

Directores:

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zepa
Frank J. Paucarchuco Gonzales

Coordinadora:

Brenda Daysi Jiménez Silvera

BOLETÍN N.º 03

DERECHO LABORAL Y DERECHO PROCESAL

Teoría general del derecho laboral y
análisis de Plenos Jurisprudenciales
en materia laboral y previsional

AÑO N.º 02 / ABRIL 2022

Autores de esta edición:

Jessica Alexandra Pizarro Delgado

Abogada por la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa

José Martín Burgos Zavaleta

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo

José Martín Morales Casusol

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo

Luz Imelda Pacheco Zerga

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Marilú Del Pilar Merzthal Shigyo

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Marisol Oliva Castro

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Victor Renato Sarzo Tamayo

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Willy Renzo Alvia Arrazábal

Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

Directores

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales

Coordinadora

Brenda Daysi Jimenez Silvera

BOLETÍN N.º03

**DERECHO LABORAL Y PROCESAL
LABORAL**

Teoría general del derecho laboral y análisis de
Plenos Jurisprudenciales en materia laboral y
previsional

Autores en esta edición:

Jessica Pizarro Delgado
Víctor Sarzo Tamayo
José Burgos Zavaleta
José Morales Casusol

Renzo Alvia Arrazábal
Marisol Oliva Castro
Luz Pacheco Zerga
Marilú Merzthal Shigyo



2022

Lima – Perú

ISSN: 2810-8310

BOLETÍN DE DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO LABORAL Y ANÁLISIS DE PLENOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL

AÑO 02 – N.º 3 – ABRIL 2022

EDITADO POR:

© **AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.**

Jr. María Antonieta #399

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

www.editorialamachaq.com

Lima – Perú

AUTORES EN ESTA EDICIÓN:

Pizarro Delgado, Jessica Alexandra

Sarzo Tamayo, Víctor Renato

Burgos Zavaleta, José Martín

Morales Casusol, José Martín

Alvia Arrazábal, Willy Renzo

Oliva Castro, Marisol

Pacheco Zerga, Luz Imelda

Merzthal Shigyo, Marilú del Pilar

DIRECTORES:

Romero Casilla, Anthony Julio

Flores Zerpa, Allen Martí

Paucarchuco Gonzales, Frank James

COORDINADORA:

Jimenez Silvera, Brenda Daysi

COLABORADORES:

Castillo Sicha, Natali Valeria

De La Cruz Serna, Any Miriet

Guizado Maguiña, Fiorella Lucero

Serquén Paredes, Ana Gabriel

Vargas Gutiérrez, Bryan Steven

Vásquez Condori, Daniela Andrea

ISSN: 2810-8310

**Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° XXXXXXXXXX**

DISPONIBLE DIGITALMENTE EN:

<http://www.editorialamachaq.com/b3-laboral>

BOLETIN N. °3

“TEORÍA GENERAL DEL DERECHO LABORAL Y ANÁLISIS DE PLENOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL”

I. DIRECTORES

ANTHONY JULIO ROMERO CASILLA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ALLEN MARTÍ FLORES ZERPA

Bachiller por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FRANK JAMES PAUCARCHUCO GONZALES

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

II. COORDINADORA EN ESTA EDICIÓN:

BRENDA DAYSI JIMENEZ SILVERA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

III. COLABORADORES EN ESTA EDICIÓN:

NATALI VALERIA CASTILLO SICHA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ANY MIRIET DE LA CRUZ SERNA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FIGORELLA LUCERO GUIZADO MAGUIÑA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ANA GABRIEL SERQUÉN PAREDES

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

BRYAN STEVEN VARGAS GUTIERREZ

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

DANIELA ANDREA VÁSQUEZ CONDORI

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

IV. AUTORES

JESSICA ALEXANDRA PIZARRO DELGADO

Abogada por la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa

JOSÉ MARTÍN BURGOS ZAVALETA

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo

JOSÉ MARTÍN MORALES CASUSOL

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo

LUZ IMELDA PACHECO ZERGA
Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

MARILÚ DEL PILAR MERZTHAL SHIGYO
Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

MARISOL OLIVA CASTRO
Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

VICTOR RENATO SARZO TAMAYO
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

WILLY RENZO ALVIA ARRAZÁBAL
Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas



BOLETIN N.º 3

Amachaq-Escuela Jurídica

Área de Derecho Laboral y Procesal Laboral

Disponible en:

<http://www.editorialamachaq.com/b3-laboral>

Año: 2022

Edita:

Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.
amachaq.escuela.juridica@gmail.com
www.editorialamachaq.com

El Boletín N° 3 de Derecho Laboral y Procesal Laboral con eje temático “Teoría general del derecho laboral y análisis de Plenos Jurisprudenciales en materia laboral y previsional” es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<http://www.editorialamachaq.com/b3-laboral>

Algunos derechos reservados.

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
- Fuentes del Derecho del Trabajo <i>Renzo Alvia Arrazábal</i>	11
- Regímenes laborales especiales de contratación en el Perú <i>Jessica Alexandra Pizarro Delgado</i>	17
- Horas laboradas en exceso en el marco de un contrato a tiempo parcial: ¿Desnaturalización u horas extras? <i>Marisol Oliva Castro</i>	37
- Respeto a la dignidad y acoso laboral <i>Luz Imelda Pacheco Zerga</i>	57
- Informalidad y el Derecho del Trabajo: Retos y desafíos <i>Marilú del Pilar Merzthal Shigyo</i>	67
- Análisis jurisprudencial del despido en el Perú <i>José Martín Morales Casusol</i>	75
- El bono por función jurisprudencial: Naturaleza jurídica <i>Víctor Renato Sarzo Tamayo</i>	89
- Análisis: Indemnización por despido arbitrario de los trabajadores de dirección y de confianza <i>José Martín Burgos Zavaleta</i>	101

PRÓLOGO

En esta tercera edición del Boletín de Derecho Laboral y Procesal Laboral se abordarán temáticas referidas a teoría general del derecho laboral, la cual es la base para el entendimiento de la relación que existe entre el empleador y el trabajador, reflejando así los derechos y obligaciones que cada parte deben de cumplir ya que la alteración de estos genera conflictos que puede acarrear diversas consecuencias.

Por otra parte, para una vasta comprensión es necesario traer a colación jurisprudencia destacada en materia laboral y previsional, es así que se ha puesto bajo análisis plenos que se han desarrollado en nuestra legislación.

Por tanto, AMACHAQ *Escuela Jurídica*, continuando con el objetivo de la difusión del conocimiento jurídico, desde el área laboral se ha realizado una serie de conferencias enmarcadas en el Curso Especializado en Derecho Laboral, Procesal Laboral y su desarrollo jurisprudencial llevado a cabo desde el 21 al 24 de marzo, cuyo eje temático se enfocó en la “*Teoría general del derecho laboral y análisis de Plenos Jurisprudenciales en materia laboral y previsional*”.

En esa línea, es grato mencionar a los protagonistas de cada escrito que se encuentra en la presente edición, nos referimos a los docentes que hicieron posible la materialización del mismo. Es así, que aprovechamos estas líneas para agradecer por la confianza, apoyo y predisposición a las profesoras Marisol Oliva Castro, Luz Imelda Pacheco Zerga, Marilú del Pilar Merzthal Shigyo y Jessica Alexandra Pizarro Delgado; así como a los profesores Víctor Renato Sarzo Tamayo, José Martín Burgos

Zavaleta, José Martín Morales Casusol y Willy Renzo Alvia Arrazábal quienes hacen posible la publicación del presente boletín.

En ese sentido, resulta necesario compartir con el público lector los diversos escritos que será un instrumento académico para comprender el panorama actual laboral y, así poder, analizar situaciones que traen consigo consecuencias dentro del ámbito laboral y la jurisprudencia nacional.

Por último, el Área de Derecho Laboral, Procesal Laboral y Promoción del Empleo de Amachaq ratifica su compromiso en el trabajo constante y arduo para continuar con la difusión del conocimiento jurídico. Esperamos que la presente edición sea de su total interés y —sobre todo— de gran apoyo en su formación.

Brenda Daysi Jimenez Silvera

Fuentes del Derecho del Trabajo*

Renzo Alvia Arrazábal**
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La pirámide de Kelsen / 2.1. La Constitución / 2.2. Los Tratados Internacionales / 2.3. La ley / 2.4. Decretos Legislativos / 2.5. Decretos de Urgencia / 2.6. Decretos Ley / 2.7. Resolución Legislativa / 2.8. Decretos Supremos / 2.9. La costumbre / 2.10. La jurisprudencia / 2.11. La doctrina / 3. Conclusión / 4. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Las fuentes del Derecho del Trabajo en el Perú es un tema de alta relevancia, pues como abogados se debe saber sobre qué pilares se fundamenta la rama en la que se está especializando, en este caso, sobre el Derecho del Trabajo. Para ello, como consideraciones previas, se debe tener bien en claro lo que es una fuente: las fuentes del Derecho son actos o hechos a los que el ordenamiento jurídico reconoce la capacidad para crear Derecho y que nos pueden servir para ordenar y sistematizar procedimientos y disposiciones que producen normas.

En definitiva, se puede decir que las normas son el producto o el resultado de las fuentes del Derecho. El concepto que se propone es uno bastante amplio, porque se considera como fuente a todo acto al cual el derecho le da una validez o importancia, a efectos de que pueda trascender.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Laboral, Procesal Laboral y su desarrollo jurisprudencial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica desde el 21 al 24 de marzo de 2022.

** Abogado Titulado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Miembro del Colegio de Abogados de Lima. Cuenta con experiencia en el patrocinio de procesos laborales, contencioso administrativo, constitucionales y civiles. Ha sido abogado consultor de empresas privadas, así como abogado interno de entidades del Estado, absolviendo consultas y elaborando informes en materia laboral y previsional. Ha sido asistente de cátedra en el curso "Derecho Laboral 1", dirigido a la carrera de Administración y Recursos Humanos, de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

En materia laboral, el reconocimiento de la fuente del derecho permite reconocer que nivel de disponibilidad tiene el derecho para el trabajador y el legislador; es decir, su grado de protección, restricción y exigibilidad. Desde ya es una aproximación de lo que es el Derecho Laboral.

2. La pirámide de Kelsen

Para hablar de las fuentes del Derecho, es menester mencionar la pirámide de Kelsen, en la cual se encuentra la Constitución como primer pilar, le sigue los Tratados Internacionales, luego las Leyes formales, la jurisprudencia y, por último, las costumbres.

2.1. La Constitución

La Constitución es la norma fundamental del ordenamiento jurídico, siendo la norma madre sobre la cual se va a normar toda la legislación, en este caso, la legislación laboral. Además, hay tres puntos que son importante resaltar: no se pueden dar normas contrarias a la Constitución, otorga estabilidad, así como permanencia y, por último, los derechos constitucionales pueden ser defendidos a través de procesos de garantía.

Ahora bien, un dato curioso respecto a los derechos laborales es que, a nivel de Sudamérica, la Constitución peruana es la que menos desarrolla el derecho del trabajo, caso contrario sucede en la legislación y jurisprudencia, tanto en la Corte Suprema como en el Tribunal Constitucional y recientemente en los Plenos Laborales.

Se debe tener en cuenta que el trabajo es importante para el desarrollo socio-económico del país, siendo un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de realización de la persona, protege al trabajo en sus distintas modalidades; especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. Asimismo, nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, así como también regula el derecho a una remuneración equitativa y suficiente, teniendo en cuenta la jornada ordinaria de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales.

De igual manera, existe el derecho al descanso semanal y anual remunerado, se mencionan los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, irrenunciabilidad de los derechos e indubio pro operario; la protección contra el despido arbitrario, el derecho a participar en las utilidades de las empresas y reconoce los derechos colectivos de sindicación, negociación colectiva y huelga.

2.2. Los Tratados Internacionales

Respecto a este punto, se debe tener en cuenta que están constituidos por los Tratados sobre Derechos Humanos y los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Ante ello, los Tratados Internacionales sobre Derechos Internacionales incluye la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual establece el derecho al trabajo, a la protección contra el desempleo, a la no discriminación y el derecho a una remuneración justa, así como el derecho al descanso pagado; también incluye el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual reconoce el derecho al trabajo y a la formación técnica profesional, el derecho al goce de remuneraciones y condiciones de trabajo equitativas; a su vez, está el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en la cual se resalta que nadie estará sometido a esclavitud, a la servidumbre, a ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. Asimismo, la Convención Americana sobre DD.HH. y protocolo Adicional (Protocolo de San Salvador), reconoce el derecho al trabajo, a la formación técnica profesional, al goce de remuneraciones y condiciones de trabajos equitativas.

Por otro lado, también se tienen a los Convenios de la OIT, los cuales son tratados internacionales en materia de trabajo y seguridad social. Donde cada Estado miembro puede firmar y ratificar, quedando a partir de ese momento obligado a su cumplimiento; los derechos reconocidos en estos convenios son derechos mínimos que pueden ser mejorados por los Estados miembros.

2.3. La ley

Es una norma jurídica escrita de carácter general y de obligatorio cumplimiento que emana directamente del Poder Legislativo, a través del Congreso de la República.

2.4. Decretos Legislativos

Son las leyes emanadas del Poder Ejecutivo, previa delegación de facultades del Congreso de la República, con un plazo fijo y objeto específico.

2.5. Decretos de Urgencia

Se dictan de manera excepcional en materia económica y financiera, conceptos que comprende endeudamiento y el presupuesto.

2.6. Decretos Ley

Emanada de gobiernos dictatoriales o de facto, pues se suspende el funcionamiento del Poder Legislativo.

2.7. Resolución Legislativa

Actos parlamentarios que generalmente regulan casos de manera particular y concreto.

2.8. Decretos Supremos

Emitidos por el Poder Ejecutivo para un mejor cumplimiento de la ley, la reglamenta y no puede transgredirla ni desnaturalizarla.

2.9. La costumbre

Es el conjunto de prácticas políticas, jurídicas, espontáneas, que han alcanzado uso generalizado y conciencia de obligatoriedad en el seno de una comunidad política. Tienen dos elementos: I) Objetivo o Material: repetición del acto; y II) Subjetivo o espiritual: conciencia de su obligatoriedad.

2.10. La jurisprudencia

Es el conjunto de sentencias uniformes y reiteradas emanadas por los máximos órganos jurisdiccionales y que otorguen grado de obligatoriedad, aquí se encuentran las Acciones de Garantía, emitidas por el Tribunal Constitucional, y las Casaciones, dadas por la Corte Suprema a través de sus Salas Permanente y Transitoria de Derecho Constitucional y Social.

2.11. La Doctrina

Comprende las opiniones, posturas, puntos de vista y criterios esbozados por los tratadistas especializados o versados en materia laboral. Para muchos no es una verdadera fuente, pues su papel está destinado a orientar la labor del legislador y del juez.

3. Conclusión

A raíz de lo detallado líneas anteriores, existen muchas opiniones sobre cuales son fuentes y no fuentes del Derecho, por ejemplo, existe una discusión si los Plenos tienen una calidad de fuente de Derecho o no; la cual, particularmente, somos de la postura de que sí son una fuente de esta profesión

4. Respuestas a las preguntas del público

4.1 El cese de la actividad laboral de un trabajador debe estar inmerso en el principio de responsabilidad. Ante ello, ¿qué debe especificar la carta de despido que entregue el empleador?

En la Constitución lo que prima es que la persona tenga la posibilidad de trabajar; normativamente se ha señalado cuales son las razones por las cuales un despido puede ser justificado o injustificado. Si hablamos de un despido justificado, en la carta de despido debería señalarse las razones por las cuales se está despidiendo a la persona; sin embargo, para ello previamente debería haber existido un proceso disciplinario, en el cual se sigan todos los pasos a efectos de despedir a la persona. No se puede despedir a alguien de un momento a otro, pues se estaría cayendo en una causal de despido injustificado y arbitrario. Para complementar, si bien es cierto que en la Ley de Productividad indica que una de las razones por las cuales se puede despedir a un trabajador es la disminución de su rendimiento, particularmente, es una de las causales que se utiliza raramente.

4.2. ¿Qué principios fundantes regulan la relación laboral?

Básicamente, es el principio al derecho del trabajo, pues sin ello la persona no podría tener acceso al trabajo. Para complementar, se debe tocar el principio de continuidad, se busca una relación continua y permanente; de buena fe, de primacía de la realidad, pues existe mucha informalidad al momento de contratar, con este principio se busca que los hechos tengan mayor validez que lo escrito en un documento; así también se puede mencionar a la irrenunciabilidad de derechos. De igual manera, el principio de buena fe es uno de los principios básicos, pues este debe estar presente en toda relación laboral, por cuanto ambas partes contratan con el ánimo de que exista una relación armoniosa en el tiempo.

4.3. Con respecto al tratamiento que se les da a las fuentes del Derecho Laboral en el ordenamiento jurídico peruano, ¿considera oportuno esto o usted propondría un cambio?

Lo consideramos oportuno, la única disyuntiva que existe hasta la actualidad es que, si dentro de estos entes del derecho introducimos a los Plenos Condicionales, así como en qué orden deberían estar y sobre existen escritos diferentes autores. En nuestra opinión, este sí es una fuente y debería tener un tratamiento, debería estar en el rango de jurisprudencia; sin embargo, existe mucha discusión con respecto a esto.

Regímenes laborales especiales de contratación en el Perú*

Jessica Alexandra Pizarro Delgado**
Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Régimen laboral especial de los trabajadores agrarios / 2.1. Base legal / 2.2. ámbito de aplicación / 2.2.1. Empleadores / 2.2.2. Trabajadores / 2.3. Derecho de preferencia / 2.3.1. Ejecución del derecho de preferencia / 2.4. Sistema remunerativo / 2.5. Otros beneficios económicos / 2.6. Jornada y descansos remunerados / 2.7. Protección contra el despido arbitrario / 2.8. Seguridad social en salud / 3. Régimen especial de los trabajadores del hogar / 3.1. Base legal / 3.2. Ámbito de aplicación / 3.3. Exclusiones / 3.4. Forma de prestación / 3.5. Contrato de trabajo / 3.6. Remuneración y condiciones / 3.7. Pago de la remuneración / 3.8. Beneficios laborales / 3.9. Extinción del vínculo laboral / 3.10. Agencias de empleo / 3.11. Derechos colectivos / 3.12. Derechos fundamentales / 3.13. Otros derechos / 4. Régimen laboral especial de la micro y pequeña empresa (MYPE) / 4.1. Base legal / 4.2. Definición de MYPE / 4.3. Exclusiones / 4.4. Grupo económico y vinculación económica / 4.5. Derechos laborales fundamentales / 4.6. ámbito de aplicación / 4.7. Pérdida de calidad MYPE / 4.8. Beneficios laborales / 4.9. Extensión / 5. Régimen laboral especial de construcción civil / 5.1. ¿Quiénes son los trabajadores de este régimen? / 5.2. ¿Cómo se regula la remuneración de los trabajadores de este régimen? / 5.3. Derechos de los trabajadores de construcción civil / 5.3.1. Bonificaciones / 5.3.2. Asignaciones / 5.4. Gratificaciones / 5.5. Horas extras / 5.6. Descanso vacacional / 5.7. CTS / 5.8. Derechos colectivos / 5.9. Facilidades sindicales / 5.10. Descansos remunerados / 6. Respuestas a las preguntas del público.

*Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Laboral, Procesal Laboral y su Desarrollo Jurisprudencial organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 21 al 24 de marzo del 2022.

**Abogada por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Magister en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional Efectiva por la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Se ha desarrollado como Intendente Regional de Arequipa de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, analista del personal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y como asesora legal de la Gerencia Regional del Trabajo y Promoción del Empleo de Arequipa. Actualmente es Vocal Alterna del Tribunal de SUNAFIL (Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral).

1. Introducción

Los regímenes laborales especiales de contratación, dentro del Perú, resulta ser un tema muy amplio, por lo que el presente trabajo se centrará en los pertenecientes al ámbito privado considerando los más importantes: régimen agrario, trabajadores del hogar, construcción civil, micro y pequeña empresa.

2. Régimen laboral especial de los trabajadores agrarios

2.1. Base Legal

Los trabajadores agrarios tienen un régimen laboral especial regulado por la Ley N° 31110, Ley del Régimen Laboral Agrario, reglamentada por el D.S. 005-2021-TR, conjuntamente al D.S. 006-2021-TR que regula la negociación colectiva y condiciones mínimas de trabajo de la ley anterior.

2.2. Ámbito de aplicación

2.2.1. Empleadores

Comprende todas las personas naturales o jurídicas que desarrollen cultivos y/o crianza, actividad agroindustrial fuera de Lima y Callao, salvo excepciones como los cultivos de trigo, tabaco, semillas oleaginosas, aceites y cerveza. Expresamente hay una exclusión a aquellas entidades que tengan actividades económicas distintas a las agrarias y que estas conformen más del 20% de sus ingresos, así como a cualquier tipo de asociación (comités, cooperativas, asociaciones propiamente dichas) si y solo si cada propiedad individualmente supere 5 hectáreas de producción.

2.2.2. Trabajadores

Son aquellas personas que desarrollan sus servicios de manera personal, subordinada y remunerada. El personal administrativo puede estar incluido en dicho régimen si es que realizan funciones dentro del campo o plantaciones de la empresa, pero están excluidos los que realizan labores administrativas y, a la vez, estén ubicados en zonas administrativas distintas, también está excluido el personal de soporte técnico, independientemente si realizan funciones en campo o planta, y los menores de edad, puesto que realizar tales actividades suponen un riesgo para su salud y, por lo tanto, no la pueden desarrollar.

2.3. Derecho de preferencia

La contratación del personal que labora dentro de esta actividad se va a regular por las normas del régimen laboral común, por lo que se pueden celebrar contratos a tiempo indeterminado, parcial, sujetos a modalidad, etc. y si es que no hay un contrato a plazo fijo se supondrá que se trata de una relación laboral a tiempo indeterminado.

La actividad agraria posee ciertas características en referencia a la temporalidad, por eso es un régimen especial laboral, esto se da debido a la existencia de cultivos estacionales, por lo que los trabajadores laboran por temporadas y luego se retiran, dado que las personas que se dedican al agro no realizan esa actividad constantemente.

La novedad que se tiene con este régimen es el derecho de preferencia en los siguientes casos:

- En caso de que el trabajador haya laborado en pequeños plazos que sumados supere los 2 meses en un año, entonces este trabajador ya debe ser recontratado.
- Si se trata de una modalidad intermitente, de temporada o alguna modalidad similar se toma en cuenta si ha trabajado en dos temporadas consecutivas o no.
- En el caso que haya laborado para varios empleadores vinculados y en cada uno de ellos ha estado en cierta temporada y luego para otro, se considera que haya estado trabajando un año completo para ellos. Las empresas vinculadas nos remiten a dos normas muy importantes: la resolución de Superintendencia N° 019-2015 de la Superintendencia del Mercado de Valores y el DS-008 2008-TR que, básicamente, son supuestos de vinculación económica o grupos de empresas cuando existe coincidencia de socios, directores o representantes, tienen acreencias entre sí e incluso deudas, los representantes que dirigen las empresas coinciden o lo hacen a través de cónyuges familiares y demás supuestos que en la práctica se dan. Si se cumple lo anterior señalado, significa que dos o más empresas están vinculadas o conforman un grupo empresarial y si un trabajador labora en ellos durante un año completo.
- También tiene derecho a la recontractación, para aquellos cultivos que la estacionalidad cubra todo el año en conjunto, dado que un cultivo tiene una época de producción, ya que puede darse una temporada de un producto y luego el mes siguiente viene la cosecha de

otro, entonces si un trabajador se encuentra laborando en diversos cultivos, pero todos estos están cubriendo un año, por lo menos en dos temporadas, va a tener el derecho a la recontractación.

2.3.1. Ejecución del derecho de preferencia

Con el fin que el derecho de preferencia se ejecute se deben de cumplir con ciertas disposiciones:

- El puesto al que va a ingresar el trabajador debe ser idéntico o similar al anterior.
- Que el trabajador no haya cesado anteriormente por alguna causa relacionada con su capacidad o conducta por despido.
- Se debe de tener en cuenta que los trabajadores que tienen derecho de preferencia pueden superar el número de puestos disponibles para la nueva contratación, en ese caso el empleador debe seleccionar a los trabajadores, no está obligado a contratar a todos los que se presentan, todo depende de los puestos disponibles. Para realizar esta selección se debe usar criterios objetivos tales como la antigüedad, rendimiento, localidad de los trabajadores de la zona, pero que no signifique, de ninguna manera, discriminar.

En este como en otros regímenes hay un especial énfasis respecto a la discriminación hacia la mujer, por ello la nueva normativa que protege a la mujer debe ser concretizada en las conductas de los empleadores con tal de no realizar actos de discriminación por motivos de sexo.

- Cuando el empleador tiene puestos disponibles realiza una convocatoria que puede ser física o virtual, todo depende del acuerdo dado en la anterior relación laboral, pero si no existió un consenso se va a remitir una carta al último domicilio que ha tenido el trabajador.
- La convocatoria debe hacerse con 15 días de anticipación al inicio de las labores, así el trabajador tiene esos 15 días para aceptar.
- Si es que el trabajador concretamente se niega, o sea, expresa su negativa a trabajar en esta temporada o no se presenta a la fecha en que se inicia la actividad, entonces pierde el derecho de preferencia para esa nueva temporada. Para adquirir nuevamente el derecho de preferencia tienen que volver a darse los supuestos que hemos visto con anterioridad.

- El Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo deben implementar un registro electrónico para los periodos que laboren los trabajadores, ya sea para un mismo empleador, varios empleadores o grupos económicos de empresas vinculadas, así queda un registro y de esta manera se logre supervisar y fiscalizar que se esté ejecutando el derecho de preferencia.

2.4. Sistema remunerativo

El sistema remunerativo en el régimen agrario es parecido al régimen anterior, pero se está agregando una bonificación más. Se tiene la remuneración básica que no puede ser menor a la remuneración mínima vital (RMV), hoy por hoy S./ 930.00, siempre y cuando el trabajador cumpla una jornada diaria de 4 horas a más, por menos de 4 horas puede haber una remuneración proporcional porque ya estaría en la característica de jornada con relación a un contrato a tiempo parcial.

El trabajador puede adicionar a su remuneración básica (RB) la CTS y las gratificaciones legales (Fiestas Patrias y Navidad), si es así dentro de los cinco días de iniciado el vínculo por cualquier medio (escrito o virtual) debe comunicarlo; en caso no lo solicita, estos beneficios se van a abonar de la forma que establecen las reglas del régimen laboral común, es decir, las gratificaciones se abonarán en Fiestas Patrias dentro de la primera quincena de julio y en Navidad dentro de la primera quincena de diciembre; mientras que la CTS será depositada semestralmente en mayo y noviembre en una cuenta bancaria a elección del trabajador. En caso de que el trabajador opte por pedir el prorrateo a su remuneración básica, entonces la gratificación se va a considerar como 16.66 de la RB y la CTS el 9.72. Para ejemplificar lo anterior se coloca los montos que correspondería una remuneración prorrateada teniendo como RB a la RMV.

- Remuneración básica: S/. 930.00
- Gratificaciones: S/. 55.82
- CTS: S/. 95.68
- Remuneración mensual: S/. 1,081.50
- Remuneración diaria: S/. 36.05

A lo estimado líneas arriba debe de sumarse la bonificación especial por trabajo agrario (BETA). Esta no puede ser menor al 30% de la RMV para el trabajador que labore 4 horas o más, si es que es menos será proporcional. La bonificación no tiene carácter remunerativo y se abonará por días laborados.

$$- 30\% \text{ de RMV} = S/. 279.00$$

$$- \text{RB} + \text{BETA} = S/. 1,209.$$

$$- \text{RB} + \text{BBSS} + \text{BETA} = S/. 1,360.50$$

2.5. Otros beneficios económicos

En cuanto a otros beneficios corresponden la asignación familiar y las utilidades, esta última tiene una forma especial de cálculo, ya que desde el 2021 al 2023 se va a calcular sobre el 5% de la base imponible que resulte, del 2024 al 2026 será el 7.5% y desde el 2027 en adelante será el 10%. Asimismo, tienen derecho a la bonificación extraordinaria de gratificaciones, al Seguro de Vida Ley y al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

2.6. Jornada y descansos remunerados

En cuanto a la jornada y descansos remunerados se aplican las mismas reglas del régimen laboral común, solo hay una precisión en cuanto al goce del descanso vacacional.

La jornada es la misma que la máxima legal la cual detalla las 8 horas diarias o 48 horas semanales, la jornada nocturna (en caso de agroindustrias o riego) se permite laborar desde las 10:00 p. m. hasta las 6:00 a. m. y la sobretasa es del 30% de la RMV.

Las horas extras que son laboradas antes o después de la jornada habitual del trabajador se van a remunerar también como en el régimen laboral común, es decir, las dos primeras horas con una sobretasa del 25% del valor hora y a partir de la tercera hora, la sobre tasa es del 35%.

Respecto a las vacaciones dependerá del tipo de contrato de trabajo, un trabajador sujeto a un contrato indeterminado las gozará de manera idéntica al régimen laboral común, mientras que un trabajador que tiene contrato recibirá el pago de las vacaciones de manera proporcional. También influye si es que el trabajador recibe beneficios de forma conjunta a su RB porque la remuneración vacacional le corresponde como si el trabajador estuviera laborando habitualmente.

Con relación a las vacaciones truncas, estas no se van a calcular contando a la CTS ni gratificaciones pues no forma parte de la base de cálculo que establece el D.L. 713 que regula los descansos remunerados, entre ellos, las vacaciones.

En lo que se refiere al descanso semanal y labor en días feriados se aplica exactamente igual al régimen laboral común.

2.7. Protección contra el despido arbitrario

Los trabajadores del régimen agrario también están protegidos contra el despido arbitrario, las causas y el procedimiento a aplicar son idénticos al régimen laboral común salvo la indemnización, mientras en el régimen laboral común es un sueldo y medio por cada año de servicios con el tope de doce sueldos, en este régimen especial tenemos una indemnización de 45 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios hasta un máximo de 360 remuneraciones diarias.

2.8. Seguridad social en salud

Con la anterior legislación, el aporte del sector salud dentro del régimen agrario era del 4%, pero ahora se va regularizando hasta alcanzar el 9%. Los trabajadores agrarios son asegurados obligatorios de EsSalud y para determinar la tasa del aporte se toma en cuenta dos factores: el número de trabajadores y el nivel de ventas que haya tenido la empresa o persona natural el año anterior. Si han declarado menos de 100 trabajadores y las ventas son menores a 1700 UIT, entonces la tasa del 2021 al 2027 será del 6% y del 2028 en adelante, 9%. Lo anterior cambia si han sido más de 100 trabajadores y las ventas han superado las 1700 UIT, en ese caso el aporte durante los años 2021 y 2022 será del 7%, 2023 al 2024 será del 8% y a partir 2025 será el 9%.

3. Régimen especial de los trabajadores del hogar

3.1. Base legal

Se tiene una base legal que ha cambiado hace poco, la Ley 31047, Ley de Trabajadoras y Trabajadores del hogar, publicada el 01 de octubre del año 2020 y reglamentada por el D.S. 009-2021 publicado el 17 de abril del 2021.

3.2. Ámbito de aplicación

Este régimen es para aquellas personas que desarrollen labores propias del desenvolvimiento de la vida del hogar y conservación de la casa/habi-

tación, pero que no signifique que laboran en una actividad productiva o que suponga lucro económico para el operador o sus familiares.

Estas actividades pueden ser limpieza, cocina o ayudante de cocina, lavado y/o planchado de ropa, asistencia de personas, mantenimiento de vivienda, cuidado de niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas enfermas, personas con discapacidad u otras personas dependientes del hogar, cuidado de mascotas domésticas y cuidado del hogar. Estas son solo algunas actividades, puede haber otras siempre y cuando tengan la característica de ser labores propias del desenvolvimiento de la vida de un hogar y conservación de una casa.

3.3. Exclusiones

Son excluidos expresamente los menores de edad. Los trabajadores del hogar son contratados solamente por personas naturales pues las personas jurídicas no tienen la condición de un hogar, entonces si es que una persona jurídica brinda dichos servicios y contrata trabajadores que lo realicen, no significa que sea régimen de trabajadores del hogar el que se está viendo, sino respondería a un régimen laboral común.

Se excluye a las personas que son familiares hasta el segundo grado de consanguinidad, salvo pacto en contrario. Quedan excluidos también el cónyuge o conviviente de la persona empleadora y si se da el caso que los trabajadores del hogar realizan además otras labores relacionadas a alguna actividad económica del empleador o empleadora, se va a considerar una relación laboral única de acuerdo con el régimen laboral común. También están excluidos aquellas personas que esporádicamente, sin que sea una ocupación profesional o permanente, estén desarrollando esta actividad.

3.4. Forma de prestación

La forma de prestación puede ser a tiempo completo o por horas, con residencia en el hogar o sin residencia, en todo caso, estas características deben constar en el contrato porque una de las novedades que se produce es que debe haber un contrato en escrito.

3.5. Contrato de trabajo

En principio vamos a tener una presunción de un contrato de tiempo indeterminado, salvo prueba en contrario; entonces el contrato tendrá que decir cuál es el plazo por el que se celebra, este debe ser por escrito necesariamente, así sea indeterminado. El contrato se presenta por duplicado en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo por un aplicativo virtual en los 3 días hábiles siguientes a su celebración. Hay un contenido mínimo que consta en:

- Los nombres y apellidos, edad, sexo, estado civil, profesión u oficio del empleador y trabajador.
- La especificación del trabajo doméstico contratado y del lugar o lugares de su prestación; así como los antecedentes del período total laborado de forma previa a su celebración, por escrito.
- La descripción de las condiciones de entrega de alimentos, uniforme o de alojamiento cuando corresponda.
- La fecha de inicio del contrato y la forma de prestación del trabajo.
- El monto, la oportunidad y el medio de pago de la remuneración y demás conceptos.
- La jornada y el horario de trabajo.
- El día acordado como descanso semanal.
- La precisión sobre facilidades para acceder a la educación básica obligatoria o a la educación superior, formación técnica o profesional, según corresponda.
- Los beneficios otorgados por seguridad social como prestaciones sanitarias, económicas y sociales.
- Los demás que establezca el reglamento de la presente ley.

3.6. Remuneración y condiciones

En cuanto a las remuneraciones y algunas condiciones de trabajo se tiene que esta no puede ser menor a la RMV pues se encuentra relacionada a la jornada que se realice porque esta será dada cuando el trabajador o trabajadora labore una jornada diaria de 4 horas a más, por menos de esa jornada la remuneración será proporcional. La jornada máxima legal: 8 horas diarias o 48 horas semanales. El sobretiempo se debe abonar como el régimen común. Dentro de las condiciones de trabajo que se encuentran a cargo y costo del empleador, que deben ser proporcionadas para que el trabajador pueda cumplir con las actividades, se encuentran la alimentación, alojamiento, las normas sobre seguridad y salud en el trabajo, especialmente ahora que nos encontramos en plena pandemia y que aún mantenemos normas como el distanciamiento, uso de mascarillas, lavado de manos, el alcohol, así como instrumentos o herramientas, EPP o uniforme, no como signo distintivo, ni el uso de uniforme debe ser obligado sino ser entendido como una condición de trabajo.

También, dentro de la alimentación, se debe de brindar las tres comidas principales (desayuno, almuerzo y cena) y de ninguna manera este costo debe ser asumido por el trabajador ni tampoco retirado de su remuneración.

3.7. Pago de la remuneración

El pago de la remuneración puede fijarse de manera semanal, quincenal o mensual a través de un depósito bancario, una cuenta o efectivo según sea el consentimiento del trabajador. El empleador debe emitir boletas por duplicado. El Ministerio del Trabajo emitió un modelo de contrato y boleta con este fin.

3.8. Beneficios laborales

Las gratificaciones de Fiestas Patrias y Navidad se pagan por un sueldo completo, tienen derecho a CTS que deben ser depositadas en una entidad bancaria al igual que un régimen común. Los descansos semanales se aplican como el régimen laboral de la actividad privada, vale decir, las vacaciones son de 30 días y hay un feriado adicional que es el día 30 de marzo porque es el día de los trabajadores del hogar, por lo que es remunerado. Tienen derecho a la educación, lo que permite o facilita para que los trabajadores del hogar inicien o terminen sus estudios.

3.9. Extinción del vínculo laboral

Las reglas de extinción del vínculo laboral son las mismas que el régimen de la actividad privada, todas las causales reguladas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral se aplican en este régimen.

3.10. Agencias de empleo

Las agencias de empleo no pueden cobrar una comisión a los trabajadores, solamente a la parte empleadora. Tampoco pueden intermediar o tercerizar este servicio y deben estar registradas en el Ministerio del Trabajo. Tienen una obligación de difundir los derechos laborales que corresponden a este régimen.

3.11. Derechos colectivos

Igual que en el régimen agrario, tienen los derechos a la libertad sindical, a la huelga y a la negociación colectiva.

3.12. Derechos fundamentales

En toda relación laboral se tienen que respetar los derechos fundamentales, especialmente proscribir actos de discriminación que afecten la dignidad referida a la cultura, prácticas religiosas, espirituales que un trabajador esté realizando de acuerdo con su origen o comunidad que pertenece. Debe haber respeto irrestricto a los derechos de estas personas. Los uniformes o alguna vestimenta específica, no puede significar un distintivo para afectar su dignidad o discriminar. Los derechos con relación a la maternidad se encuentran dentro del régimen laboral común y el empleador está obligado a prevenir y sancionar los actos de hostigamiento sexual, además de proteger al grupo de personas vulnerables como lo son las mujeres dentro de las relaciones laborales.

3.13. Otros derechos

En cuanto a la seguridad social tienen derecho y son asegurados obligatorios de EsSalud. Tienen derecho a afiliarse al sistema de pensiones que elijan, sea nacional o privado. Tienen derecho también a todas las protecciones de Seguridad Salud en el Trabajo y hay una especial protección a los migrantes, no solo nacionales, sino también de la inmigración extranjera.

4. Régimen laboral especial de la micro y pequeña empresa

4.1. Base legal

Se trata del D.S. 013-2013-PRODUCE que regula los incentivos de la micro y pequeñas empresas y su reglamento.

4.2. Definición de MYPE

La Micro y Pequeña Empresa es la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios. Es importante saber el volumen de venta de las empresas porque definirá su condición de micro o de pequeña empresa.

- Microempresa: ventas anuales hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
- Pequeña empresa: ventas anuales superiores a 150 UIT y hasta el monto máximo de 1700 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

- Mediana empresa: ventas anuales superiores a 1700 UIT y hasta el monto máximo de 2300 UIT.

Para efectos del régimen laboral que se va a tratar, solamente accede micro y pequeña empresa que son dos regímenes diferenciados.

4.3. Exclusiones

Están excluidos los grupos económicos o los que estén vinculados de forma económica establecidos en la resolución N° 019-2015 de la Superintendencia del Mercado de Valores y el DS-008 2008-TR, reglamento del Régimen MYPE.

4.4. Grupo económico y vinculación económica

Se considera como grupo económico al conjunto de empresas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o jurídica o de un mismo conjunto de personas naturales o jurídicas, así como de la gestión; mientras que en la vinculación económica se dan diferentes supuestos relacionados al capital, dirección de propietarios o representantes dentro de la empresa. Por lo que, dos empresas vinculadas económicamente no pueden acogerse al régimen especial de la micro y pequeña empresa, se aplica necesariamente el régimen laboral común.

4.5. Derechos laborales fundamentales

Se prohíbe el trabajo infantil. Existe el cumplimiento de la normatividad laboral mínima, lo que significa que puede haber mayores beneficios pactados. Se proscribe el trabajo forzoso como cualquier forma de discriminación. Así como se vio anteriormente, también los trabajadores tienen derechos colectivos como la libertad sindical, ambiente seguro y saludable de trabajo.

4.6. Ámbito de aplicación

Respecto al ámbito de aplicación, se regula los derechos y beneficios contenidos en los contratos laborales celebrados a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1086. (29/06/2008)

Los contratos laborales de los trabajadores celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto Legislativo N° 1086, continuarán rigiéndose bajo sus mismos términos y condiciones, y bajo el imperio de las leyes que rigieron su celebración.

El régimen laboral especial establecido en el Decreto Legislativo N° 1086 no será aplicable a los trabajadores que cesen con posterioridad a su entrada en vigencia y vuelvan a ser contratados inmediatamente por el mismo empleador, bajo cualquier modalidad, salvo que haya transcurrido un (1) año desde el cese.

4.7. Pérdida de calidad de MYPE

Para ser una MYPE y tener el respaldo de este régimen laboral especial, la empresa debe de inscribirse, obtener su clave sol y declararse en la Sunat. El régimen especial del que se habla es permanente.

Si la MYPE por dos años consecutivos aumenta su nivel de ventas, ya no puede pertenecer al presente régimen. En el caso de microempresa, la ley le da un año más para que pueda tener aún el régimen laboral especial; a la pequeña empresa se le otorgan 3 años más para conservar el régimen especial.

4.8. Beneficios laborales

En cuanto a la remuneración, se respeta la RMV si los trabajadores laboran una jornada de 4 horas a más, menos de esa jornada resulta ser proporcional. La jornada es la máxima legal: 8 horas diarias o 48 semanales. El descanso semanal es de 24 horas semanales. Las vacaciones en estos regímenes especiales son 15 días por año. En microempresa no se paga CTS, pero en pequeña empresa se paga 15 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios hasta el máximo de 90. Las gratificaciones en microempresa no se pagan y en pequeña empresa son por media remuneración, dos gratificaciones en Fiestas Patrias y Navidad. Las causas del despido son iguales que el régimen común, pero la indemnización cambia a 10 remuneraciones diarias con máximo de 90 en microempresa y en pequeña empresa de 20 a 120 remuneraciones diarias. Existe SCTR para pequeña empresa, pero no en microempresa. En cuanto a salud, en microempresa puede ser semisubsidiado y en pequeña empresa pueden ser subsidiados por EsSalud.

BENEFICIO	MICROEMPRESA	PEQUEÑA EMPRESA
Remuneración	RMV	RMV
Jornada	8 horas diarias o 48 horas semanales	8 horas diarias o 48 horas semanales
Descanso semanal	24 horas semanales	24 horas semanales
Vacaciones	15 días calendario por año completo de servicios	15 días calendario por año completo de servicios

CTS	No	15 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios hasta el máximo de 90
Gratificaciones	No	2 gratificaciones de media remuneración cada una
Indemnización por despido arbitrario	10 remuneraciones diarias por año completo de servicios, con el tope de 90	20 remuneraciones diarias por año completo de servicios, con el tope de 120
SCTR	No	Sí
Salud	Semisubsidiado	Asegurados regulares a EsSalud

4.9. Extensión

Este régimen excepcionalmente puede extenderse a las juntas o asociaciones o agrupaciones de propietarios o inquilinos en régimen de propiedad horizontal o condominio habitacional, así como las asociaciones o agrupaciones de vecinos. Pueden acogerse para los trabajadores que prestan servicios como vigilancia, limpieza, reparación, mantenimiento o similares, siempre y cuando no excedan de 10 trabajadores.

5. Régimen laboral especial de construcción civil

Los trabajadores de construcción civil en el Perú se rigen por un régimen especial, debido a las circunstancias particulares de esta actividad, las mismas que están englobadas dentro de la clasificación.

Las actividades que están dentro de este ámbito son aquellas que se encuentran en la Gran División 45 de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIU) de la Naciones Unidas (revisión 3) o división 41 a 43 categoría G (revisión 4).

5.1. ¿Quiénes son los trabajadores de este régimen?

Son los trabajadores que realizan una labor de construcción para una persona (natural o jurídica) en una obra cuyos costos exceden las 50 UITs, quienes deben estar inscritos en el Registro de Trabajadores de Construcción Civil, administrado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (D. Leg. 727)

Las categorías de trabajadores que existen son operarios, quienes realizan funciones como albañiles, carpinteros, pintores, electricistas, gasfiteros, plomeros, choferes, mecánicos y otros tras haber estudiado para ello; oficiales quienes son los ayudantes de los operarios y peones que son trabajadores no calificados y realizan labores diversas.

5.2. ¿Cómo se regula la remuneración de los trabajadores de este régimen?

Las remuneraciones de los trabajadores de Construcción Civil se regulan a través de procedimientos de negociación colectiva por rama de actividad, en los que se suscriben convenios colectivos entre la FNTCC y la CAPECO. A partir del 01 de junio 2021 hasta el 31 de mayo 2022 los jornales básicos diarios son los siguientes:

- OPERARIO: S/. 74.30
- OFICIAL: S/. 58.45
- PEÓN: S/. 52.50

Si la construcción a realizar equivale a menos de 50 UIT entonces las partes aplican el régimen laboral común y pactan las remuneraciones, ya no los montos anteriores, sino lo pactado.

5.3. Derechos de los trabajadores de construcción civil

5.3.1. Bonificaciones

Los trabajadores de construcción civil tienen derecho a la Bonificación Unificada de la Construcción (BUC). La BUC se paga sobre la base de un porcentaje del jornal básico percibido, de acuerdo con la categoría del trabajador, así se otorga el 32 % al operario, 30% para el oficial y 30% para el peón. Estos son porcentajes que se calculan con relación al jornal y los operarios especializados en soldadura de alta precisión o trabajos de montajes electromecánicos, su BUC será del 37%.

También tienen derecho a la bonificación por movilidad acumulada que comprende el valor de S/. 8.00, y se le paga al trabajador de construcción civil por concepto de movilidad urbana e interurbana por día trabajado de lunes a sábado, sin distinción de categoría. Si el trabajador labora el día domingo o feriado se le abonará S/. 5.00. Esta bonificación admite excepciones en los casos que el empleador proporcione los medios de traslado o cuando los trabajadores deben vivir en campamentos cercanos a la obra en ejecución que no necesiten traslado en vehículos.

La bonificación por trabajo en altura equivale al 7% de su jornal por cada cuatro pisos efectuados en el exterior de los edificios. Si es que no se puede determinar el nivel de los pisos se va a pagar a partir de los 10 metros contados desde la cota del suelo.

Bonificación por altitud, esta se va a pagar S/. 2.50 para todas las categorías por labores que se hagan a más de 3000 m.s.n.m., si y solo si los trabajadores sean trasladados de una zona de menor altura.

La bonificación por trabajo nocturno está comprendida desde las 11:00 pm. hasta las 6:00 am. El trabajador percibirá una bonificación adicional equivalente al 25% de su jornal básico, según su categoría. Estas labores deben ser rotativas.

Si es que los trabajadores laboran en contacto directo con cualquier tipo de agua de represa o aguas servidas van a recibir una bonificación del 20% de su jornal básico.

También van a percibir la bonificación por alta especialización (BAE) y esta se va a pagar solamente al trabajador operario siempre que tengan una especialidad con certificado. Se dividen los porcentajes de la siguiente manera:

- Operario operador de equipo mediano = 8 %
- Operario topógrafo= 9%
- Operario operador de equipo pesado = 10 %
- Operario operador electromecánico = 15 %
- Operario electromecánico soldador homologado 6G = 18%

Existe una modificación también por riesgo de trabajo bajo la cota cero, para los trabajadores que laboren en un nivel inferior al segundo sótano o cinco metros bajo cota cero, la cual asciende a S/ 1.90 diarios.

Por último, también hay una bonificación por trabajos con altas temperaturas en infraestructura vial (mezcla asfáltica), esta se otorga a trabajadores que laboren en contacto con mezcla asfáltica a temperaturas de 180 grados. El monto de esta asciende a S/ 3.50 por cada día de trabajo para la compra de bebidas hidratantes.

5.3.2. Asignaciones

Se tiene la asignación por escolaridad, por cada hijo que curse estudios de nivel inicial, primarios o secundarios, estudios técnicos o superiores hasta la edad de 22 años acreditados con las partidas de nacimiento y el documento otorgado por la autoridad de educación correspondiente, cada trabajador recibe el monto equivalente a 30 jornales al año.

Por otra parte, se tiene la asignación por defunción en la cual se abona a los familiares del trabajador fallecido durante un contrato de trabajo. La asignación asciende a 1 UIT. Para gozar de esta asignación el costo de la obra debe ser igual o mayor a 50 UIT.

En el caso de feriados laborados existe una asignación especial equivalente al 10% del BUC y del 10% BAE (según la ocupación que desempeñe el trabajador). Se aplica únicamente a los siguientes feriados: 1 de enero por año nuevo, Viernes Santo, 1 de mayo, 28 de julio, 25 de octubre —porque es el día del trabajador de construcción civil— y el 25 de diciembre por Navidad.

5.4. Gratificaciones

La gratificación por Fiestas Patrias equivale a 40 jornales básicos cuando el trabajador haya laborado en una misma obra los 7 meses anteriores. Mientras que, por la gratificación por Navidad el trabajador tiene derecho a 40 jornales básicos, cuando haya laborado 5 meses anteriores a esta celebración.

5.5. Horas extras

El trabajo en sobretiempo realizado después de la jornada diaria hasta las 10:00 pm se abona con una sobretasa es del 60%, de la décima hora hasta las 11:00 pm es del 100% y después de las 11:00 pm el pago de la sobretasa se va a convenir entre el empleador y el trabajador.

5.6. Descanso vacacional

El descanso vacacional es de 30 días calendario, por cada año de trabajo para un mismo empleador, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 713.

Asimismo, la compensación vacacional se da:

- Si fueran despedidos después de 6 días de labor, percibirán como compensación vacacional un monto equivalente al 10 % de todos los salarios básicos percibidos durante su periodo de trabajo, no incluye la remuneración dominical.

- Si el trabajador es despedido el día 18 de labor, percibe 2 y $\frac{1}{2}$ jornales básicos.
- Si el trabajador renuncia después de haber laborado 18 días, tendrán derecho a percibir una compensación vacacional equivalente al 10 % de todos los salarios básicos percibidos durante su permanencia en el trabajo.

5.7. CTS

Se abona en razón al 15% de las remuneraciones básicas percibidas por el trabajador durante el tiempo que laboró para un mismo empleador, esta representa el 12% de CTS más el 3% de utilidades. El pago debe efectuarse dentro de las 48 horas siguientes al cese del trabajador conjuntamente con todos los beneficios sociales pendientes.

5.8. Derechos colectivos

Los trabajadores, como en cualquier régimen, tienen derecho a sindicación, organización colectiva y huelga. En este caso es la organización colectiva por nivel de régimen de construcción civil.

5.9. Facilidades sindicales

En el caso de COVID-19 se debe de dar facilidades sindicales para coadyuvar medidas de control por la emergencia sanitaria y, además, que sus reuniones se den en lugares suficientemente grandes con el fin de mantener el distanciamiento social necesario.

Mientras se mantenga el estado de emergencia sanitaria, como parte de las medidas de prevención y control del Covid-19, los empleadores entregaran quincenalmente: una botella de alcohol gel de 400 ml y un pote pequeño vacío en dónde almacenarlo.

5.10. Descansos remunerados

Los descansos remunerados se regulan de acuerdo con el régimen laboral común.

Hay permisos especiales, el trabajador tiene 3 días de permiso con goce de haber en caso de fallecimiento de un familiar cercano y se extiende a 5 días si el fallecido se encuentra en otra localidad.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. ¿Cómo saber si la empresa en donde laboro es micro o pequeña empresa?

Como las empresas se inscriben virtualmente mediante la clave sol, existe un Registro de la Micro y Pequeña Empresa y ahí podemos corroborar con el número de RUC de la empresa si esta se ha inscrito como micro o pequeña empresa e incluso desde cuándo se encuentra inscrita. Lo último resulta importante porque si el trabajador interesado hubiera ingresado a la empresa antes de que se acoja al régimen especial laboral, en dicho caso, este mantiene el régimen laboral común a pesar de que la empresa ya no esté sujeta a dicho régimen.

6.2. ¿La dispersidad de la normativa que conforman algunos de los regímenes especiales laborales podrían agravar el problema?, por ejemplo, en el caso del sector de construcción civil son la ubicación relativa y la pluralidad de empleadores factores suficientes para formar un régimen especial

El régimen de construcción civil es históricamente un régimen especial porque, probablemente, es el régimen más antiguo que sigue siendo regulado en la actualidad y se ha dado gracias a la negociación colectiva entre gremios de trabajadores y empleadores. Es por eso que año tras año negocian, sosteniendo con éxito y diálogo dichas negociaciones.

Nuestra legislación laboral se caracteriza por ser dispersa, lo que dificulta su conocimiento, estudio y difusión. Esperemos que el proyecto del Código de Trabajo se concrete y se tenga normas sustantivas de un régimen general, normas procesales, administrativas y que se encuentren dentro de un solo cuerpo normativo.

Horas laboradas en exceso en el marco de un contrato a tiempo parcial: ¿Desnaturalización u horas extras?*

Marisol Oliva Castro**

Pontificia Universidad Católica del Perú

RESUMEN: Mediante la sentencia de vista recaída en el expediente N° 20001-2018-0-1801-JR-LA-07, emitida por la Octava Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, se confirmó el extremo de la sentencia de primera instancia a través de la cual se declaró la desnaturalización del contrato a tiempo parcial celebrado entre el empleador y el trabajador demandante, alegando que este, en un mes determinado, había cumplido una jornada de trabajo que excedía la jornada máxima mensual que un trabajador a tiempo parcial puede realizar.

Con motivo del pronunciamiento previamente referido, a través del presente artículo, se lleva a cabo un análisis sobre qué se entiende por contrato a tiempo parcial en la normativa laboral peruana, y sus implicancias en cuanto a la jornada de trabajo y beneficios laborales. De igual modo, se analiza si se permite o no realizar horas de labor en exceso a la jornada en el marco de dicho contrato; es decir, si es posible y, en consecuencia, válido laborar horas extras dentro de un contrato a tiempo parcial y qué requisitos deberían cumplirse para ello. De igual forma, se evalúan los supuestos en que los contratos a tiempo parcial se desnaturalizan y cuál es la consecuencia de dicha desnaturalización. Y, finalmente, se realiza un análisis de la sentencia de vista previamente referida, a partir de los temas desarrollados.

PALABRAS CLAVE: Contrato a tiempo parcial – Jornada de trabajo – Horas de trabajo – Horas extras – Desnaturalización

*Artículo académico para el Curso Especializado en Derecho Laboral, Procesal Laboral y su Desarrollo Jurisprudencial organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 21 al 24 de marzo del 2022.

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la misma casa de estudios. Gerente del área de Servicios Laborales de PricewaterhouseCoopers. Profesora a tiempo parcial de pregrado y posgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Contrato a tiempo parcial: definición e implicancias laborales / 3. Horas extras: definición y características / 4. Posibilidad de realizar horas extras en el marco de un contrato a tiempo parcial / 5. Desnaturalización del contrato a tiempo parcial y sus consecuencias / 6. Análisis del caso concreto: Sentencia de vista recaída en el expediente N° 20001-2018-0-1801-JR-LA-07 / 7. Conclusiones.

1. Introducción

En noviembre de 2020, se emitió la sentencia de vista recaída en el expediente N° 20001-2018-0-1801-JR-LA-07, emitida por la Octava Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la cual se confirmó el extremo de la sentencia de primera instancia que declaró, entre otros, la desnaturalización del contrato a tiempo parcial celebrado entre el empleador y el trabajador demandante. Sobre el particular, la sentencia de vista justifica la desnaturalización en que el trabajador, en un mes determinado, había cumplido una jornada de trabajo mensual (105 horas) que excedía la jornada máxima mensual (96 horas) que un trabajador a tiempo parcial podía realizar.

Siendo así, la Sala indicó que, debido a la desnaturalización declarada, correspondía reconocer que, en realidad, existía una relación a plazo indeterminado entre el empleador y el trabajador, y, por tanto, correspondía que a este se le hiciera el pago de los beneficios sociales correspondientes, dentro de los cuales se encontraba la compensación por tiempo de servicios (CTS), beneficio que no se le había otorgado, en tanto contaba con un contrato a tiempo parcial.

A partir de lo resuelto por la sentencia de vista y, en su momento, por la sentencia de primera instancia, surgen ciertos cuestionamientos sobre si existe o no la posibilidad de realizar horas extras en el marco de un contrato a tiempo parcial y sobre qué lineamientos o exigencias deberían cumplir las mismas, de ser el caso. De igual manera, resulta pertinente evaluar cuándo se está ante un supuesto de desnaturalización del contrato a tiempo parcial, en relación con la jornada que debe cumplir el trabajador.

De este modo, con motivo del pronunciamiento judicial antes señalado, mediante el presente artículo, se realiza, en primer lugar, un análisis sobre qué se entiende por contrato a tiempo parcial en el ordenamiento jurídico peruano, y sus implicancias en cuanto a la jornada de trabajo y beneficios laborales. En segundo lugar, se desarrolla el concepto de horas extras y sus características, a fin de analizar, en tercer lugar, lo relacionado a la posibilidad de que los trabajadores a tiempo parcial puedan realizar horas extras. En cuarto lugar, se evalúan las situaciones en las que los contratos

a tiempo parcial se desnaturalizan y cuál es la consecuencia de dicha desnaturalización. Y, finalmente, se lleva a cabo un análisis del caso concreto materia de la sentencia de vista previamente referida, a fin de determinar si, en efecto, se trataba de un caso de desnaturalización o si, por el contrario, hubiera podido considerarse que se trataba de un supuesto de horas extras válidamente realizadas.

2. Contrato a tiempo parcial: definición e implicancias laborales

En lo que respecta a la definición del contrato a tiempo parcial, una referencia importante que permite delimitar la misma es el Convenio 175 de la Organización Internacional de Trabajo (en adelante, OIT), Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, adoptado en el año 1994 y cuya entrada en vigor se produjo en el año 1998. Si bien este convenio no ha sido ratificado por el Perú, cuenta con la calidad de recomendación para nuestro país. En ese sentido, resulta pertinente citar el artículo 1 de esta norma, que define al "trabajador a tiempo parcial" de la siguiente manera:

Artículo 1.- A efectos del presente Convenio:

(a) la expresión trabajador a tiempo parcial designa a todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable;

(b) la duración normal de la actividad laboral a la que se hace referencia en el apartado a) puede ser calculada semanalmente o en promedio durante un período de empleo determinado;

(c) la expresión trabajador a tiempo completo en situación comparable se refiere al trabajador a tiempo completo que:

(i) tenga el mismo tipo de relación laboral;

(ii) efectúe o ejerza un tipo de trabajo o de profesión idéntico o similar, y

(iii) esté empleado en el mismo establecimiento o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en ese establecimiento, en la misma empresa o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en esa empresa, en la misma rama de actividad que el trabajador a tiempo parcial de que se trate.
[...]

(El énfasis es añadido)

Como se observa, el Convenio 175 de la OIT permite definir al contrato a tiempo parcial como aquel por el cual el trabajador contratado labora una jornada menor a la que cumplen los trabajadores a tiempo completo en situación comparable y, además, señala que el cálculo de dicha jornada puede realizarse tomando en consideración un periodo de referencia semanal, mensual o, incluso, anual.

A diferencia de lo dispuesto por la norma previamente citada, la normativa nacional no cuenta con una definición expresa ni con alcances concretos sobre lo que se entiende por contrato o trabajador a tiempo parcial. Sin embargo, a partir de una interpretación integral del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR (en adelante, LPCL) y el Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo No. 001-96-TR (en adelante, RLFE), se puede determinar qué es, para el ordenamiento jurídico peruano, el contrato a tiempo parcial.

En efecto, sobre el particular, es preciso revisar lo dispuesto por el artículo 4 de la LPCL, así como por los artículos 11 y 12 del RLFE, los cuales se citan a continuación:

LPCL

Artículo 4.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo 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.

(El énfasis es añadido)

RLFE

Artículo 11.- Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor.

(El énfasis es añadido)

Artículo 12.- Se considera cumplido el requisito de cuatro (4) horas en los casos en que la jornada semanal del trabajador dividida entre seis (6) o cinco (5) días, según corresponda, resulte en promedio no menor de cuatro (4) horas diarias.

(El énfasis es añadido)

Como se observa, a partir de la sola lectura del artículo 4 de la LPCL, se podría concluir que el contrato a tiempo parcial es todo aquel que se celebra por debajo de la jornada a tiempo completo, puesto que la norma no hace referencia a un mínimo o máximo de horas y, además, indica que estos contratos pueden celebrarse "sin limitación alguna". Sin embargo, este dispositivo normativo debe leerse de manera conjunta con los artículos 11 y 12 del RLFE, los cuales permiten precisar que "no cualquier contrato por debajo de una jornada a tiempo completo califica como contrato a tiempo parcial, pues, para el ordenamiento jurídico peruano, es aquel que se celebra por debajo de las cuatro (4) horas de jornada diaria, la misma que se calcula dividiendo el total de horas trabajadas en la semana entre el número de días de jornada" (Oliva, 2020, pág. 11).

Ahora bien, si para la normativa laboral peruana los contratos a tiempo parcial son solo aquellos que regulan una jornada de menos de cuatro (4) horas diarias en promedio, ¿qué sucede con los contratos que, sin llegar a ser a tiempo completo¹, contemplan una jornada diaria de cuatro (4) horas o más en promedio? Al respecto, a partir de las normas previamente citadas, se puede concluir que estos contratos serán considerados, para efectos prácticos, como contratos a tiempo completo, aunque, propiamente, no califiquen como tales. Y, en consecuencia, en el marco de dichos contratos, se reconocerán todos los derechos que le corresponden a un trabajador a tiempo completo.

En ese sentido, la determinación de la jornada diaria en promedio y, por tanto, del tipo de contrato celebrado, permitirá determinar lo relacionado a la percepción de beneficios laborales por parte del trabajador, de acuerdo con lo dispuesto por la normativa laboral peruana. Así, si el trabajador ha celebrado con su empleador un contrato con una jornada diaria de cuatro (4) horas o más en promedio, será beneficiario de todos los derechos y/o beneficios laborales que les corresponde a los trabajadores a tiempo completo. Mientras que, si el trabajador ha celebrado un contrato con una jornada diaria de menos de cuatro (4) horas en promedio (es decir, un contrato a tiempo parcial), solo será beneficiario de los derechos y/o bene-

¹ La jornada a tiempo completo es aquella que se cumple de manera ordinaria en el centro de trabajo y que, usualmente, es equivalente a la jornada máxima.

ficios laborales cuya percepción no exija el cumplimiento de una jornada mínima de cuatro (4) horas diarias en promedio. En consecuencia, no tendrá derecho al pago de la compensación por tiempo de servicios (CTS)², al otorgamiento de treinta (30) días de vacaciones anuales³, al pago de la remuneración mínima vital (RMV)⁴ y tampoco contará con protección contra el despido arbitrario⁵, de conformidad con lo establecido por la normativa laboral vigente.

Cabe señalar que, a efectos de determinar si un contrato califica o no como uno a tiempo parcial, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 12 del RLFE, se deberá dividir la jornada semanal entre seis (6) o cinco (5) días, según corresponda. El resultado que se obtenga, que será equivalente a la jornada diaria promedio, permitirá determinar si al trabajador le corresponden todos los beneficios laborales de ley o si, por el contrario, algunos de ellos no le serían otorgados por ser un trabajador a tiempo parcial.

En conclusión, para el ordenamiento jurídico peruano los contratos a tiempo parcial son todos aquellos celebrados con una jornada diaria por debajo de las cuatro (4) horas en promedio y, por tanto, de acuerdo con las normas que regulan la materia, los trabajadores a tiempo parcial no serán beneficiarios de aquellos derechos cuya percepción esté sujeta a que cumplan una jornada mínima de cuatro (4) horas diarias en promedio.

Por el contrario, aquellos trabajadores que cumplan una jornada mínima

2 Artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (Decreto Supremo N° 001-97-TR): "Solo están comprendidos en el beneficio de la compensación por tiempo de servicios los trabajadores sujetos al régimen laboral común de la actividad privada que cumplan, cuando menos en promedio, una jornada mínima diaria de cuatro horas".

3 Artículo 12 del Decreto Legislativo No. 713: "Para efectos del récord vacacional se considera como días efectivos de trabajo los siguientes: a) La jornada ordinaria mínima de cuatro horas [...]".

Artículo 11 del Reglamento del Decreto Legislativo No. 713 (Decreto Supremo N° 012-92-TR: "Tienen derecho a descanso vacacional el trabajador que cumpla una jornada ordinaria mínima de cuatro (04) horas, siempre que haya cumplido dentro del año de servicios, el récord previsto en el Artículo 10 del Decreto Legislativo".

Con relación a las vacaciones, es preciso indicar que el Perú ha ratificado el Convenio No. 52 de la OIT, "Convenio relativo a las vacaciones anuales pagadas, 1936", cuyo artículo 2 dispone lo siguiente: "Toda persona a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, después de un año de servicio continuo, a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborables, por lo menos". En ese sentido, siendo que esta norma pasó a formar parte del ordenamiento jurídico peruano, los trabajadores a tiempo parcial no pueden dejar de gozar seis (6) días hábiles de vacaciones, como mínimo.

4 Artículo 3 de la Resolución Ministerial No. 091-92-TR: "Cuando por la naturaleza del trabajo o convenio, el servidor labore menos de cuatro (4) horas diarias, percibirá el equivalente de la parte proporcional de la Remuneración Mínima Vital establecida tomándose como base para este cálculo el correspondiente a la jornada ordinaria del centro de trabajo donde presta servicios. [...]".

5 Artículo 22 de la LPCL: "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 [...]".

de cuatro (4) horas diarias en promedio, calificarán como trabajadores a tiempo completo para el ordenamiento jurídico peruano, dado que les corresponde todos los beneficios laborales que se les otorga a estos últimos. En consecuencia, los contratos que establecen una jornada de cuatro (4) horas diarias o más en promedio deberán considerarse, para efectos prácticos, contratos a tiempo completo, a pesar de que, propiamente, no califican como tales.

De este modo, habiendo definido el contrato a tiempo parcial, por un lado, y las implicancias laborales del mismo, por otro, se procederá a desarrollar, en el siguiente acápite, lo relacionado a las horas extras, a fin de continuar con el análisis del caso en comento.

3. Horas extras: definición y características

Para efectos del presente artículo, resulta importante desarrollar lo relacionado a las horas extras (o labor en sobretiempos), las cuales se definen como aquellas horas de labor realizadas fuera de la jornada ordinaria y, conforme lo indica Américo Plá, tienen las siguientes características (1993, pág. 291):

- 1) Son la prolongación de la jornada normal.
- 2) No constituyen una prolongación prevista de antemano.
- 3) No se debe tratar de un puesto de trabajo distinto.

De esta manera, a partir de las características brindadas por el autor, se tiene que las horas extras configuran un tiempo de trabajo extraordinario o excepcional, el cual podrá ser realizado al inicio o al final de la jornada. Asimismo, su realización se origina por alguna necesidad empresarial que pueda surgir, puesto que no debe tratarse de una situación que haya sido prevista –por su misma calidad extraordinaria–, y, además, el trabajador deberá realizarlas en el marco de las funciones propias de su puesto de trabajo (Oliva, 2020, pág. 37). En caso las horas extras no cumplieran con ser extraordinarias, de acuerdo con Renato Mejía –quien cita a Alfredo Montoya–, sucedería que “las horas extraordinarias habituales (llamativa contradicción en los términos) serían en realidad una desnaturalización de la figura, a la que se recurriría más que para atender las necesidades anormales de la empresa, para eludir a la contratación de nuevos trabajadores” (2012, pág. 322).

En adición a los elementos previamente detallados, que caracterizan a las horas extras, es preciso indicar que estas también son de carácter voluntario para el trabajador, por lo que, si el empleador le exigiera realizar trabajo en sobretiempo, se "vulneraría el derecho a la libertad de trabajo" (Lizares, 2019, pág. 25). De este modo, en virtud del carácter voluntario mencionado, "es determinación del trabajador efectuarlas [las horas extras] o no", y, en consecuencia, deberá existir "libre acuerdo entre el trabajador y el empleador" para su ejecución (Arce, 2013, pág. 441).

Luego de haber definido brevemente qué son las horas extras, es importante indicar que, en el Perú, tanto estas como las consecuencias de su realización se encuentran reguladas en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR; y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2002-TR. Estas normas establecen, entre otros aspectos, que la realización de horas extras genera el derecho a un pago adicional que compense dicha labor. De esta manera, se regula el pago de una sobretasa del 25% por las primeras dos (2) horas trabajadas en exceso, del 35% a partir de la tercera hora extra en adelante y del 100% a todas las horas trabajadas en sobretiempo cuando el trabajador demuestre que fue obligado a laborarlas, es decir, cuando la labor no fue voluntaria (esta sobretasa se regula como una indemnización en favor del trabajador).

No obstante, dichos cuerpos normativos no regulan límite alguno para la realización de las horas extras, por lo que, en principio, podrían realizarse de forma regular. Al respecto, coincidiendo con Elmer Arce, "[a] pesar de que nuestra legislación tiene claro que el trabajo en sobretiempo es excepcional o extraordinario, resulta llamativo que no imponga límites cuantitativos. Y ello permite que el empresario pueda recurrir a las horas extras, por supuesto con aceptación del trabajador, todas las veces que quiera" (2013, pág. 443). Así, siendo que no existe un límite para para el trabajo en sobretiempo, podrían generarse supuestos en los que el uso de horas extras resulte abusivo.

4. Posibilidad de realizar horas extras en el marco de un contrato a tiempo parcial

En función de lo desarrollado en el punto anterior, es decir, considerando que las horas extras son, por definición, extraordinarias o excepcionales y que surgen a partir de una necesidad empresarial imprevista, las mismas podrían ser llevadas a cabo en el marco de un contrato a tiempo parcial, siempre que se cumplan dichas condiciones.

Sobre el particular, es preciso indicar que la legislación española no permite la realización de horas extras (llamadas, en dicho ordenamiento, "horas extraordinarias") por parte de los trabajadores a tiempo parcial, salvo en situaciones de siniestro o daños extraordinarios y urgentes⁶. Sin embargo, en virtud de lo previamente indicado, las horas extras pueden resultar necesarias en el marco de las actividades propias de la empresa o centro de labores, sin que se trate, necesariamente, de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. Por ejemplo, ello sucedería en un caso en el que se requiera la producción de un determinado producto ante una alta demanda coyuntural del mismo o en una situación en que se tenga la necesidad de atender un evento social programado, debido a la inasistencia del personal designado para la atención del mismo. Es por ello que sí debería permitirse y, por ende, considerarse válida la labor en sobretiempo por parte de un trabajador a tiempo parcial.

Cabe indicar que, sin perjuicio de lo previamente afirmado, la posibilidad de llevar a cabo labores en sobretiempo no debería ser irrestricta. Por el contrario, resulta necesario que se cuente con límites establecidos para la realización de horas extras, a fin de evitar que se generen situaciones de abuso, pues el empleador podría utilizar la figura del contrato a tiempo parcial para su propio beneficio (ahorro de costos laborales), contratando a un trabajador para que, de conformidad con el contrato de trabajo, labore menos de cuatro (4) horas diarias en promedio -y, así, se evite el acceso a ciertos beneficios laborales-, pero que, en los hechos, realice horas extras de forma diaria, lo cual calificaría como una contratación fraudulenta.

Con relación a lo anterior, es preciso indicar que, independientemente de los límites normativos que puedan establecerse, la realización de horas extras se encuentra "sujeta a dos limitaciones importantes: al principio de proporcionalidad y a la definición del trabajo a tiempo parcial" (Ginès, 2013, pág. 93), que califican como límites sustanciales. Sobre el principio de proporcionalidad, este implica que las horas extras realizadas por el

6 Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Artículo 12.- Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo

[...]

4. El contrato a tiempo parcial se regirá por las siguientes reglas:

[...]

c) Los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos a los que se refiere el artículo 35.3.

Artículo 35.- Horas extraordinarias

[...]

3. No se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias.

trabajador guarden proporción y, por ende, razonabilidad con las horas de jornada ordinaria a tiempo parcial que realiza de manera regular. De esta manera, "si un trabajador labora tres horas y media (3.5) diarias, es decir, una jornada ordinaria de 17.5 horas semanales, sería razonable que labore, como máximo, entre el 10% y el 15% de dicho total en sobretiempo -por ejemplo-, pudiendo hacer entre 1.8 y 2.6 horas extras en total a la semana" (Oliva, 2020, págs. 38-39). Ello siempre que cumpla con las condiciones ya mencionadas.

Por su parte, la limitación relacionada con la definición del trabajo a tiempo parcial se encuentra íntimamente ligada a la limitación anterior, ya que lo que busca es que el trabajo en sobretiempo realizado no traiga consigo una desconfiguración o desnaturalización del contrato a tiempo parcial celebrado, es decir, que la jornada de trabajo no pierda su calidad de "a tiempo parcial". Por este motivo, no se debería permitir una realización de horas extras tal que lleve a que el contrato pase a ser, en los hechos, uno a tiempo completo, de acuerdo con lo que se explicará en el siguiente acápite.

5. Desnaturalización del contrato a tiempo parcial y sus consecuencias

Dada la posibilidad de realizar horas extras en el marco de un contrato a tiempo parcial, tal como se detalló en el punto anterior, podrían presentarse situaciones en las cuales esta contratación sea empleada a fin de burlar la normativa laboral. En efecto, si se contratara a un trabajador a tiempo parcial con una jornada menor a cuatro (4) horas diarias en promedio, pero, en los hechos -y en contraposición a la naturaleza extraordinaria de las horas extras-, dicho trabajador realiza labor en sobretiempo con regularidad (verbigracia, todos o casi todos los días o en una significativa proporción de forma semanal), se estaría incurriendo en un supuesto de fraude a la ley, ya que se ha utilizado una figura jurídica válida (contrato a tiempo parcial) para evadir los efectos jurídicos de otra situación jurídica (labor a tiempo completo)⁷. Ello considerando que, de acuerdo con lo dispuesto por la normativa laboral peruana, si se realiza una jornada de cuatro (4) o más horas diarias en promedio, el trabajador debería recibir todos los beneficios laborales que le corresponde a un trabajador a tiempo completo. Sin embargo, en el supuesto planteado, no sería beneficiario de ciertos derechos (compensación por tiempo de servicios, 30 días de vacaciones, remuneración mínima vital y protección contra el despido arbitrario) por estar contratado a tiempo parcial.

⁷ De acuerdo con Espinoza, el fraude a la ley se produce cuando se realiza "un acto que se ampara en una "norma de cobertura", para evadir los efectos de una norma imperativa, denominada "norma defraudada" (2004, pág. 246).

Cabe indicar que este fraude se produce independientemente de que el empleador cumpla con efectuar el pago de la sobretasa correspondiente a las horas extras laboradas, ya que el pago realizado no repara la afectación producida a la naturaleza de la jornada.

Un ejemplo de lo previamente indicado sería el siguiente:

Jornada de trabajo:	17.5 horas semanales / 3.5 horas diarias
Días de trabajo:	Cinco (5) días – De lunes a viernes
Horas extras realizadas	Dos (2) horas por tres días (c/u)

Si se suma el total de seis (6) horas extras realizadas a la jornada semanal de 17.5 horas, se tiene un total de 23.5 horas laboradas en la semana y, por ende, una jornada de 4.7 horas diarias en promedio (resultado de dividir 23.5 horas entre 5 días), jornada que excede las cuatro horas diarias en promedio y, por tanto, de acuerdo con la normativa laboral peruana, debería otorgar al trabajador todos los beneficios que corresponden a un contrato a tiempo completo.

En ese sentido, si se produce una situación como la descrita y, más aún, si sucede de manera regular, se observa con claridad el fraude a la ley producido, puesto que el empleador se habría valido de un contrato a tiempo parcial para contratar a un trabajador con beneficios reducidos, buscando encubrir una relación a la que –conforme se aprecia de los hechos– le corresponderían los beneficios de una jornada a tiempo completo. Así, de acuerdo con lo expresado por Anna Ginès, si bien el empleador, en este tipo de casos, con la posibilidad del trabajo en sobretiempo, “consigue una mayor disposición del tiempo de trabajo para adaptarlo a las necesidades organizativas o productivas de la empresa, [...] por el contrario, esta mayor flexibilidad y disponibilidad [...] generan una mayor precariedad de los trabajadores a tiempo parcial” (2013, págs. 105-106).

Debe señalarse, sin embargo, que, para que el fraude se configure, es necesario que las horas extras se hayan realizado sin que se cumplan las condiciones para ello, es decir, i) que no se haya tratado de una situación extraordinaria o excepcional y ii) que dicha situación no haya surgido a partir de una necesidad empresarial imprevista. En el caso planteado, dada la cantidad de días en los que se producen las horas extras, parece no tratarse de una situación extraordinaria ni imprevista, o, en todo caso, solo las dos primeras horas extras podrían cumplir con ello, motivo por el cual sí se habría configurado el fraude señalado.

Ahora bien, ¿cuál es la consecuencia de un fraude relacionado a la jornada en el marco de un contrato a tiempo parcial? La respuesta es la siguiente: la desnaturalización del contrato a tiempo parcial, específicamente, de la jornada a tiempo parcial. En ese sentido, la jornada laboral del trabajador pasaría a ser alguna de las siguientes:

- 1) Jornada de cuatro o más horas diarias en promedio, en caso la jornada diaria promedio no alcance a ser equivalente a la jornada a tiempo completo; o
- 2) Jornada a tiempo completo, en caso las horas extras hubieran llevado a que la jornada del trabajador se equipare con esta.

Y, como consecuencia, en cualquiera de los dos supuestos, tal como se desprende de lo desarrollado en el acápite II, al trabajador que fue contratado a tiempo parcial de forma fraudulenta se le deberá otorgar todos los beneficios que le corresponde a un trabajador a tiempo completo, así como los reintegros respectivos por los conceptos no abonados desde el inicio de la relación laboral.

Dicho ello, a partir de todo lo previamente desarrollado, se procederá a realizar, en el siguiente acápite, el análisis del caso concreto que es objeto del presente trabajo.

6. Análisis del caso concreto: Sentencia de vista recaída en el expediente N° 20001-2018-0-1801-JR-LA-07

El caso materia de análisis en el presente artículo (Exp. N° 20001-2018-0-1801-JR-LA-07) se trata de un proceso laboral mediante el cual el trabajador demandante solicitó lo siguiente:

- 1) Que se declare la desnaturalización del contrato a tiempo parcial.
- 2) Que se paguen las horas extras diurnas.
- 3) Que se paguen beneficios sociales: gratificaciones de julio y diciembre, compensación por tiempo de servicios, vacaciones y utilidades.
- 4) Que se paguen los derechos accesorios como son intereses legales y financieros, y costas y costos del proceso.

En primera instancia, el Séptimo Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima declaró fundada en parte la demanda, declarando fundada, entre otros, la desnaturalización del contrato de trabajo a tiempo parcial y

el pago de beneficios sociales. En segunda instancia, mediante la sentencia de vista materia de comentario en el presente trabajo, la Octava Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Lima confirmó la sentencia de primera instancia en el extremo que declaró fundada en parte la demanda, motivo por el cual se confirmó la desnaturalización del contrato a tiempo parcial que fuera declarada y el pago de los beneficios sociales correspondientes.

Al respecto, a fin de sustentar la desnaturalización del contrato a tiempo parcial, la Sala reafirmó el hecho contenido en la sentencia de primera instancia referido a que el trabajador demandante, en el mes de setiembre de 2012, había cumplido con una jornada de trabajo de 105 horas mensuales, que excedía la jornada máxima de 96 horas mensuales que podía realizar un trabajador a tiempo parcial. Siendo así, se indicó que, debido a la desnaturalización declarada, el trabajador sostenía, en realidad, una relación a plazo indeterminado con el empleador y, por tanto, correspondía que se le hiciera el pago de los beneficios sociales correspondiente, incluyendo el pago por concepto de compensación por tiempo de servicios (CTS), el cual no se le había otorgado por contar con un contrato a tiempo parcial.

A partir de lo previamente indicado, surgen diversos aspectos que deben ser analizados con relación a lo decidido en el proceso sobre el contrato a tiempo parcial celebrado entre el empleador y el trabajador demandante, cuya evaluación será realizada sobre la base de los temas tratados en los acápites anteriores. Dichos aspectos son los siguientes:

a. Realización de horas adicionales a la jornada de trabajo a tiempo parcial y consecuencias

Tal como fuera señalado en el acápite IV del presente trabajo, sí es posible y, por ende, sí resulta válido que se realicen horas extras en el marco de un contrato a tiempo parcial, siempre que estas horas surjan de una necesidad empresarial imprevista y sean de carácter extraordinario o excepcional. Lo contrario –es decir, si no se cumplen estas condiciones– traería como consecuencia la desnaturalización de la jornada a tiempo parcial.

Al respecto, es importante recordar que, sin perjuicio de las condiciones indicadas, la realización de horas extras se encuentra sujeta a límites, que son el principio de proporcionalidad y la definición del trabajo a tiempo parcial. Por tanto, la cantidad de horas extras no debería ser tal que califique como "irrazonable" respecto del total de horas de jornada que cumple el trabajador, pues, de ser así, las horas extras perderían su carácter extraordinario y, por tanto, se incurriría en un supuesto de desnaturalización del contrato a tiempo parcial.

En el caso concreto, a partir de lo señalado por la Sala en la sentencia de vista, la desnaturalización de la jornada a tiempo parcial se sustentó en que el trabajador realizó un total de 105 horas de jornada en el mes de setiembre de 2012, es decir, nueve (9) horas por encima de la jornada mensual máxima que pudo haber realizado el trabajador en su calidad de trabajador a tiempo parcial (96 horas)⁸ -en este caso, considerando que el trabajador laboraba de lunes a sábado-. En efecto, sobre el particular, la Sala señaló lo siguiente:

VIGÉSIMO SÉTIMO: [...] Con ello, al advertir que dentro del mes de setiembre de 2017 [2012] se ha laborado sobrepasando las 96 horas máximas establecidas para el contrato a tiempo parcial; se aprecian elementos objetivos para poder determinar la causal de desnaturalización del contrato a tiempo parcial sujeto al régimen laboral de la actividad privada previsto en el Decreto Legislativo N° 728, pues el trabajador ha sobrepasado una jornada menor a las 4 horas diarias o el promedio semanal.

(El énfasis es añadido)

Ahora bien, es preciso indicar que, en esta sentencia, la Sala no realizó mayor ahondamiento sobre el tema, ya que se sustentó la decisión de confirmar la sentencia en este extremo, únicamente, en las horas en exceso realizadas en el mes de setiembre de 2012. En ese sentido, se podría pensar que la Sala no realizó un adecuado análisis de la situación, dado que un total de nueve (9) horas en exceso realizadas en un solo mes podría calificar como una situación en la cual se tuvo la necesidad de realizar horas extras. Mas aún considerando que las nueve (9) horas no representan ni el 10% del total de horas que, como máximo, debió laborar, en el mes, el trabajador y que no se ha presentado el detalle de los días en los cuales se realizaron dichas horas extras. Es decir, se trata de una cantidad que podría cumplir con el principio de proporcionalidad y, por tanto, no desconfiguraría -en principio- el contrato a tiempo parcial, de acuerdo con lo indicado en el punto IV del presente trabajo.

Sin embargo, si bien la Sala no lo menciona en la sentencia de vista, la sentencia de primera instancia contiene el detalle de las horas laboradas por el trabajador desde setiembre de 2012 hasta julio de 2017 -obtenido de sus respectivas boletas de pago- y se observa que, del total de 64 meses comprendido en este periodo, el trabajador laboró, en 24 meses distintos,

⁸ Es importante precisar que la jornada mensual máxima de un trabajador a tiempo parcial que labora seis (6) días a la semana debería ser menor a 96 horas, dado que, a la semana, debería realizar menos de 24 horas, es decir, menos de cuatro (4) horas diarias en promedio —conforme a lo dispuesto por la normativa laboral vigente—.

más de 96 horas al mes. Esta situación, a diferencia del caso aislado suscitado en el mes de setiembre de 2012, sí genera una situación evidente de desnaturalización del contrato de trabajo a tiempo parcial, dado que, en los 24 meses antes indicados, el trabajador cumplió una jornada diaria de más de cuatro (4) horas en promedio y, por tanto, se puede concluir que la contratación realizada fue fraudulenta. Como consecuencia de este fraude, el trabajador en cuestión debió, desde el inicio, percibir todos los beneficios que le corresponde a un trabajador a tiempo completo. En ese sentido, fue correcto que, en el presente caso, el juzgado declarara fundada la demanda respecto de la desnaturalización del contrato a tiempo parcial y que la Sala lo confirmara.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe preguntarse qué habría correspondido realizar en el supuesto de que el trabajador solo hubiera laborado horas en exceso en el mes de setiembre de 2012. En este caso, habría sido pertinente evaluar el motivo de la prestación de servicios adicional (entiéndase, en exceso a la jornada de trabajo), a fin de poder determinar si calificaba como horas extras válidas y, por tanto, no desnaturalizaba la jornada a tiempo parcial, o si, por el contrario, se trataba de un supuesto de fraude.

Es importante recalcar que pueden presentarse supuestos en los cuales resulte justificado y, por ende, válido realizar horas extras, con motivo de una necesidad empresarial imprevista y, por ende, extraordinaria. En el caso concreto, considerando que el trabajador era un profesor universitario, si solo hubiera llevado a cabo trabajo en sobretiempo en el mes de setiembre de 2012, podía haberse debido, por ejemplo, a la necesidad de cubrir la ausencia de otro profesor por enfermedad. En consecuencia, habría resultado necesario que se lleve a cabo una evaluación exhaustiva de los motivos que dieron lugar a las horas en exceso laboradas.

b. Jornada máxima mensual a tiempo parcial

En lo que respecta a la jornada máxima mensual que un trabajador a tiempo parcial con una jornada menor a cuatro (4) horas diarias puede realizar, es preciso indicar que el cálculo debe realizarse considerando la jornada semanal que cumple; en particular, tomando en cuenta el número de días de trabajo.

Tal como se mencionó en el acápite II, el artículo 12 del RLFE establece que, a efectos de determinar el número de horas diarias en promedio que labora el trabajador, el cálculo debe llevarse a cabo dividiendo la jornada semanal "entre seis (6) o cinco (5) días, según corresponda". En ese sentido, dependiendo de si el trabajador labora cinco (5) o seis (6) días a la semana, la jornada máxima que puede realizar mensualmente variará.

Al respecto, es relevante reiterar que, de acuerdo con lo establecido por la normativa laboral peruana, la jornada a tiempo parcial es aquella en la cual el trabajador cumple una jornada diaria menor a cuatro (4) horas diarias, ya que, a partir de las cuatro (4) horas diarias en promedio de jornada, el trabajador deberá percibir todos los beneficios que le corresponden a un trabajador a tiempo completo. De este modo, en virtud de lo indicado, el trabajador a tiempo parcial podría laborar, como máximo, 3.59 horas al día en promedio.

Tomando en cuenta esta precisión, a efectos de determinar la jornada máxima mensual que podría cumplir un trabajador a tiempo parcial, deberá realizarse el siguiente cálculo:

- Si el trabajador labora cinco (5) días a la semana:

$$3.59 \text{ (horas)} \times 5 \text{ (días)} \times 4 \text{ (semanas)} = 79.40 \text{ horas al mes}$$

- Si el trabajador labora seis (6) días a la semana:

$$3.59 \text{ (horas)} \times 6 \text{ (días)} \times 4 \text{ (semanas)} = 95.36 \text{ horas al mes}$$

Siendo así, este aspecto debe ser considerado por el juez a fin de determinar la jornada máxima que debe cumplir o debería haber cumplido el trabajador a tiempo parcial.

En el caso concreto de la sentencia analizada, se tiene que el trabajador tenía un contrato a tiempo parcial que regulaba una jornada de lunes a sábado, es decir, de seis (6) días a la semana. Es por este motivo que se indicó que el trabajador en cuestión solo podía trabajar un máximo de 96 horas, el cual fue excedido en el mes de setiembre de 2012, ya que laboró un total de 105 horas. Al respecto, la lógica utilizada por Sala es correcta, conforme con lo previamente señalado; sin embargo, es importante precisar que el máximo que el trabajador podía laborar al mes no era 96 horas, sino 95.36. Si bien esta precisión puede parecer no sustancial, resulta fundamental, dado que, a partir de las 96 horas indicadas, el trabajador ya cumpliría una jornada laboral de cuatro (4) horas en promedio al día y, en consecuencia, le corresponderían todos los beneficios que se le otorga a un trabajador a tiempo completo, conforme se estipula en el artículo 11 del RLFE.

c. Consecuencia de la desnaturalización del contrato a tiempo parcial

Finalmente, un punto relevante a ser analizado es la consecuencia de la desnaturalización declarada tanto en primera como en segunda instancia. Con respecto a este tema, es importante explicar que los contratos pueden ser celebrados a plazo indeterminado o sujetos a modalidad (a plazo

fijo), dependiendo de si se trata de actividades permanentes o temporales, respectivamente. Y, dependiendo de la jornada que se establezca, tanto los contratos a plazo indeterminado como los a plazo fijo pueden ser celebrados a tiempo completo o a tiempo parcial.

Tabla N° 1: Tipología de los contratos de trabajo

Criterio	Tipo de contrato			
Por su temporalidad	Contrato a plazo indeterminado		Contrato sujeto a modalidad	
Por la jornada	A tiempo completo	A tiempo parcial	A tiempo completo	A tiempo parcial

De este modo, ante un supuesto de desnaturalización de los contratos a tiempo parcial en los que se regule una jornada diaria menos a cuatro (4) horas en promedio –como sucedió en el caso materia de la sentencia que se viene analizando-, la consecuencia será que este contrato sea considerado como uno a tiempo completo, pues, de acuerdo con la normativa laboral peruana, si el trabajador cumple con una jornada de cuatro (4) o más horas diarias en promedio, le corresponde recibir todos los beneficios que se le otorga a un trabajador a tiempo completo.

A pesar de lo previamente indicado, se observa que, tanto en la sentencia de primera instancia como en la sentencia de vista, al declararse la desnaturalización del contrato a tiempo parcial, se ordena reconocer la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado bajo el régimen laboral de la actividad privada con el trabajador. En efecto, en la sentencia de primera instancia se indica lo siguiente:

15. Por tanto, se ha acreditado que el actor prestó servicios por más de 4 horas diarias; consiguientemente, su contratación se ha desnaturalizado, de manera que debe ser considerado como contrato a plazo indeterminado desde el 01 setiembre de 2012 hasta el 13 de noviembre de 2017 [...]

(El énfasis es añadido)

Sin embargo, la consecuencia declarada por el juzgado y por la Sala es incorrecta, pues un contrato deberá ser considerado a plazo indeterminado cuando se desnaturaliza la temporalidad del mismo, es decir, cuando un contrato sujeto a modalidad (a plazo fijo) no cuenta con la causa objetiva que justifica la contratación temporal, y no cuando se desnaturaliza la jor-

nada a tiempo parcial. Como se indicó anteriormente, cuando esto último sucede, la consecuencia deberá ser que el contrato sea declarado como "a tiempo completo" para efectos de los derechos laborales que le corresponden al trabajador.

Cabe indicar que, en el caso concreto, el trabajador contaba con un contrato suscrito a plazo indeterminado y a tiempo parcial, de conformidad con lo indicado en la sentencia de primera instancia:

9. En el presente caso, de la revisión el Acta de Infracción [...], se aprecia que en el punto III. Hechos verificados. numeral 3. se deja constancia el sujeto inspeccionado exhibió un contrato de trabajo a plazo indefinido a tiempo parcial celebrado con el referido docente será de lunes a sábado e implicará una labor efectiva que en promedio será inferior a las 24 horas cronológicas en cómputo semanal/mensual incluyendo horas lectivas y no lectivas [...]

En ese sentido, tanto el juzgado como la Sala debieron ordenar que se reconozca la existencia de un contrato a tiempo completo con el trabajador, pues le correspondía percibir los derechos respectivos. Ahora bien, a pesar de esta inexactitud con relación a la consecuencia de la desnaturalización producida, es importante señalar que tanto el juzgado como la Sala sí ordenaron el pago de los beneficios laborales que le correspondían al trabajador (es decir, aquellos que se les otorga a los trabajadores a tiempo completo).

7. Conclusiones

- 1) El ordenamiento jurídico peruano no regula una definición del contrato a tiempo parcial. Sin embargo, a partir de una lectura integral de las normas sobre la materia, se puede concluir que el contrato a tiempo parcial es todo aquel que establece una jornada de menos de cuatro (4) horas diarias en promedio.
- 2) Los trabajadores a tiempo parcial serán beneficiarios de los derechos y/o beneficios laborales cuya percepción no exija el cumplimiento de una jornada mínima de cuatro (4) horas diarias en promedio. Por el contrario, aquellos trabajadores que cumplan una jornada diaria de cuatro (4) horas o más en promedio tendrán derecho a percibir todos los beneficios laborales que les corresponde a los trabajadores a tiempo completo.
- 3) Las horas extras deben ser extraordinarias y sustentarse en una necesidad empresarial imprevista. Estas pueden realizarse en el marco de un contrato a tiempo parcial, siempre que se cumplan estas condiciones.

- 4) Las horas extras dentro de un contrato a tiempo parcial están sujetas a dos limitaciones: al principio de proporcionalidad y a la definición del trabajo a tiempo parcial. En consecuencia, la cantidad de horas extras a realizarse no debe ser excesiva ni irrazonable, a fin de que no genere una desconfiguración o desnaturalización del contrato a tiempo parcial.
- 5) Dada la posibilidad de realizar horas extras en el marco de un contrato a tiempo parcial, podrían presentarse situaciones en las cuales esta contratación sea empleada a fin de burlar la normativa laboral. Ello sucede si se realizan horas extras con regularidad, siempre que estas horas no cumplan con ser extraordinarias o excepcionales y no hayan surgido de una situación de necesidad empresarial imprevista.
- 6) La consecuencia de un fraude relacionado a la jornada en el marco de un contrato a tiempo parcial es la desnaturalización de dicho contrato, específicamente, de la jornada a tiempo parcial. Por lo tanto, al trabajador que fue contratado a tiempo parcial de forma fraudulenta se le deberá otorgar todos los beneficios que le corresponde a un trabajador a tiempo completo.
- 7) Si bien en el caso resuelto por la sentencia de vista sí se produjo una contratación fraudulenta y, por ende, se incurrió en un supuesto de desnaturalización del contrato a tiempo parcial (por excesos en la jornada), se pueden presentar supuestos en que las horas extras realizadas sí sean válidas, por lo que será pertinente que, en cada caso, se evalúe el motivo de la prestación de servicios adicional.
- 8) La jornada máxima diaria en promedio que puede realizar un trabajador a tiempo parcial es de 3.59 horas.
- 9) Considerando lo anterior, la jornada máxima mensual que puede cumplir un trabajador a tiempo parcial será de 79.40 horas, en caso realice una jornada de cinco (5) días, o de 95.36 horas, si labora seis (6) días a la semana.
- 10) La consecuencia de la desnaturalización del contrato a tiempo parcial es que este pase a ser uno a tiempo completo y no un contrato a plazo indeterminado (esta última consecuencia aplica cuando se produce una desnaturalización del contrato sujeto a modalidad).

8. Referencias bibliográficas

Libros y artículos

ARCE E. (2013). Derecho individual del trabajo en el Perú: Desafíos y deficiencias (Segunda edición ed.). Lima: Palestra.

ESPINOZA, J. (2004). Abuso del derecho, fraude a la ley y apariencia: ¿principios que ayudan o confunden al operador jurídico? En F. Escobar, L. León, R. Morales, & E. & Palacion, Negocio jurídico y responsabilidad civil (págs. 243-262). Lima: Grijley.

GINÉS, A. (2013). Contrato para la formación y el aprendizaje y contrato a tiempo parcial. En S. Del Rey (Director), La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema (págs. 63-122). Madrid: La Ley.

LIZARES, M. (2019). Horario de trabajo y horas extras. Lima: Gaceta Jurídica.

MEJÍA, R. (2012). La regulación del tiempo de trabajo. *Ius et veritas*(45), 310-323.

OLIVA, M. (2020). El contrato a tiempo parcial en el Perú. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/17919/OLIVA_CASTRO_MARISOL%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y

PLA, A. (1993). Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados en Uruguay. En N. De Buen (Coordinador), Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados (págs. 269-412). México: Editorial Porrúa.

Normas legales

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (1996, 24 de enero). Decreto Supremo N° 001-96-TR. Por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (1997, 21 de marzo). Decreto Supremo N° 003-97-TR. Por el cual se aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (2015, 23 de octubre). Real Decreto Legislativo 2/2015. Por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Respeto a la dignidad y acoso laboral*

Luz Imelda Pacheco Zerga**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La dignidad / 2.1. ¿Qué es la dignidad humana? / 2.2. Una consecuencia del respeto a la dignidad / 2.3. Consecuencias del respeto a la dignidad en el ámbito laboral / 2.4. Respeto a la dignidad humana / 2.5. Tribunal Constitucional ante la dignidad y el acoso / 2.6. El trabajo en el orden jurídico / 3. Acoso / 3.1. Finalidad del acoso / 3.2. Tipos de acoso / 3.3. Normas / 3.4 Acoso sexual.

1. Introducción

La defensa y el respeto hacia una persona no debe de ser indiferente ni mucho menos menospreciado en la sociedad porque todos merecemos un trato diferenciado, de acuerdo con nuestros derechos. La justicia no consiste en un falso igualitarismo, sino en dar a cada uno lo que le pertenece, reconociendo la igual dignidad y el debido respeto a todo ser humano, sin discriminación alguna.

Evitar el acoso y promover el respeto a la dignidad en el ámbito laboral son esenciales para lograr un ambiente adecuado, que facilite el trato respetuoso a nivel horizontal y vertical. A continuación, se analizará qué significa la dignidad humana y qué consecuencias se siguen a su respeto. Con ese

*Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Laboral, Procesal Laboral y su Desarrollo Jurisprudencial organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 21 al 24 de marzo del 2022.

**Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra – España. Ha sido profesora visitante del Programa Máster/Doctorado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, del Programa de Doctorado en Derecho a través de la Jurisprudencia en la Universidad Rey Juan Carlos. Así mismo, Máster Oficial de Relaciones Laborales (Derecho del Empleo) del Departamento de Derecho del Trabajo por la misma casa de estudios. Actualmente, es Vocal Del Tribunal Nacional de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral- SUNAFIL y Profesora Ordinaria Principal de Derecho del Trabajo y de Argumentación Jurídica en la Universidad de Piura.

marco conceptual se expondrá lo que significa el acoso y la regulación del acoso que ahora rige en el Perú por la ratificación del Convenio 190 de la Organización Internacional de Trabajo (O.I.T.).

2. La dignidad

El art. IV de la Ley 29497 establece que los jueces laborales deben interpretar y aplicar las normas —en continuidad con los previsto en la Cuarta Disposición Final de la Constitución—. “con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley”.

El respeto a la dignidad humana, podemos afirmar, es lo que da unidad a nuestra carta magna. Algo similar ocurre con las demás constituciones occidentales, ya que son la respuesta en cadena, a la firma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que se realizó en 1948. Los horrores de la Segunda Guerra Mundial, en la que se vulneraron los derechos fundamentales de personas de raza judía o discapacitados de cualquier raza, que dio lugar al Holocausto.

La Constitución Política del Perú, en su primer artículo, declara que

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.

Por tanto, es fundamental preguntarnos: ¿Qué se entiende por dignidad? ya que dentro de la sociedad en aras de la “dignidad” existen planteamientos absolutamente contradictorios y controversiales: hay quienes en nombre de la dignidad defienden el aborto libre y quienes, en su nombre, lo condenan. , Otros alegan que la eutanasia debe legalizarse y sus detractores, entienden que es justamente ese respeto, el que debe llevar a respetar toda vida humana y aliviar sus sufrimientos, pero sin privarlos de ese derecho fundamental. Por eso, durante la vida universitaria se debe encontrar espacios para analizar con profundidad y sentido crítico este concepto, para tener elementos que permitan concluir cuál es el verdadero sentido de la dignidad.

Si revisamos la historia comprobamos que si bien el concepto de dignidad humana fue revalorizado con la Declaración de los Derechos Humanos; sin embargo, el ser humano ha tenido siempre conciencia de su especial estatuto frente a los demás seres vivos. Muestra de ello es la poesía didáctica del griego Hesíodo (s. VIII a.c) quien enseñaba:

{p}resta atención a la justicia y olvida por completo la violencia. Pues el Crónida puso esta norma para los hombres, peces, fieras y pájaros voladores, comerse unos a otros, puesto que no hay justicia en ellos, pero a los hombres les dio justicia que es más provechosa; pues si alguien, una vez que las conoce, quiere proclamar las cosas justas, a ese Zeus, de amplia mirada, le da felicidad, pero quien en sus testimonios se engañe perjurando voluntariamente y al mismo tiempo dañando a Dike “{la justicia}, se extravía de manera incurable.

La cultura griega, antes de la llegada de Cristo, fue la más desarrollada y de hecho la cultura occidental es esa simbiosis de la cultura helénica, con la romana con el cristianismo, que proclamó la igual dignidad de todos los seres humanos, sin distinción de raza, linaje, sexo, etc.

A partir del Siglo I de nuestra era, empezó a cambiar la sociedad; tan es así que empezó la manumisión de esclavos y, con ella, el inicio del trabajo libre, que antiguamente era realizado por los esclavos.

Ahora bien, en el comportamiento del ser humano existe una característica especial que es respetar la justicia, entendida como dar a cada uno lo que le corresponde y no dar a todos por igual. De igual manera, el deber que tiene el ser humano es de dialogar para llegar a un entendimiento.

2.1. ¿Qué es la dignidad humana?

El ser humano desde siempre ha tomado conciencia de su diferencia con los animales y plantas, pero también es indiscutible que existe cierta semejanza porque se trata de seres vivos, es decir, que los tres tipos de seres, tienen un principio interno de animación que Aristóteles y los griegos llamaban “ánima”, que es el principio de vida, el cual se conoce según las operaciones que puedan hacer esos seres en los tres grados de vida: vegetativa, sensitiva e intelectual.

El ser humano, a diferencia de los animales es capaz de conocer el fin de su existencia, reflexionar sobre sus propios actos, plantearse dónde existe la felicidad, porque todos nacemos con esa inquietud: es una meta que se pone cada persona, que la lleva a elegir los medios para alcanzarla.

Apreciamos también que el ser humano es dialógico porque no es capaz de llegar a su plenitud en soledad: necesita de los demás. La persona no sólo está abierta a los demás, sino que es capaz de ordenar sus instintos, trazando una diferencia clara con los animales, que no pueden razonar: actúan por la fuerza del instinto. Es menester recalcar que, tal como enseñaba Hesiodo, lo propiamente humano es reconocer la igual dignidad, el

respeto mutuo y actuar en base a la justicia (*reconociendo lo mío, lo tuyo y lo suyo*), que lleva a prohibir los tratos inhumanos, aunque se trate de asesinos y delincuentes.

Llegamos así a la diferencia entre la dignidad "ontológica" y la dignidad "moral"; es decir, nacemos como seres humanos (dignidad ontológica) por lo que merecemos respeto, pero para actuar como tales; es necesario "humanizarse"; es decir, educarse para conocer cuál es la conducta verdaderamente humana (dignidad moral y ejercitarse en ella). En cualquier caso, por más inmoral que sea el actuar de una persona, no por ello deja de ser humana y no se le puede tratar como si fuera un animal o una planta |.

Ahora bien, ¿cómo se puede determinar qué comportamientos son correctos y cuáles no? Los parámetros los encontramos en la moral objetiva que establece la Constitución, que nos llevan a concluir que el ser humano es sujeto de derecho por ser capaz de distinguir entre lo mío, lo tuyo y lo nuestro, e identificar cuáles son sus derechos y sus deberes.

Los animales, en cambio, tienen derechos en sentido analógico y no propio (porque no distinguen entre deberes y derechos). Sin embargo, se debe remarcar que es indigno del ser humano maltratar a un animal, trayendo a colación lo estipulado en la Ley 30407:

El que comete actos de crueldad contra un animal doméstico o silvestre, o los abandona, es reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, con cien a ciento ochenta días-multa y con inhabilitación de conformidad con el numeral 13 del artículo 36.

2.2. Una consecuencia del respeto a la dignidad

Ahora bien, las normas vigentes nos demuestran una curiosa situación, ya que en el Código Penal en su art. 151, se establece:

El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella lo prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años (...)

Demostrando así que la ley condena con más años de privación de libertad a quien maltrata a un animal que quien maltrata a un ser humano. Por lo tanto, es fundamental saber qué es derecho y qué no lo es, para no incurrir en contradicciones.

También debemos destacar que el Tribunal Constitucional ha recordado que no es admisible una discriminación subjetiva, contraria a la Constitución, pero la justicia exige el trato diferenciado, según la naturaleza de

las personas y las cosas. Por eso, el igualitarismo es contrario a la justicia. Esto se deduce del art. 2 inc. 2 de la Constitución, que estipula que toda persona tiene derecho:

A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Una idea adicional es que la dignidad no depende de factores externos, pero estos sí pueden vulnerar el respeto que se debe a la persona. Por ejemplo, una población puede estar en condiciones indignas, por no tener acceso a recursos básicos como el agua y/o desagüe, pero eso no convierte en indignas a las personas que allí viven.

2.3. Consecuencias del respeto a la dignidad en el ámbito laboral

El trabajo es medio de realización de la persona y, por eso, su ejercicio se encuentra directamente vinculado con el respeto a la dignidad, con el libre desarrollo de la personalidad y la solidaridad social. Esta realidad trae consecuencias prácticas como respetar la dignidad del trabajador tanto en la celebración como en la ejecución del contrato de trabajo.

Por tanto, junto con la potestad de extinguir el contrato, antes de su vencimiento, el Derecho del Trabajo ha de preservar "Una cierta libertad espacial de movimientos del trabajador" y una limitación en la dependencia, a "lo debido en razón del oficio". Es decir, el trabajador tiene derechos fundamentales cuando entra a laborar, que se adecúan a su situación, pero no desaparecen, según el tipo de contrato y sus condiciones.

2.4. Respeto a la dignidad humana

Continuando con las consecuencias básicas del respeto a todo miembro de la familia humana, se sigue a sus derechos fundamentales y sus libertades públicas, pero sabiendo que tanto los derechos como las libertades, tienen que entrelazarse con los de los demás, pues son limitados, por ser limitado el ser humano. El deber del operador jurídico es delimitar esos derechos en situaciones de conflicto, para saber si se trata de un abuso de derecho o no.

Por ejemplo, en el ámbito laboral la jurisprudencia ha determinado el derecho a la ocupación efectiva, que evita que una persona sea contratada y no se le asigne una tarea específica desde el primer momento.

2.5. Tribunal Constitucional ante la dignidad y el acoso

Se puede encontrar en la página web oficial, muchas sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas con el respeto a la dignidad humana. Recojo dos de ellas:

- *“La dignidad de la persona humana es el presupuesto para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales”* (Exp. 0010-2002-AL, 3.1.03. f.j.213)
- *“La dignidad de la persona humana se configura como principio–derecho constitutivo de los derechos fundamentales que la constitución reconoce”* (ST Exp.0044-2004-AI, 18.05.05, f.j.32).

Del mismo modo, podemos encontrar que el informe de 2015 del Programa de las Naciones Unidas afirma, entre otras cosas, que el trabajo permite a los ciudadanos participar plenamente en la sociedad, confiriéndoles un sentido de dignidad y valía personal contribuyendo así al desarrollo social. Asimismo, los trabajos que implican cuidar a otras personas fomentan la cohesión y crean vínculos entre las familias y las comunidades.

Por consiguiente, los seres humanos que trabajan juntos no solo aumentan su bienestar material, sino que atesoran un amplio conjunto de conocimientos que constituyen el fundamento de las culturas y las civilizaciones.

2.6. El trabajo en el orden jurídico

El trabajo es un derecho y deber, que es base del bienestar social y medio de la realización de la persona, así lo indica el art. 22 de la carta magna. En esta línea, se debe distinguir entre el fin de una empresa, que es producir riqueza para que sea redistribuida en la sociedad; su objeto, que es la actividad que desarrolla esa organización (por ejemplo, manufacturar un producto o venderlo, o prestar servicios, etc.) y su misión, que en todos los casos es el desarrollo de la persona.

Por otro lado, para que el trabajo pueda ser calificado como derecho y deber, se requiere que la actividad sea realizada por un agente capaz, con un fin lícito, un objeto física y jurídicamente posible y se observe la forma prescrita. De faltar alguno de estos elementos esa actividad no podría ser calificada como “trabajo”, en cambio sí podría ser un oficio, como el de quien presta servicios en una planta de producción de pasta básica de cocaína.

En la línea de preservar la dignidad la ley ha marcado mínimos de derecho necesario, como son las jornadas máximas a remuneración ordinaria, descansos remunerados, no discriminación, prohibición del acoso sexual, etc.

En definitiva, el Derecho del Trabajo ha dejado claramente estipulado, desde el Pacto de Versalles (1949) que el trabajo no es una mercancía. También se debe destacar otro principio básico y garantista de esta rama del ordenamiento: la irrenunciabilidad de derechos, que ha impedido que el trabajador renuncie a sus derechos, con tal de lograr una recompensa económica, como podría ser someterse a alguna forma de esclavitud. En estos casos se niega eficacia jurídica al consentimiento porque atenta contra la propia dignidad. Por similar razón, el objeto del contrato debe ser lícito: no puede exigir protección jurídica quien realice actividades que atenten contra su dignidad o la de los demás, como serían, entre otros, la de quienes integran las bandas de sicarios, traficantes, etc. En resumen, no se debe admitir como lícitas las actividades que reducen a la persona a un objeto de uso y abuso o la empleen para fines contrarios al orden público y la moral recogida en la Constitución.

Por último, se recalca que lo característico del contrato de trabajo, contemplado históricamente, no es el crecimiento de la subordinación o dependencia en el trabajo, sino su limitación paulatina.

3. Acoso

Una vez desarrollado el tema de la dignidad humana, será más fácil comprender la malicia del acoso. Para desarrollar este concepto emplearemos la voz "acoso", elaborada por el profesor Antonio Martín Valverde, en la "Enciclopedia jurídica básica Alfredo Montoya Melgar" (2009).

El acoso es la conducta patológica consistente en hostigar o asediar con prácticas insistentes o deliberadas a uno más individuos para maltratarlos y vejarlo. El acoso se presenta cuando existe polarización entre los individuos.

Para que se una conducta se pueda calificar como acoso debe tratarse de prácticas insistentes y deliberadas de molestia o cerco hostiles. Asimismo, se debe tener en cuenta la distinción entre la violencia y el acoso, ya que este último es el paso previo para que se desarrolle la violencia.

Ahora bien, el acoso puede originarse por la desigualdad de poder dentro de las relaciones interpersonales, en cuanto a las habilidades sociales, y no relacionadas necesariamente con la jerarquía organizacional en el trabajo.

En esa línea, existe el acoso vertical y el horizontal. El primero es el que realiza el empleador hacia el trabajador, que constituye un acto de hostilidad (LPCL, art. 30). En cambio, el acoso horizontal es el que se realiza entre compañeros de trabajo.

3.1. Finalidad del acoso

- Forzar la voluntad de la víctima imponiéndole una decisión o conducta: hacer lo que no quiere o desistirse de lo que quiere.
- Excluirla de ciertas ventajas, derechos o posiciones sociales a las que tiene derecho o podría aspirar.
- Destrucción o menoscabo psicológico de la víctima.

3.2. Tipos de acoso

- Moral (*mobbing*): molestias, burlas, incitaciones o provocaciones insistentes.
- Acosos verticales
- Acoso Horizontal
- Acoso sexual
- Acoso discriminatorio

En Europa (2007) se firmó un acuerdo sobre el acoso y violencia en el trabajo, distinguiendo conductas que recoge el Convenio 190, que fue ratificado por el Perú hace pocos meses.

3.3. Normas

El Convenio 190 y la Recomendación 206. El convenio que fue firmado el 25 junio del 2019 y entró en vigor el 25 junio 2021 al ser ratificado por varios países. Estos fueron Argentina, Ecuador, Fiji, Namibia, Somalia y Uruguay.

Perú lo ratificó el 30 de enero del 2022, pero aún falta depositarlo en la sede de la Organización Internacional del Trabajo.

El Convenio exige a los países que lo han ratificado, desarrollar normas directamente aplicables, que comprendan todas las formas de acoso y violencia para que se eviten en cada país.

Su ámbito de aplicación se extiende a todo aquel que trabaja: dependiente, independiente, formal o informal, practicante o aprendiz. Además, tiene especialmente en cuenta a los grupos vulnerables. El acoso puede motivarse en razones de origen étnico, edad, creencias, discapacidad, género, etc. A diferencia del acoso sexual, es muy difícil tipificarlo porque dependerá de los sujetos involucrados, circunstancias, etc.

Por otra parte, el acoso sexual había sido sancionado previamente en el país con la Ley de prevención y sanción del acoso sexual: Ley 27942 (6.02.2003) y su reglamento: D.S. N° 014-2019-MIMP

3.4. Acoso sexual

El acoso sexual consiste en el chantaje sexual, que consiste en una conducta física o verbal reiterada, de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada por el receptor. Además, es realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad, jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras personas, que rechazan esas conductas por considerar que afectan su dignidad, así como sus derechos fundamentales (Ley 27942, art. 4°).

Las armas del acosador, por lo general, son la extorsión, amenaza o la insistencia reiterada que ocasiona, objetivamente, una situación incómoda o humillante (cosifica a la víctima, a la que quiere usar). Asimismo, se pueden observar actitudes de acoso mediante el uso de medios digitales, por ejemplo, mandar una avalancha de correos pornográficos a personas del mismo sexo o a del otro, fomentando burlas o menosprecio por la identidad sexual de alguien.

El acoso sexual no tiene género distintivo, ya que las víctimas puede ser tanto la mujer como el varón. Para calificar una conducta como acoso sexual debe de haber indicios razonables de su comisión.

Informalidad y el Derecho del Trabajo: Retos y desafíos*

Marilú del Pilar Merzthal Shigyo*
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Relación entre el trabajo formal y su participación en el Producto Bruto Interno (PBI) / 3. La relación entre el Derecho del Trabajo y la informalidad / 4. El impacto en la brecha salarial entre el sector formal e informal / 5. Relación entre los factores de vulnerabilidad de un trabajador y la inaccesibilidad al sector formal / 5.1. La falta de educación como factor de vulnerabilidad / 5.2. El papel de la pandemia dentro de la informalidad / 6. Casos concretos / 6.1. Caso Las Malvinas / 6.1.1. El papel de la fiscalización dentro del caso de Las Malvinas / 6.2. Caso del Poder Judicial de Huánuco / 6.3. Caso Villa El Salvador / 6.4. Caso McDonald's / 7. Iniciativas para contrarrestar la informalidad / 8. Preguntas del público.

1. Introducción

La informalidad, desde el punto de vista académico, no es un tema suficientemente estudiado y explotado; sin embargo, es una de las bases fundamentales respecto de la cual se debería analizar la aplicación del Derecho del Trabajo.

*Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Laboral, Procesal Laboral y su Desarrollo Jurisprudencial organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 21 al 24 de marzo del 2022.

**Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especializada en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Con Maestría en Derecho (LL.M) en Georgetown University Law Center (DC, Estados Unidos) con mención en Arbitraje Internacional y Resolución de Controversias. Con Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la PUCP con mención Summa Cum Laude. Con la certificación internacional Training of Trainers (TOT) del Centro de Formación de la OIT. Cuenta además con estudios de profundización en gestión de recursos humanos y mecanismos alternativos de resolución de controversias London School of Economics (Londres). Asimismo, cuenta con estudios en derecho e inglés jurídico en Ludwig Maximilians Universität (Múnich). Asimismo, cuenta con el Diploma de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo de la PUCP. Con estudios especializados en técnicas de litigación oral por la NITA en Estados Unidos. La primera abogada del Perú con la certificación NITA advocate designation en litigación oral.

Generalmente se difunde sobre el Derecho del Trabajo en sí mismo, mas no se tiene en cuenta su ámbito de aplicación real, constantemente se revisan los principios de la Constitución Política, de interpretación jurídica, los derechos fundamentales, etc. y se dejan de lado los tópicos que van más allá del tema legal como el tipo universo de trabajadores del Perú a quienes se les aplica el Derecho Laboral.

A partir de ello, el presente artículo trae consigo algunas reflexiones sobre el verdadero ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo y cómo este influye y afecta la informalidad además de algunas propuestas novedosas que ha tenido el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo —en adelante, MINTRA—, así como los límites existentes a la fiscalización de la informalidad de nuestro país, tanto normativos como de orden práctico. Lo anterior, nos brinda una mirada sociológica, económica y legal que nos permite analizar el fenómeno de la informalidad e identificar qué medidas aplicar para disminuirla, a la vez de evitar que muchos trabajadores se encuentren en situación de vulnerabilidad, debido a la íntima relación entre la vulneración de derechos fundamentales y trabajadores en el sector informal.

2. Relación entre el trabajo formal y su participación en el Producto Bruto Interno (PBI)

El Perú es un país que tenía hasta antes de la pandemia alrededor de 70% de población dentro del sector informal, después de ella existen estadísticas y estudios que señalan que el porcentaje habría crecido hasta el 75% e incluso algunos señalan 80% de informalidad. La gran paradoja que llama mucho la atención es que esa masa del 80% de la población informal representa el 20% del PBI, lo que quiere decir que el 80% del PBI únicamente está compuesto por el 25% de trabajadores formales. Esto último demuestra también la gran inequidad que existe en la distribución de riqueza en el país, porque significa que la gran mayoría de peruanos, que representan el 80% de una masa laboral de millones de personas, únicamente aportan al 20% del PBI, mientras que el 25% va a estar contribuyendo con lo restante. Evidentemente, el tema de repartición de utilidades, beneficios sociales, cumplimiento de obligaciones laborales, seguridad y salud en el trabajo entra a tallar, por ello referirse sobre el tema de la informalidad es también hacerlo de esa gran paradoja que representa la diferencia inversamente proporcional entre la cantidad de personas formales versus la participación que tienen en el PBI.

Del 2007 al 2019 se puede observar que la participación del sector informal dentro del PBI se ha mantenido, lo que ha sido estudiado mucho

más por otras ciencias sociales como la antropología, sociología o filosofía. Resulta interesante cómo a pesar de que los años transcurran y haya una mayor generación de riquezas en términos económicos, el PBI haya subido en la cantidad del monto, pero eso no significa una mejora del índice de formalidad, ya que la participación del sector informal sigue siendo la misma. Esto también invita a reflexionar acerca de cuánto se ha mejorado, si se está yendo en el camino correcto dentro de las políticas y gestión pública respecto a los derechos laborales o si la aplicación de políticas fiscalizadoras sin antes haber revisado los cimientos de la aplicación del Derecho del Trabajo esté dando resultado.

3. La relación entre el Derecho del Trabajo y la informalidad

La mayor parte de la información sobre las condiciones del trabajo informal, trabajo forzoso, condiciones de seguridad laboral y demás, en realidad se encuentran en dependencias o entidades que no necesariamente son relacionados al trabajo (llámese Sunafil o Ministerio de Trabajo) sino mayormente en otras entidades de origen multidisciplinario como por ejemplo, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), estudios de ONG o estudiosos de otras disciplinas como la sociología, antropología, etc. Llama la atención que las entidades propias del Derecho del Trabajo quizás no están estudiando el fenómeno de la informalidad a veces por falta de información y otras por temas de competencia. Lo cierto es que todavía existe relativamente poca información disponible respecto del empleo informal en el país y su relación con el Derecho del Trabajo pues no se tiene estadísticas de porcentajes de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, incidentes peligrosos en el sector informal, estadísticas sobre la vulneración de derechos fundamentales laborales, dignidad del trabajador, seguridad y salud en el trabajo, etc. Entonces esa relación paralela prácticamente del Derecho del Trabajo con el sector formal se ve representado como un caballo vendado a los lados que solamente puede mirar al frente, lo que genera discursos paralelos respecto a una de las grandes, sino la principal problemática, que tiene el Derecho del trabajo.

4. El impacto en la brecha salarial entre el sector formal e informal

El sector informal contribuye a la brecha salarial en nuestro país que actualmente es del 30%, pero cuando se hace referencia a la brecha salarial entre el sector formal e informal la cifra es abismal. Si bien los números cambian teniendo en cuenta el sector productivo, en todos ellos el sector formal se lleva con creces una diferencia mucho mayor, así se habla prácti-

camente del doble en el sector de servicios y transformación, en el sector primario este crece a un 300% y, en general, se trata de una diferencia de 400 a 1300 soles.

Se visualiza también un impacto no solamente a nivel económico de país, sino también a nivel económico del trabajador pues el sector informal siempre ganará mucho menos que en el sector formal, además que el primer sector deja de lado el respeto por los derechos laborales y el respeto por los derechos fundamentales, lo que pone a la vista una relación directamente proporcional entre el sector formal y un mayor sueldo.

5. Relación entre los factores de vulnerabilidad de un trabajador y la inaccesibilidad al sector formal

Se hace referencia a que si un trabajador presta servicios en una empresa informal no es una decisión como tal, sino una circunstancia ajena que puede ser imputable al Estado, sociedad o a una serie de factores que lo empujan a trabajar en el sector informal. Esto no ha sido estudiado a fondo a pesar de causar gran impacto, pues cambia la forma de concebir al trabajador informal y ahora verlo como una víctima de las desigualdades y la precarización de servicios básicos que tiene el Estado.

5.1. La falta de educación como factor de vulnerabilidad

Existen estadísticas del INEI y la Encuesta Nacional de Hogares (Enaho) que analizan cómo personas que tienen menor acceso a educación, ya sea en el nivel escolar o superior, posteriormente, tienen una mayor incidencia a trabajar y desempeñarse en el empleo informal; por lo tanto, se deduce que existe una relación entre el nivel de acceso a la educación y el nivel de acceso al empleo formal: a menor educación, más susceptibilidad de tener que desempeñarse laboralmente en el sector informal y a mayor nivel de educación menos probabilidades de ello, por lo tanto, mayores de prestar servicios en el sector formal.

Lo anterior resulta ser una relación controvertida y nos muestra que quizás las políticas públicas además de enfocarse en la formalización de empleadores informales, por donde se debería comenzar es por la educación porque está absolutamente demostrado que al tener una educación mayor también aumenta la posibilidad de desempeñar un empleo formal. Asimismo, se puede apreciar claramente en políticas de países europeos que tienen un sistema educativo excelente pero, al igual que el nuestro, un sistema educativo segmentado, en ellos existe una educación escolar de gran estándar y gratuita que, al concluirla, todos los estudiantes pueden rendir un examen cuyo puntaje brinda acceso a una educación universitaria o

técnica para luego elegir una carrera que les asegura trabajo dentro del sector formal de tal manera que la tasa de desempleo es ínfima. Ello mueve la economía, eleva el PBI, asigna recursos de mejor forma y, por tanto, genera un círculo virtuoso que comienza desde el primer escalón que es el nivel educativo. En la realidad peruana muchas veces las políticas públicas buscan dar un salto, pero no empiezan en este escalón que es una de las principales causas más grandes de la informalidad.

5.2. El papel de la pandemia dentro de la informalidad

La situación en nuestro país ha cambiado, si antes se tenía un sector informal alto ahora a raíz de la pandemia lamentablemente ha incrementado, muchos trabajos se han perdido o se encuentran en suspensión perfecta, lo cual ha generado que los trabajadores se hayan visto en la obligación de pasarse al sector informal para mantener el sustento económico en casa. Eso también ha sido analizado por el INEI en un informe muy interesante sobre la situación del empleo laboral durante el confinamiento en el Perú.

6. Casos concretos

6.1. Caso Las Malvinas

La tragedia de las Malvinas del año 2017 dejó a dos jóvenes calcinados en el quinto piso de una galería porque estaban encerrados en un contenedor metálico sin ventanas, mientras que a través de los medios de comunicación se transmitía cómo aquellos chicos perdían la vida por haber trabajado en condiciones de esclavitud.

En aquella ocasión confluyeron dos fenómenos jurídicos que no han sido lo suficientemente estudiados: el empleador semiformal, pues se ve un empleador formalmente constituido, pero sin trabajadores a cargo ni planilla, más bien era un empleador fantasma además de las circunstancias de explotación en el trabajo y trata de personas, por ello en el proceso penal se le imputa al empleador los dos delitos. Este caso evidencia graves vulneraciones que llevó a investigar más casos de presuntos delitos de trata de personas en las galerías para concluir que los empleadores no tengan a sus trabajadores en las mismas condiciones.

6.1.1. El papel de la fiscalización dentro del caso de Las Malvinas

Otro punto para tratar es la fiscalización, aparte del proceso judicial penal de homicidio por explotación laboral, pues también hubo una investigación ante Sunafil, esta consistía en un procedimiento administrativo san-

cionador hacia la persona jurídica ECOLUX, constituida por los esposos Coico-Zeña quienes habían encerrado a aquellos trabajadores. Se inicia el procedimiento y llega a última instancia, se impone la multa máxima por la infracción grave de trabajo forzoso porque está tipificado en la Ley General de Inspecciones, pero no se emplazó a nadie, no se pagó la multa ni hubo una medida de resarcimiento.

6.2. Caso del Poder Judicial en Huánuco

Este caso se dio irónicamente en el Poder Judicial en la provincia de Huánuco, en aquella ocasión un trabajador perdió la vida después de caerle un andamio lleno de expedientes judiciales. Dicho trabajador no estaba contratado directamente por el Poder Judicial sino por un tercero de la empresa que estaba contratada para efectuar los servicios de limpieza para la entidad del Estado. Al parecer la empresa a la que se hace referencia estaría formalmente constituida debido a los procesos de contratación establecidos, pero no se estaba tomando en cuenta la subcontratación que ejercía con tal de llevar a cabo los servicios. Si se trata de rendir responsabilidades respecto a un accidente como este, resulta engorroso atribuir las pues cae en cadenas de suministro humanas que manifiestan la informalidad dentro de la formalidad.

6.3. Caso Villa El Salvador

El presente caso, un tanto similar al anterior, trata de la explosión de un camión que transportaba GLP en Villa El Salvador, el producto se derramó mientras este pasaba por un bache, lo que trajo consigo el fallecimiento de personas, heridos y daños materiales alrededor de la zona en que ocurrió. En esta circunstancia ocurre un fenómeno interesante, la empresa de transporte si tenía los permisos al igual que las licencias para poder transportar algo tan peligroso como el GLP; sin embargo, existía una falencia en el tema de seguridad pues la tapa que aseguraba la sustancia estaba mal puesta y terminó rompiéndose luego de pasar el bache donde el camión explota finalmente, de esa manera se indica un nuevo caso en que la formalidad colinda con la informalidad.

Ello igualmente ocurre en el caso de Las Malvinas pues dos semanas antes se realizó una inspección incompleta a cargo de la Municipalidad de Lima ya que no incluyó el quinto piso de la galería, lugar en el que ocurrió el siniestro. También constataron la falta de extintores y presenciaron material inflamable, pero no se hizo nada, ello lleva a preguntarnos cómo es que no fiscalizaron aquellos depósitos que eran cárceles humanas de explotación. Tales relaciones de déficit que existe entre las entidades

competentes como la Municipalidad de Lima, OEFA y otras entidades que tienen que gestionar permisos, generan ese tipo de situaciones de graves vulneraciones.

6.4. Caso McDonald's

Dos jóvenes alrededor de 18 años mueren electrocutados tras limpiar una máquina con un desperfecto mecánico, además de no contar con el equipo de seguridad correspondiente. Este también es un caso de informalidad dentro de la formalidad porque falló la gestión de la seguridad del trabajo. Las medidas que se llevaron posteriormente aparte del cierre del local de McDonald's no fueron más allá de una responsabilidad penal o administrativa por parte de los supervisores de estos jóvenes, el tema de la responsabilidad en el Perú es un tema muy endeble en general, no solo en el de Seguridad y Salud en el Trabajo

7. Iniciativas para contrarrestar la informalidad

En el 2015 se hizo un plan piloto del cuadrante inspectivo por parte de la Sunafil, este plan consistía en dividir el distrito de La Victoria en cuatro cuadrantes para poder fiscalizar con mayor precisión cada uno de ellos a fin de disminuir el índice de trabajadores informales que tenían.

En el plan del cuadrante inspectivo se hace un diagnóstico económico y social sobre la situación del empleo informal en nuestro país, se realizan mapas, árboles de problemas y esquemas.

También se realiza el diagnóstico de la gestión inspectiva; es decir, hay informalidad porque hay desconfianza en el sistema inspectivo y ello es por el alto grado de discrecionalidad en la aplicación de las normas, percepción de que la inspección se lleva a cabo por inspectores corruptos, falta de instrumentos efectivos de fiscalización y actuaciones inspectivas, temas de competencia entre el gobierno regional y la Sunafil, base de datos desactualizada, sobrecarga inspectiva, no se realizan labores de inteligencia operativa pues cuando se realizan los informales cierran sus negocios, esconden a los niños que se encuentran dentro de estos, sacan a los trabajadores forzosos los sacan por la puerta de atrás y cuando termina la inspección simplemente regresan al estado anterior. Esta serie de problemas da por resultado un análisis bastante interesante y preciso sobre la situación de la gestión inspectiva en nuestro país.

En el árbol de problemas de la informalidad en donde se ven las causas de los niveles de empleo informal, en ellos se ve que no tienen acceso a los servicios de inspección, altos costos operativos, débil articulación interinstitucional en el sector público y privado.

El bus de la formalidad fue otra iniciativa que forma parte del plan del cuadrante inspectivo la cual consiste en montar un bus en el que dentro se encuentren entidades como Sunafil, Sunat, Sunarp, EsSalud, etc. con tal de facilitar la formalización de la micro o pequeña empresa en un solo acto. Acompañado de ello, también se ha instaurado protocolos de actuación en materia de trabajo forzoso lleno de lineamientos para poder fiscalizar tal problema.

8. Respuestas a las preguntas del público

8.1. ¿Qué medidas se deberían realizar principalmente para que una legislación que desincentiva la formalidad se convierta en una que la motive?

Se tendría que tomar una serie de políticas públicas más inclusivas con apoyo de muchos agentes, no solo pensar en una medida que proceda solo del Ministerio del Trabajo o de una entidad determinada pues no resulta suficiente. Estas políticas públicas deben tener un enfoque multidisciplinar o interdisciplinarios como, por ejemplo, el enfoque de los derechos humanos justamente para que realmente puedan atacar los verdaderos problemas de la formalidad y no únicamente lo superficial de las causas estructurales que existen en nuestro país.

8.2. ¿Es cierto que estar en una condición de pobreza, necesariamente implica que se tenga que recurrir a la informalidad como un medio de subsistencia más viable?

Sin ser categórico respecto a las estadísticas que se han informado antes, sí existe un gran impacto que, incluso, genera una relación directamente proporcional respecto a ello. Por supuesto que hay excepciones y estar en esa situación socioeconómica no implica necesariamente que se convierta en un trabajador informal, no obstante, se encuentra en un contexto más proclive a ello.

Análisis jurisprudencial del despido en el Perú*

José Martín Morales Casusol**
Universidad Nacional de Trujillo

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Definición del despido / 3. Requisitos de validez para configurar el despido / 4. Causales que autorizan el despido / 5. Casos controvertidos en torno al despido / 6. El despido por falta grave / 7. Procedimiento del despido / 8. Tipos de despidos en el Perú / 8.1. Despido arbitrario / 8.2. Despido nulo / 8.2.1. Causales del despido nulo / 8.3. Despido incausado / 8.4. Despido fraudulento / 9. Tipificación del despido / 9.1. Despido indirecto / 10. La evolución de la tutela procesal frente al despido / 11. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El despido ha sido un tema controvertido desde hace muchos años atrás. La discusión acerca de las formas del despido en el Perú surgió con grandes ponencias de parte de la judicatura en relación a cómo se debería proteger el derecho al trabajo.

El Derecho al Trabajo es un Derecho Constitucional que tiene una protección de entrada y de salida. Se hace referencia a una protección de entrada cuando tan pronto el trabajador firma un contrato pasado cierto periodo -de tres meses, cuando se trate de un periodo de prueba; de seis meses, cuando se trata de un cargo de confianza; un año, si es un cargo directivo-

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Laboral, Procesal Laboral y su Desarrollo Jurisprudencial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 21 al 24 de marzo del 2022.

** Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la PUCP. HSBC - Elaboración del Informe Laboral del Due Diligence realizado a Sociedad Química Alemana S.A. (US\$ 5 MM). Analista Laboral en telefónica Gestión de Servicios Compartidos S.A.C. Abogado en el Estudio Ferrero. Patrocinio Telefónica del Perú S.A.A. - Patrocinio de los procesos judiciales laborales referidos al reintegro de beneficios económicos. ICA (Principal Constructora Mexicana) - Elaboración del Informe Laboral del Due Diligence realizado a San Martín Contratistas Generales. (US\$ 130MM). ERNST & YOUNG (EY) - Gerente de litigios laborales.

adquiere una protección frente a un posible despido arbitrario. Mientras que, la protección de salida refiere que en tanto se desarrolle una relación de trabajo o se venga acumulando un récord laboral, un trabajador no podrá ser despedido sin causa justa o no podrá ser despedido sin que medie una razón para el despido.

La legislación peruana frente a la decisión del empleador de culminar el vínculo laboral a través del despido y bajo la finalidad de proteger al trabajador, optó por incorporar dos mecanismos para los trabajadores: otorgar una indemnización por despido arbitrario (reparación restitutoria) y otorgar una reposición (reparación resarcitoria).

2. Definición del despido

El legislador considera el despido como la posibilidad que tiene un empresario o empleador de culminar o romper el vínculo laboral con su trabajador. En otras palabras, con el despido ocurre la extinción unilateral del vínculo laboral por la parte del empleador

Algunas características a tener en cuenta es que el despido vendría a ser un acto unilateral que parte de la voluntad del empleador, así como también un acto constituido. Esto último debido a que el empleador no propone, sino que dispone y surge esa decisión de su parte para despedir al trabajador.

A la vez, el despido es un acto recepticio porque necesita ser conocido por el trabajador. No cabe imaginar que el trabajador no tenga conocimiento de su despido, pues sino sería un despido ilegal.

El despido se encuentra regulada por la normativa peruana, no es una figura proscrita por la ley. Ello a causa de lograr que la extinción del vínculo laboral entre una empresa y un trabajador o empleador —cualquiera que sea— se produzca de manera ordenada.

3. Requisitos de validez para configurar el despido

Los requisitos de validez para la configuración del despido son: la existencia de causa justa que habilite el despido y observar el procedimiento de despido previsto por la ley. Estos requisitos se encuentran establecidos tanto para el despido relacionado a la capacidad como a la conducta del trabajador¹.

¹ El término del vínculo laboral puede producirse por diversos factores, por renuncia, por muerte del trabajador y una de esas causas es el despido.

4. Causales que autorizan el despido

Las causales que autorizan el despido son de dos maneras y están relacionadas con la capacidad y con la conducta.

El Decreto Supremo 00397-TR ha señalado que se configura como causal relacionada con la capacidad cuando ocurre la pérdida de facultad física o mental del trabajador para desarrollar su trabajo, se presencia la existencia de un rendimiento por debajo de la capacidad del trabajador y el rendimiento promedio de sus compañeros o, hay una negativa irracional para someterse a examen médico.

Por otra parte, las causales relacionadas con la conducta se configuran cuando los despidos se producen por falta grave, por una condena penal por delito doloso o, por inhabilitación del trabajador para el desempeño de sus funciones².

Teniendo en cuenta la jurisprudencia, es poco frecuente que se den despidos a trabajadores con relación a su capacidad. Mayormente los despidos de las empresas se producen con conductas o con alguna causal relacionada a la conducta del trabajador y, básicamente, por falta grave³. Lo que sucede en la realidad es que los juzgados laborales son bastantes intuitivos y proteccionistas que buscan resguardar al trabajador y, en todo caso, probar una pérdida de una facultad física o mental —a pesar de que podría acreditarse— podría vincularse a un acto de discriminación con relación a la capacidad del trabajador. En ese sentido, se vuelve controvertido ejecutar un despido relacionado con la capacidad, sin embargo, ello no quiere decir que no se pueda llevar a cabo.

5. Casos controvertidos en torno al despido

Existen ciertos casos, como los que se tocarán a continuación, que salta la pregunta si se configura o no un despido. Por ejemplo, el caso del minero con enfermedad pulmonar. Se sabe que las personas que trabajan sean en socavones, tajo abierto o alguna mina, son personas que tienen contacto con material que se extrae y con insumos que se utilizan para la extracción. De manera que, es muy común que en una mina u operación los trabajadores mineros no utilicen los elementos de protección personal (EPP) pese a que el empleador les brinda mascarillas, lentes, guantes, botas, uniformes, entre otros.

² Tenemos tres causales y sub causales.

³ Es inusual que sea por condena penal por delito doloso o la inhabilitación del trabajador.

Y es que adentrarse en una perforación a muchísimos metros debajo de tierra y muy a pesar de contar con ventilas o ductos, el calor dentro es insoportable tanto que los trabajadores prefieren realizar su labor sin los elementos de protección personal. Ocasionando así con el tiempo, padecimiento de enfermedades pulmonares, entre la más común la neumoconiosis -producida por la aspiración de silicio-.

En relación a ese caso, por ejemplo, si a un minero se le detecta una enfermedad pulmonar, el empleador podría despedirlo por la causal relacionada a su capacidad. Específicamente, sería por la pérdida de una facultad física, pues el minero ya no podría estar sometido a las condiciones a las de antes. La ley faculta al empleador para despedirlo. Sin embargo, también se estaría generando un punto controvertido. El trabajador podría alegar que producto de la actividad a la cual lo sometió la empresa generó la causal. Mientras que, la empresa podría alegar que entregó todas las protecciones necesarias. Definitivamente, es un caso en el que no hay una respuesta a ciencia cierta.

Por otra parte, se encuentra el caso de las aeromozas con trastornos auditivos. Una aeromoza en esa condición no podría seguir prestando su servicio debido a que parte de su actividad es que tenga todos sus sentidos óptimos, más que todo en la altura. Por lo que, la aeromoza que adquirió el trastorno auditivo podría ser despedida por su capacidad.

De igual manera, cabe preguntarse qué pasaría con el recorridor de plataforma petrolera con problemas en las rodillas. Hay diversos trabajos en los que se necesita la facultad física al cien por ciento; sin embargo, salta la pregunta de si ello facultaría utilizar la causal de despido por capacidad. De todas maneras, los casos anteriormente mencionados tendrían que revisarse y resolverse desde el punto de vista de la jurisprudencia y del caso en específico con la finalidad de revisar los criterios que podría haber ordenado la Corte Suprema.

En torno a casos controvertidos de despidos relacionados con la conducta figura el robo del celular de un compañero del trabajo⁴. Podría ser un poco más fácil el análisis si se podría considerar el despido o no, pues se trata del apoderamiento de un celular de un compañero de trabajo tras la acreditación de que fue el trabajador quien se apropió de un elemento ajeno.

Hace unos años, se dio el caso de un trabajador que sabía el lugar donde se guardaban los celulares nuevos que se le repartían a los trabajadores de las empresas -que era el lugar de trabajo de un compañero-. Durante la hora

⁴ Se hace referencia al término robo de manera coloquial, no desde el punto de vista penal.

de refrigerio, él acudía al sitio de su compañero de trabajo y empezaba a forcejear el cajón. En su intento de abrir, la tapa del cajón se rompió; sin embargo, no llegó a apropiarse de los celulares. Cuando su compañero de trabajo regresó a su lugar se percató que su escritorio estaba completamente dañado por lo que optó por revisar las cámaras de seguridad. Mediante el vídeo se detectó que quien había dañado el escritorio había sido un trabajador, inclusive, que laboraba en otro lugar. La empresa lo despidió bajo falta grave pues intentó adueñarse de forma fallida de elementos o bienes de la empresa. Frente a ello, el trabajador demandó por despido fraudulento y, poco después con justa razón, la sala laboral declaró infundada su demanda y validó el despido realizado por la empresa.

Un caso similar fue de un trabajador que se apropió de un borrador que la empresa producía. La empresa, bajo la causal de apropiación de los bienes del empleador con prescindencia de su valor despidió al trabajador. Sin embargo, cuando el trabajador impugnó, la Corte Suprema señaló que no podría despedir al trabajador por el robo de un elemento de tan poco valor. La Corte consideró que la medida tomada por la empresa no cumplía con la relación de proporcionalidad entre la sanción y la falta.

Otro caso controvertido se genera, por ejemplo, si un trabajador se queda dormido en el centro de trabajo. Frente a ello, se llega a la conclusión que dependerá de las funciones que desempeña el trabajador en el centro de trabajo. Por ejemplo, el trabajador podría ser sancionado con el despido si es un maquinista que depende de él que un proceso se realice de manera adecuada.

Así mismo, que pasaría si en una fiesta organizada por el empleador se produce una agresión física a un trabajador. Si bien podría decirse que no están en horario de trabajo o realizando una actividad propia de trabajo, sino que están en un momento de esparcimiento, igualmente se produce esta agresión. Hay casos en que a los trabajadores se le ha impuesto la sanción del despido y han sido validadas por el poder judicial.

De igual manera, cabe preguntarse qué pasa cuando un trabajador asiste bajo efectos del alcohol. En las empresas cerveceras es muy común que los trabajadores tomen cierta ración de cerveza en horario de trabajo. Y, por eso se realizan muestras de alcohol test de manera frecuente. Si en caso, sale positivo, es sancionable esa conducta y, en muchas ocasiones, con el despido. Ello dependerá de la función o de lo delicado de la actividad que realice el trabajador.

En esa misma línea, qué pasaría si el trabajador no quisiera someterse a la prueba como ha ocurrido últimamente por miedo a contagiarse COVID-19. Muchas veces los trabajadores se encontraban bajo efectos de alcohol, pero al negarse a pasar esta prueba no se tenía la evidencia que se encontraban bajo efectos del alcohol. Como una solución a ello, la norma establece que ante la negativa de un trabajador de someterse a una prueba de alcoholemia se presumiría como cierta la condición de ebriedad. De esa manera, sería posible validar un despido.

Cabe agregar que, es importante analizar el caso no solo desde la situación particular sino también lo dicho por la corte suprema porque es finalmente quien ordena las posturas y posiciones.

En el Perú, lamentablemente no hay predictibilidad jurídica, no hay seguridad sobre cómo va a resolver en un caso idéntico la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional, los jueces de primera instancia o los de segunda instancia.

6. El despido por falta grave

El despido por falta grave es el más común que se produce. Se encuentra relacionado a la conducta y, necesita analizar la proporcionalidad y razonabilidad para la aplicación de sanciones.

Es recomendable que ante una inconducta del trabajador se vayan imponiendo sanciones de manera gradual. Primero una amonestación verbal, luego una amonestación escrita, después una suspensión y, finalmente, un despido. De esa forma, se va a tratar de documentar los antecedentes del trabajador para que ante un despido y posible reclamo judicial se tengan todas las herramientas para defenderse. Sea del lado de la empresa o del trabajador. Por ejemplo, sería muy útil para un trabajador que, por primera vez en 20 años, cometió una pequeña falta y lo despidieron.

Ahora bien, cuando uno impugna el despido puede elegir las dos formas de reparación: el pago de una indemnización o la reposición en el empleo —la elección dependerá del trabajador y de las circunstancias—.

Es necesario enfatizar que solo el hecho de impugnar el despido no significa que se le dará la razón al trabajador. Ello se supedita a la manera con la cual se ha llevado el procedimiento del despido y todas las pruebas que tengan tanto el trabajador como el empleador. Por lo que, la parte que mejor exponga el caso será la que gane el proceso judicial de despido.

En otro orden de ideas, se advierte que no es necesario aplicar todas las medidas antes de proceder al despido; es decir, puede el empleador despedir directamente si se configura una falta grave que. No necesariamente se debe primero amonestar verbalmente, luego amonestar por escrito, después suspender y, finalmente, despedir. Si se omite alguna de estas y el despido es justificado, no se va a invalidar el despido. Sin desmedro de ello, cabe mencionar que los jueces buscarán cuidar al trabajador de la sanción más gravosa.

Para la configuración del despido es menester que se respete tanto el principio de inmediatez y debido proceso. El principio de inmediatez busca asegurar que el tiempo entre la comisión de la falta y la imposición de la sanción no sea mucho. No admite el principio que un trabajador que cometa una falta hoy sea despedido recién el próximo año. Es entendible que haya un tiempo prudencial entre la comisión de la falta, la investigación realizada por la empresa y la imposición de la sanción y, más si se trata de una empresa con sucursales a nivel nacional. Por ejemplo, es razonable que exista un tiempo determinado cuando el departamento de recursos humanos se encuentra en Lima y el caso se haya producido en Moquegua. El principio de inmediatez tiene que mediar la razonabilidad.

Por otra parte, el debido proceso toma relevancia al momento de imponer el despido. Un empleador no puede mencionarle al trabajador de la noche a la mañana su despido y botarlo rápidamente, ni en caso de flagrancia. La experiencia judicial considera que la flagrancia no justifica que el empleador salte el debido procedimiento.

De esta manera, si a un trabajador no se le ha respetado el debido procedimiento de despido, es decir, no le han dado la carta de preaviso, no le han concedido el tiempo para realizar los descargos del trabajador ni le han hecho llegar la carta de despido, él deberá denunciar el despido como arbitrario pidiendo la reparación que más le convenga.

7. Procedimiento del despido

El procedimiento del despido conlleva tres fases: el emplazamiento del trabajador, los descargos del trabajador y la remisión de la carta de despido.

Lo primero que tiene que suceder es el emplazamiento del trabajador. El empleador debe entregar una carta escrita en la que se detalle las faltas imputadas y los hechos imputados con la finalidad de darle la posibilidad al trabajador que se defienda.

Por ejemplo, si el trabajador Pérez ha incurrido en una falta grave de abandono de trabajo, el empleador deberá en el emplazamiento mencionar la causa, en este caso, su falta por 3 días consecutivos sin justificación, así mismo, aludir que cuenta con seis días para presentar sus descargos —el plazo por falta graves es de 6 días—. El plazo cambiará, por ejemplo, a treinta días cuando se requiera que el trabajador demuestre su capacidad o corrija la deficiencia.

En la siguiente fase, en los descargos, el trabajador podrá justificar los cargos que se le imputan. En el caso visto, podría Pérez mencionar que sí informó a la empresa que estaba faltando por descanso médico por lo que no configuraría en sí un abandono de trabajo. De la mano de ello, y presentando constancias, certificados de descanso médico y el sello de recepción de la empresa, el trabajador tendrá la posibilidad de rebatir la falta grave que se le imputa.

Finalmente, si el trabajador pese de haber absuelto o presentado sus descargos, el empleador no desvirtúa las faltas graves que se le imputa se le va a remitir la carta de despido. Cabe recordar que, esta se entrega luego de producido los descargos y vencidos los plazos para los mismos. En ella se deberá precisar la fecha del cese y causa.

En muchas ocasiones, las empresas no siguen los pasos, antes de iniciar el procedimiento de despido la empresa le dice al trabajador que ya está despedido. Si fuera el caso de una empresa que menciona a su trabajador que está despedido sin haberle dado la oportunidad antes de realizar sus descargos, ese despido será considerado inválido.

Por medio de correo electrónico, el representante de recursos humanos, administración o contabilidad le hace llegar al trabajador que la gerencia tomó la decisión de despedirlo. Y, recién después de ese correo le hace llegar la carta de preaviso mencionando las faltas que se ha incurrido. En esa línea, si el empleador ya tiene tomada la decisión, el seguir el procedimiento del despido se vuelve simplemente decorativo.

8. Tipos de despidos en el Perú

Hay cuatro tipos de despido en el Perú: arbitrario, nulo, incausado y fraudulento. El despido arbitrario y nulo se encuentra regulado en el Decreto Supremo 003-97-TR e, incluso el decreto hace referencia al despido indirecto como parte del despido arbitrario. El despido indirecto es aquel derivado del acto de hostilidad del trabajador. Por otra parte, a través de la

jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, posteriormente, por la Corte Suprema, se han regulado otras formas de despido: el incausado y fraudulento.

8.1. Despido arbitrario

El despido arbitrario se produce cuando el empleador da por terminada la relación laboral con el trabajador sin expresión de causa o porque no se pudo demostrar está en juicio. Se prevé para este tipo de despido el pago de una indemnización equivalente a una remuneración y media mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones, para casos de trabajo con tiempo indeterminado. En caso de contratos a plazos fijos también es remuneración y media, pero por cada mes que le falte trabajar.

Si, por ejemplo, "A" tiene un contrato por ocho meses, pero lo despiden al cuarto mes, le darán una remuneración y media por cuatro meses. Y en caso, "A" tenga de contrato a plazo indeterminado, le darán una remuneración y media por un año de servicio. Por otra parte, si "B" ha laborado ocho años, le darán una remuneración y media por ocho hasta el tope de doce remuneraciones. Su remuneración multiplicada por doce sería el tope de indemnización por despido arbitrario.

8.2. Despido nulo

El despido nulo es el acto por el cual el empleador cesa a un trabajador por motivos discriminatorios. Si el trabajador interpone demanda judicial de nulidad del despido y ésta es declarada fundada, este tiene derecho a la reposición en su puesto de trabajo y al pago de remuneraciones dejadas de percibir, salvo que opte por una indemnización por despido.

La consecuencia de este despido no es necesariamente el pago de una indemnización, sino la reposición del trabajo y, además, la paga de las remuneraciones dejadas de percibir por los meses que ha estado despedido. Sin embargo, en la ejecución de sentencia es habitual que los trabajadores consigan otro trabajo, por lo que no llegan a la reposición del trabajo.

8.2.1. Causales del despido nulo

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su artículo 29 señala las siguientes causales del despido nulo: la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; ser candidato a representante de los trabajadores; presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador; la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia.

Esta última causal, regulado en literal e), fue modificado dos veces. Originalmente, el artículo indicaba la nulidad del despido que tenía como origen el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias. Sin embargo, en el 2015 se agregó que también era nulo el despido que tenía como motivo el embarazo -por el periodo de noventa días (actualmente noventa y ocho)-, el nacimiento y sus consecuencias y la lactancia -por el periodo de un año-. En otras palabras, si el empleador dentro de los 98 días, despedía a una trabajadora que recién había dado luz se considera que el despido fue consecuencia del embarazo; si despedía a una trabajadora dentro del año después del parto (periodo de lactancia) también se tomaba como causal la lactancia.

La novedad que se ha agregado en el 2021 se dirige a una protección que abarca dos supuestos más: es aplicable para las trabajadoras madres part-time y para el periodo de prueba. Es decir, se va a presumir que si se despide a una trabajadora que ha comunicado que está embarazada dentro del periodo de prueba, va a tener como consecuencia el despido nulo. Ello es aplicable siempre que el empleador haya sido notificado documentalmente del embarazo previa al despido, pero no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa. En otras palabras, ya no podrá aplicar simplemente el periodo de prueba, sino que el empleador podrá hacerlo por causa justa.

8.3. Despido incausado

Durante el régimen del presidente Fujimori se aplicó una economía liberal y se retiró la estabilidad laboral causando así que las empresas puedan hacer uso del despido arbitrario pagando simplemente la indemnización. A los trabajadores no se le daba ninguna razón para ser despedido, simplemente se le aplicaba el despido arbitrario.

El Tribunal Constitucional analizando estos casos instituye la figura del despido incausado. Este se configura cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique. En caso se declare la existencia de un despido incausado, se ordena la reposición del trabajador.

Esta figura aplica, por ejemplo, cuando no se avisa o cuando un trabajador con contrato a plazo fijo desnaturalizado (plazo indeterminado) se le despide por término de contrato. Aplicar bajo esta causal podría configurar un despido incausado.

8.4. Despido fraudulento

El Tribunal Constitucional reguló la figura del despido fraudulento con la sentencia Eusebio Llanos Huasco- Huánuco. Bajo este tipo, el empleador despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales. Es decir, puede el empleador cumplir con todo el procedimiento del despido y bajo una causal permitida, pero si se encuentra movido por el ánimo perverso, se configura el despido fraudulento.

El Tribunal hace referencia a cuatro causales para el despido fraudulento: cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios; se le atribuye una falta no prevista legalmente; se vulnera el principio de tipicidad (no tiene tipología en la norma); se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (por ejemplo, cuando incitan a firmar tu carta de renuncia mediante error, dolo, intimidación o coacción) o; el empleador fabrica pruebas y se imputa..

La configuración del despido fraudulento fue tratada en el tema 2 del Pleno Jurisdiccional Distrital de Arequipa en materia laboral 2018 concluyendo que: El análisis del despido fraudulento bajo los supuestos de la STC 976-2001-AA/TC no deben ser excluyentes, se debe contemplar otros supuestos vinculados al despido lesivos a los derechos fundamentales, siempre que se configure una situación de fraude.

Con esto, se amplió la concepción del despido fraudulento a la jurisprudencia doctrinaria de la Corte Suprema, vinculándolo con la protección de otros derechos fundamentales.

Entre algunas jurisprudencias respecto al despido fraudulento tenemos la STC 976-2001-AA/TC que hacía referencia a que el despido fraudulento vulnera el principio de tipicidad. Así mismo, la STC 2158-2006-PA/TC la cual aludió que el despido se basó en una causa inexistente e irreal constituyendo un acto lesivo del derecho al trabajo. Cabe agregar que, en la Casación Laboral 17160-2017 Tacna se recalca que no existía el despido fraudulento por sancionar de manera desproporcionada. Tal casación es importante debido a que la Corte Suprema indicaba que para el análisis del despido fraudulento no podría invocarse la desproporcionalidad. En ese sentido, el trabajador no podría mencionar que la falta cometida era menor a la sanción impuesta. El estudio de la proporcionalidad únicamente estaba destinado a los casos donde se pedía la indemnización por despido arbitrario.

De igual manera, se encuentra el Pleno Jurisdiccional distrital de Arequipa en Materia Laboral en el 2018. Este pleno se encargó de establecer que el análisis del despido fraudulento debería contemplar otros supuestos vinculados al despido lesivos a los derechos fundamentales, siempre que se configure una situación de fraude.

Finalmente, la Casación Laboral 3263-2018 Tacna estableció que puede haber despido desproporcionado si se vulnera el principio de razonabilidad y proporcionalidad.

La regulación del Tribunal Constitucional vía precedente de observancia obligatoria con relación a que la reparación por el despido viene siendo excluyente. En otras palabras, hacía referencia a que no podía el trabajador tener a la par la reposición y la indemnización por despido arbitrario. En un precedente vinculante, el Tribunal Constitucional estableció que si el trabajador cobra la indemnización por despido arbitrario se entendía que había optado por la protección alternativa contra el despido. En ese sentido, si el trabajador, a pesar de haber cobrado la indemnización por despido arbitrario, demanda la reposición en el empleo, tendrá que ser declarada infundada la demanda.

9. Tipificación del despido

El despido en el que no se imputa una falta grave adquiere la calificación de incausado y la reparación es la reposición.

Por otro lado, de acuerdo a la jurisprudencia, si se encuentra un despido con ánimo perverso; es decir, se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, vicio de voluntad, fabricación de pruebas, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad; se produce un despido fraudulento. Producto de ello, la reparación sería la reposición

En otro orden de ideas, si se produce un despido con ocasión de la discriminación por la afiliación sindical, por ser una madre gestante, por haber presentado queja contra el empleador, por ser discriminado por sexo, raza, idioma, religión, condicional social, ser portador VIH, discapacidad, etc.; se produce un despido nulo cuya reparación es la reposición.

Después, si se produce un despido con una falta basada en hechos y se sigue el procedimiento previsto legalmente, pero las pruebas de los hechos no son suficientes para convencer al juez laboral de su ocurrencia, se produce un despido arbitrario. La consecuencia sería la reparación por indemnización.

9.1. Despido indirecto

El despido indirecto es el que existen actos que el empleador puede ejecutar para perjudicar al trabajador y que pueden parecer sustentados en la capacidad de dirección. Esta situación se denomina como acto de hostilidad: algunos de estos actos pueden originar la extinción de la relación laboral (son equiparables al despido). Se reconoce como un tipo de despido puesto que su trato es similar, toda vez que los actos cometidos contra el trabajador ameritan una tutela especial.

El trabajador ante un acto de hostilidad por parte del empleador tiene dos opciones: solicitar al empleador que cese el acto de hostilidad (y cese) o que pueda darse por despedido. La primera opción puede acudir a la vía judicial a denunciar el acto de hostilidad y será el juez quien ordene al empleador o a la empresa que cese el acto, además, se le impondrá una multa. En la segunda opción, si se le reclama al empleador por los actos y no cesan, podrían darse por despedido y podría acudir a la vía judicial a solicitar la indemnización por despido indirecto -que es equiparable al despido arbitrario-.

Los actos de hostilidad que se consideran equiparables al despido lo contiene el artículo 30 del T.U.O. del Decreto Legislativo del 728 y son: falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente; reducción de la categoría y de la remuneración; traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionar perjuicio; la inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador; acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia; actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole; actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador y; negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad

10. La evolución de la tutela procesal frente al despido

La evolución de la tutela procesal frente al despido ha sido desde el año 1995 con la emisión de la Ley de Productividad y Competencia Laboral, luego con la jurisprudencia del TC en el caso Cossio, después la sentencia SUTTP /FETRATEL en 2002, sentencia Llanos Huasco en 2003, más tarde con el Precedente Baylón Flores en 2005, con el Pleno Regional Laboral, jurisprudencia del TC y del PJ y, actualmente, con el Pleno Jurisdiccional Supremo de 2018.

Por mencionar algunas casaciones laborales, se encuentra la Cas. Lab. 2185-2011-Tacna mediante la cual se dictaminó que no procede reposición de despido fraudulento cuando se invoca un despido desproporcionado. De igual forma, se obtuvo la Cas. Lab. 5725-2014-Lima Norte a través de la cual se estableció que la carta de preaviso de despido debería señalar claramente las faltas graves imputadas. Por otra parte, la Cas. Lab. 18017-2015-Lima se encargó de dictaminar que no era posible invocar el iura novit curia para variar el tipo de despido reclamado. No podría el juez corregir la pretensión. Por último, la Cas. Lab. 19090-2016-Lima apuntó a que si el trabajador cobra la indemnización por despido arbitrario (IDA), acepta la protección alternativa contra el despido.

11. Respuestas a las preguntas del público

11.1. ¿Cuánto considera que ha evolucionado el tratamiento del despido dentro de la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema? ¿Considera que se protegen más los derechos del trabajador? O ¿considera que hay más protección para los empleadores?

Definitivamente el tratamiento del despido en la jurisprudencia ha evolucionado muchísimo y existe una protección imparcial tanto para los trabajadores como empleadores. La última jurisprudencia peruana es una clara demostración que existe una protección a los empleadores. Ello debido a que la sala ha considerado injusto que un trabajador despedido tenga indemnización y reposición. Sin embargo, se ha evidenciado que en ocasiones anteriores al trabajador se le otorgaba todo, quedando la empresa desprotegida y, es por ello, que sí podría haber hablado de una evolución en el tratamiento del despido.

El bono por función jurisdiccional: Naturaleza jurídica*

Víctor Renato Sarzo Tamayo**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Ley presupuestal de 1996: Primer paso para las bases del bono por función jurisdiccional / 3. Carácter no remunerativo del beneficio económico / 4. Cambio de perspectiva en el análisis jurídico / 5. Relación entre el derecho a la pensión y el concepto de remuneración / 6. Inconstitucionalidad de la exclusión / 7. A propósito del pago de diversos beneficios “no remunerativos” / 8. Conclusiones / 9. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Mas allá de las posiciones a favor o en contra respecto al bono por función jurisdiccional, a lo largo de la presente exposición se analizará el problema jurídico detrás de este tema. Empecemos comentando cómo surgió y cuál fue el tratamiento del bono por función jurisdiccional desde 1996.

Antes, hay que mencionar que este bono es una mejora salarial concedida a determinados miembros del Poder Judicial —en adelante, PJ—, tales como Magistrados, Auxiliares Jurisdiccionales y Personal Administrativo.

*Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Laboral, Procesal Laboral y su Desarrollo Jurisprudencial organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 21 al 24 de marzo del 2022. El presente texto es una transcripción de la ponencia efectuada el día 21 de marzo del 2022, por lo que no consiste en un artículo de investigación.

** Abogado, magister y profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor de los libros “La configuración constitucional del derecho a la remuneración en el ordenamiento jurídico peruano” y “Pragmática del control sobre el derecho a la huelga”. Co-coordinador del libro “Trabajo y seguridad desde el Estado social de derecho”. Con amplia participación en diversos artículos en materia laboral y seguridad social.

2. Ley presupuestal de 1996: Primer paso para sentar las bases del bono por función jurisdiccional

En el año 1996 se presentaron diversos proyectos con el objetivo de reformar y mejorar el marco legislativo correspondiente al servicio judicial en el Perú. Así, la ley presupuestal de aquel año¹, en su décima primera disposición transitoria y final, estableció que el bono por función jurisdiccional sería equivalente hasta el 70% de los ingresos del trabajador, además, éste se encontraba focalizado en el personal activo — esta denominación resulta clave para la derivación de consecuencias jurídicas—.

Ahora bien, el limitar de esta forma las características de los beneficiarios lleva a que solo se considere a los Magistrados, Personal Jurisdiccional y Administrativo activos (en prestación de servicios); condicionando de esta forma dicha bonificación. La propia ley dispuso que ésta no tenía un carácter pensionable, y aquí un primer punto a evaluar es: ¿de qué manera una norma —así tenga rango de ley— podría establecer que este bono únicamente se pague cuando el trabajador se encuentre en actividad y no se refleje posteriormente en el derecho a la pensión?; o, si acaso ¿el bono resulta computable para los aportes pensionarios?; sin embargo, no es el derecho a la pensión el de mayor discusión, pues en el centro del debate se encuentra la naturaleza remunerativa del bono, que a continuación pasaremos a explorar.

En primer lugar debemos indicar que, luego de emitida esta ley en 1996, a su alrededor surgieron ciertas controversias en relación a su pago y con ellas pronunciamientos jurisdiccionales, siendo el primero en manifestarse el Tribunal Constitucional —en adelante, TC— mediante un proceso de cumplimiento². En dicho proceso, un trabajador del Poder Judicial solicitó la nivelación de su pensión que estaba prevista en S/3.485,88, pues indicaba que en realidad la misma debía ascender a la suma de S/6.505,07, tal como lo disponía la Resolución de la Supervisión de Personal 823-2001-SP-GAF-GG-JP. El TC señala lo siguiente en su numeral 4:

“En cuanto a la materia de fondo cabe precisar que el acto administrativo cuyo cumplimiento se solicita se fundamenta en la Resolución Administrativa N° 041-2001-CE-PJ, del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, de fecha 30 de mayo de 2001, que dispone se efectúe la nivelación de las pensiones de los magistrados cesantes del Poder Judicial, incluyendo, como parte integrante de las mismas, el bono por función jurisdiccional y la asignación por movilidad que reciben los magistrados en actividad”.

¹ Ley N° 26553. Diario Oficial El Peruano. 12 de diciembre de 1995.

² Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N°6790-2006-PC/TC.

Desde esta perspectiva, el magistrado que ya había cesado en su prestación de servicios, solicitó la inclusión del bono por función jurisdiccional dentro del monto que sirve de base para el cálculo de su pensión. Sobre ello, en dicha causa, el TC señaló que una resolución del PJ del año 1999³ reguló, en ese entonces, la bonificación jurisdiccional donde se estableció que la misma no tenía carácter pensionario; asimismo citó la Ley de Presupuesto de 1996, así como un Decreto de Urgencia, luego de lo cual el referido TC concluyó que el bono jurisdiccional no tenía naturaleza remunerativa ni era computable para efectos pensionarios. Consecuentemente, solo con otorgar el beneficio a los magistrados activos, el TC buscó dar una solución deslindando dicho bono del derecho a la remuneración y el derecho a la pensión.

3. Carácter no remunerativo del beneficio económico

El reglamento vigente respecto al bono⁴, aprobado en agosto del 2011, señaló en su artículo 4 la modalidad de este beneficio, y es que la Bonificación por Función Jurisdiccional es otorgada de forma mensual a favor de Magistrados, Auxiliares Jurisdiccionales y Personal Administrativo, todos ellos en actividad, siendo que el mismo estaría compuesto por un monto fijo. Ahora bien, el artículo 5 indicó que el pago se computaría en función a los días laborados, remunerados por tiempo vacacional, y de surgir una situación que amerite el pago de una licencia con goce de haber.

Por su parte, el artículo 6 menciona la contextualización de su improcedencia, como, por ejemplo, cuando se goza de licencias sin goce de haberes o cuando se está bajo medidas disciplinarias. Por otro lado, el artículo 9 resulta central para el análisis y enfoque del tema, al señalar que:

“La bonificación por Función Jurisdiccional (...) no tiene carácter remunerativo ni pensionable, no siendo base de cálculo para ningún tipo de beneficio”.

Este será el eje central para el desglosamiento del concepto de remuneración y la naturaleza pensionable del bono. Para ello hemos transitado desde la ley del año 1996, donde la exclusión era únicamente del carácter pensionable, hacia el reglamento de 2011 que agrega el carácter no remunerativo del mismo. Finalmente, cabe señalar que la exclusión salarial había sido mencionada con anterioridad a esta resolución administrativa por otros Reglamentos.

3 Resolución Administrativa del Titular del Pliego del Poder Judicial N° 193-1999-SE-TP-CME-PJ.

4 Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial N° 305-2011-P/PJ

4. Cambio de perspectiva en el análisis jurídico

Es a partir del año 2014 que se atienden otras valoraciones, muestra de ello es el Segundo Pleno en materia laboral a través del cual se estableció que el bono tenía naturaleza remunerativa y, como tal, era computable para la compensación por tiempo de servicio, además de tener carácter de concepto pensionable. He aquí una acotación, y es que el carácter pensionable se daba solo en el caso de jueces y fiscales.

Esto constituye un problema debido a que, si bien es cierto, en principio el bono por función jurisdiccional no tenía carácter pensionable (en virtud a lo que se estipula en la Ley de Presupuesto del año 1996), este pleno determinó lo contrario, pero únicamente en lo que respecta a los jueces y fiscales. Es, así que nos enfrentamos entonces ante una sub cobertura de los beneficiarios objetivos, quienes son también el Personal Auxiliar y Administrativo, pues respecto a ellos se omite el carácter pensionario, y todo ello genera una regla con diferenciación sin justificación objetiva.

De esta manera, si bien este pleno reconoce la naturaleza remunerativa del bono, se equivoca al señalar que su esencia pensionable únicamente es aplicable a los Jueces y Fiscales. La supuesta justificación dada reside en lo señalado por el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que refiere que los Magistrados, Cesantes y Jubilados perciben como pensión las mismas remuneraciones, bonificaciones y otros beneficios que se otorgan a los titulares, y claro está que, dentro de la terminología de "remuneración, bonificación y otros beneficios", se incluye el bono por función jurisdiccional. No se puede realizar una lectura aislada de esta norma en desmedro del derecho constitucional a una pensión, del cual gozan no solo los magistrados, sino también el personal auxiliar y administrado del Poder Judicial.

No cabe duda de que el bono debería ser considerado para el cálculo final de la pensión que reciban los jubilados; sin embargo, no se toma en cuenta para la totalidad de beneficiarios.

5. El bono por función jurisdiccional como base de cálculo de los beneficios sociales

En efecto, la Casación Laboral N° 2367-2010-Piura busca evidenciar cómo esta bonificación puede ser aplicada como base de cómputo de determinados beneficios sociales, en este caso la compensación por tiempos de servicios.

Es así que, a través de este recurso de casación el señor Santiago Herrera pretende el reconocimiento de una resolución de recursos humanos del PJ, a través de la cual le fue otorgado un crédito devengado, de acuerdo a la directiva del año 2008, por la suma de S/38000.00 equivalente al 100% de 19 remuneraciones totales por concepto de CTS, para cuyo computo solicita se considere además el bono por función jurisdiccional.

Al respecto, en esta causa, la Corte Suprema señaló que el bono por función jurisdiccional poseía naturaleza y carácter remunerativo, por cuanto ostenta las características de una remuneración: regularidad —en realidad, no es una característica esencial de la remuneración, pero sí un rasgo—, que se percibe de forma permanente a consecuencia de los servicios prestados al Estado, además, es de libre disponibilidad, lo que evidencia que este concepto debió integrar la remuneración computable aplicable para el cálculo de la CTS, y luego termina señalando que según el artículo 24 de la Constitución Política, el trabajador tiene derecho al pago prioritario de sus beneficios sociales sobre cualquier otra obligación del empleador. En base a ello, la Sala Suprema estima que el bono se debe considerar como base de cálculo de la CTS.

De igual forma, en el 2016 es analizada la posibilidad del cómputo del bono en otros beneficios sociales, como, por ejemplo, las gratificaciones de julio y diciembre, tomando como punto de partida los mismos criterios de la Corte Suprema: permanencia, regularidad, libre disponibilidad y carácter contraprestativo del bono. Así, se menciona que el bono por función jurisdiccional tiene naturaleza remunerativa, pues se percibe de manera mensual, en un monto fijo, así como de libre disposición; razón por la cual debe ser considerada como base de cálculo de las gratificaciones de julio y diciembre y de la compensación por tiempos de servicios.

Hasta este punto, se ha hecho un recorrido histórico de este bono, a través de su surgimiento en una Ley de Presupuesto. Toca ahora una explicación del problema jurídico central. Tenemos un grupo de trabajadores conformado por los Magistrados, Auxiliares Jurisdiccionales y Personal Administrativo que son beneficiarios de este bono en virtud de la prestación de servicios brindados, y que este pago tiene como finalidad el fortalecimiento de las funciones jurisdiccionales y administrativas; es decir, se les paga para una mejora en la prestación de los servicios. Estamos ante un concepto remunerativo por tener carácter contraprestativo. El problema central que plantea el bono por función jurisdiccional es la inconstitucional de la exclusión salarial de este concepto.

En esa línea, se debe señalar que, si un monto se paga en el marco de una relación laboral y en razón al trabajo, estamos frente a un concepto remunerativo, y no es constitucional una norma que, sin más, establezca lo contrario.

6. Inconstitucionalidad de la exclusión

En principio, se debe evaluar, necesariamente, este problema partiendo desde la Constitución Política del Perú (CP), debido a que legislador ordinario —como el legislador que emitió la Ley de Presupuesto— se encuentra inexorablemente vinculado a la Carta Magna, esto lo dispone en sus artículos 38:

“Deberes para con la patria Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”.

Así como en el artículo 51:

“Supremacía de la Constitución La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

En la línea de lo expuesto, mostramos esta pirámide kelseniana, la cual la dividimos en 4 partes, siendo que, en el más alto se tiene el rango constitucional, donde se hayan la Constitución y los Tratados de Derecho Humanos; seguidos de un nivel primario, donde se encuentran las leyes, como la de presupuesto; luego uno secundario, donde se encuentran los reglamentos, como el emitido por el PJ en el marco del desarrollo normativo de este bono; y a nivel terciario las normas privadas.

Por lo tanto, si el legislador ordinario, como el que dictó la Ley de Presupuesto en 1996, se encuentra vinculado a la Carta Magna, se encuentra también vinculado a la definición constitucional de remuneración; es decir, el legislador ordinario no puede desconocer la forma en que la CP conceptualiza a este derecho. El artículo 23 señala lo siguiente:

“Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.”

Asimismo, el artículo 24 de la ley fundamental que dice:

"El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador".

Una lectura conjunta de ambas normas nos lleva a entender que remuneración es concepto contraprestativo más eficaz del derecho en la realidad. Es decir, se reconoce a este derecho como contraprestación por el trabajo realizado, y cuya finalidad consiste en procurar, en la realