No 18846.

El Consejo Directivo del Instituto Peruano de Seguridad Social dictará el Reglamento en el plazo de treinta (30) días hábiles posteriores a la fecha de vigencia de

esta Ley, teniendo en cuenta las particularidades específicas de este régimen laboral especial, para los efectos de las aportaciones.

TITULO V

DE LAS EMPRESAS ESPECIALES

CAPITULO I

DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES (*)

- -----
(*) Título derogado por la 5ta. DTCyF de la Ley 27626, publicada el 09/01/2002
- -----

CONCEPTO

Artículo 97o.- Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

Los servicios temporales a que se refiere este artículo son los contemplados en el Título II de la presente Ley.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 108o y ss., 115o

CONSTITUCION JURIDICA. OBJETO

Artículo 98o.- Las empresas de servicios temporales deberán constituirse como personas jurídicas y tendrán como único objeto el previsto en el artículo anterior.

USUARIO

Artículo 99o.- Se denomina usuario a toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las Empresas de Servicios Temporales.

El número de trabajadores que podrá prestar servicios a través de estas empresas, no excederá del cincuenta por ciento (50%) del total de trabajadores del usuario.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 99o

TRABAJADORES VINCULADOS A LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES. CATEGORIAS

Artículo 100o.- Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos categorías: trabajadores de planta y trabajadores destacados.

Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias y actividades propias de las empresas de servicios temporales.

Trabajadores destacados son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Art. 97o

AUTORIZACION DE FUNCIONAMIENTO

Artículo 101o.- El Ministerio de Trabajo y Promoción Social aprobará las solicitudes de autorización de funcionamiento de las empresas de servicios temporales que cumplan con los requisitos exigidos en esta Ley. El control y vigilancia de las mismas corresponde a la Dirección de Empleo y Formación Profesional del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE AUTORIZACION DE FUNCIONAMIENTO

Artículo 102o.- Para efecto de la autorización contemplada en el artículo anterior, a las solicitudes se deben acompañar los siguientes requisitos:

- a) Escritura Pública de constitución;
- b) Acreditar un capital social pagado igual o superior a cinco UIT vigente en el momento de la constitución.

INFORMES ESTADISTICOS

Artículo 103.- Las empresas de servicios temporales quedan obligadas a presentar ante el Ministerio de Trabajo y Promoción Social los informes estadísticos que éste le solicite relacionados con su oferta y demanda de mano de obra, frecuencia de colocación, ocupación, sectores de actividad económica atendidos, cuantías y escalas de remuneración.

El Ministerio de Trabajo y Promoción Social reglamentará la manera de presentar dichos informes.

CAPITULO II

DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS

CONCEPTO

Artículo 104o.- Se consideran empresas de servicios complementarios a aquéllas cuya actividad principal es la de poner a disposición de otras empresas, las que en adelante se denominarán empresas usuarias, actividades complementarias de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado.

Se consideran actividades complementarias de carácter especializado, aquellas que no están comprendidas en las actividades principales que realiza la empresa usuaria y que para su ejecución requieren de personal altamente calificado.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 99o, 117o, 118o

CONTRATO PREVIO AL INICIO DE LA PRESTACION DE SERVICIOS

Artículo 105o.- En forma previa al inicio de la prestación de servicios, la empresa de servicios deberá celebrar un contrato de servicios por escrito, con la empresa usuaria. En dicho contrato se describirá las labores a realizarse, duración, características y modalidad de las mismas, las que no deberán estar comprendidas dentro de las actividades principales de la empresa usuaria.

AUTORIZACION DE FUNCIONAMIENTO

Artículo 106o.- Las empresas de servicios complementarios deben contar con la autorización de funcionamiento otorgada por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social siéndoles además de aplicación el Artículo 102o de la presente Ley.

TITULO VI

PROGRAMAS DE RECONVERSION PRODUCTIVA PARA EMPRESAS DEL SECTOR INFORMAL URBANO

PROGRAMAS ESPECIALES

Artículo 107o.- El Ministerio de Trabajo y Promoción Social en coordinación con los Ministerios de la Producción impulsará el establecimiento de programas especiales dirigidos a apoyar procesos de reconversión productiva en las empresas que vienen operando en el Sector Informal Urbano (SIU), tendentes a mejorar sus niveles de productividad, con la finalidad de potenciar la capacidad generadora de empleo.

PROGRAMAS DE RECONVERSION PRODUCTIVA

Artículo 108o.- Se podrán acoger a los programas de reconversión productiva, las siguientes categorías laborales:

- a) Los trabajadores cesantes como consecuencia de los procesos de reestructuración industrial y reconversión tecnológica;
- b) Los trabajadores asalariados que laboran en actividades consideradas predominantemente de carácter informal, y,
- c) Los trabajadores independientes que desarrollen sus actividades predominantemente en el Sector Informal Urbano (SIU).

ACTIVIDADES DE CARACTER INFORMAL

Artículo 109o.- Se considerarán como actividades predominantemente de carácter informal para efectos de la presente Ley, a todas aquellas que se desarrollen en forma independiente en el ámbito de la microempresa o en el de la pequeña empresa, definidas de acuerdo con los criterios de la Ley de la materia y que desarrollen sus actividades productivas preferentemente en los sectores comercio, servicios, pequeña industria, construcción y de manufacturas básicas orientadas al mercado interno local, regional o nacional.

MODALIDADES EMPRESARIALES A SER PROMOVIDAS

Artículo 110o.- Las modalidades empresariales que la presente Ley promoverá dentro del marco de los procesos de reconversión productiva, serán las siguientes:

- a) Microempresas y pequeñas empresas, conforme a la Ley de la materia;
- b) Programas de accionariado difundido; y,
- c) Cooperativas de Trabajadores.

Concordancia:

D.S. No 001-96-TR: Arts. 90o y ss., 103o

PROCESO DE RECONVERSION PRODUCTIVA. INCENTIVOS

Artículo 111o.- Los principales incentivos que contempla la presente Ley como medidas de promoción del proceso de reconversión productiva, serán las siguientes:

- a) Procedimiento de constitución y registro simplificado, como incentivo a la formalización de las pequeñas unidades de producción;

- b) Amnistía Administrativa;
- c) Asistencia técnico-productiva;
- d) Asesoría empresarial;
- e) Formación profesional y reconversión laboral;
- f) Capacitación en gestión empresarial;
- g) Constitución de líneas de crédito preferenciales;
- h) Constitución de fondos solidarios de garantía; e,
- i) Constitución de fondos rotatorios de financiamiento.

Los alcances y las condiciones en que se otorgarán estos incentivos se establecerán en el Reglamento de la presente Ley.

DIRECCION DE EMPLEO Y FORMACION PROFESIONAL. OBJETIVO

Artículo 112o.- La Dirección de Empleo y Formación Profesional del Ministerio de Trabajo y Promoción Social será el organismo técnico que centralizará las decisiones relativas al diseño, aplicación y ejecución de los programas señalados en el presente Título. A tales efectos, la Dirección de Empleo y Formación Profesional deberá:

- a) Constituir y mantener un Banco de Proyectos, en coordinación con organizaciones no gubernamentales, centros de investigación y otras entidades con las cuales tenga celebrados convenios de cooperación técnica;
- b) Definir los lineamientos básicos para el diseño y ejecución de los proyectos designados;
- c) Brindar asistencia técnica para la ejecución, evaluación y ajuste en los mismos;
- d) Intervenir en la evaluación técnica de los proyectos; y,
- e) Coordinar con los Ministerios de la Producción las medidas necesarias para el mejoramiento de los programas implementados.

TITULO VII

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y DEROGATORIAS

Primera.- Las acciones por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los tres años desde que resulten exigibles. (*)

- -----
(*) Derogada por la 1a disposición transitoria de la Ley No 27022, publicada el 23/12/98.
- -----

Segunda.- Interpretase por vía auténtica, que la prestación de servicios de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, para el titular o propietario persona natural conduzca o no el negocio personalmente, no genera relación laboral; salvo pacto en contrario. Tampoco genera relación laboral, la prestación de servicios del cónyuge.

Tercera.- En aplicación de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución y a efectos de lo dispuesto en el Artículo 62o de la misma, debe entenderse que

la Ley Laboral sustituye a la anterior, salvo que haya sido incorporada al contrato de trabajo por pacto expreso.

Cuarta.- Las solicitudes de cese colectivo que a la fecha de vigencia del Decreto Legislativo No 855 se encontraban en trámite cualquiera sea su estado, continuarán sustanciándose hasta su conclusión en última instancia, de conformidad con las normas con las que se iniciaron.

Quinta.- Deróganse las Leyes Nos 2851, 4239, 4916, 5119, 9809, 16629 y 24514; los Decretos Leyes Nos 14248 y 25921; Capítulo II y Tercera Disposición Transitoria del Decreto Legislativo No 688, y las demás disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Las Bonificaciones de treinta y veinticinco por ciento a que se refiere el Capítulo II y la Tercera Disposición Transitoria del Decreto Legislativo No 688, respectivamente, se continuará abonando a los trabajadores que ya habían alcanzado derecho a ellas.

Sexta.- Derógase asimismo, la Ley No 8514, los Decretos Leyes Nos. 14218, 18138, 21116, Artículo 4o, y demás disposiciones que se opongan a la presente Ley. Déjase igualmente sin efecto el Decreto Supremo No 014-91-TR. La Resolución Ministerial No 197-88-TR del 20 de mayo de 1988 continúa vigente en lo que no se oponga a la presente Ley.

Ley que establece nuevo plazo de prescripción de las acciones derivadas de la relación laboral

LEY N° 27321

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE ESTABLECE NUEVO PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE LA RELACIÓN LABORAL

Artículo único.- Del objeto de la Ley

Las acciones por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los 4 (cuatro) años, contados desde el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES

Primera.- Norma derogatoria

Derógase la Ley N° 27022, Ley que establece la prescripción de las acciones derivadas de la relación laboral.

Segunda.- De los efectos de la ley anterior

La prescripción iniciada antes de la vigencia de esta Ley se rige por la ley anterior.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los siete días del mes de julio del dos mil.

DECRETO LEGISLATIVO

N° 1378

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que, el Congreso de la República, mediante Ley N° 30823, ha delegado en el Poder Ejecutivo, por el plazo de sesenta (60) días calendario, la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado;

De conformidad con lo establecido en el literal a.6 del numeral 5 del artículo 2 de la Ley N° 30823, que Faculta al Poder Ejecutivo para legislar en materia de fortalecimiento y extensión de la accesibilidad al certificado único laboral para jóvenes, a fin de incrementar las oportunidades de reinserción en el mercado laboral; y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,

Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE FORTALECE Y EXTIENDE LA ACCESIBILIDAD AL CERTIFICADO ÚNICO LABORAL PARA JÓVENES

Artículo 1.- Objeto

Incrementar las oportunidades de inserción al mercado laboral formal de los jóvenes entre 18 y 29 años mediante el otorgamiento, en un solo trámite, de toda la información requerida por los empleadores para facilitar su acceso a un puesto de trabajo, generando confianza en los empleadores sobre la veracidad de la información.

Artículo 2.- Certificado Único Laboral para Jóvenes

- 2.1. El Certificado Único Laboral para Jóvenes – CERTIJOVEN, es un documento que integra información a cargo del Estado relevante para la contratación laboral, se emite gratuitamente por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para los jóvenes entre 18 y 29 años, a fin de facilitar su inserción en el mercado de trabajo, a nivel nacional.
- 2.2. El CERTIJOVEN se emite a solicitud del titular de la información o su apoderado.
- 2.3. El CERTIJOVEN consta de información oficial sobre los datos de identidad, antecedentes policiales, penales y judiciales, educación (trayectoria educativa) y experiencia laboral.
- 2.4. Tratándose de la trayectoria educativa vinculada a la formación universitaria, el CERTIJOVEN incluirá información oficial sobre grados y títulos registrados. El Reglamento del presente Decreto Legislativo establece el alcance y características de la información oficial a incluirse en el CERTIJOVEN respecto de las demás etapas, niveles, modalidades, ciclos y programas del sistema educativo.

- 2.5. Mediante Decreto Supremo, con refrendo del Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo y del ministro del sector involucrado, se puede ampliar la información oficial que se incorporará al CERTIJOVEN.
- 2.6. Para el tratamiento de los datos personales se adoptan las medidas de seguridad que resulten necesarias a fin de evitar cualquier tratamiento contrario a la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento.

Artículo 3.- Validación del CERTIJOVEN

El CERTIJOVEN es un documento electrónico firmado digitalmente, el cual podrá ser impreso, validándose su autenticidad a través del mecanismo de verificación inserto en él; así como mediante el acceso vía web al portal del Servicio Nacional del Empleo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, www.empleosperu.gob.pe.

Artículo 4.- Interoperabilidad para el CERTIJOVEN

Todas las entidades de la administración pública que posean información requerida para la implementación del Certificado Único Laboral para jóvenes – CERTIJOVEN, deben ponerla a disposición de manera gratuita y permanente a través de la Plataforma de Interoperabilidad del Estado, administrada por la Presidencia del Consejo de Ministros, a través de la Secretaría de Gobierno Digital – SEGDI.

Artículo 5.- Del financiamiento

La aplicación de lo establecido en el presente Decreto Legislativo, en el caso de las entidades públicas involucradas, se financia con cargo a sus presupuestos institucionales, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Artículo 6.- Refrendos

El presente Decreto Legislativo es refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- Vigencia

El presente Decreto Legislativo entra en vigencia al día siguiente de la publicación de su Reglamento.

Segunda.- Plazo para la reglamentación

El presente Decreto Legislativo es reglamentado por el Poder Ejecutivo mediante Decreto Supremo, con refrendo del Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo y del Ministro de Educación, en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendario, contados a partir de su publicación.

Tercera.- Adopción de tecnologías digitales

La adopción e implementación de tecnologías digitales, seguridad digital e interoperabilidad entre entidades de la administración pública, entre otros, se realiza en coordinación y siguiendo los lineamientos que emita la Secretaría de Gobierno Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Manual de derecho laboral individual

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintitrés días del mes de agosto del año dos mil dieciocho.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO

Presidente de la República

CÉSAR VILLANUEVA ARÉVALO

Presidente del Consejo de Ministros

CHRISTIAN SÁNCHEZ REYES

Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo

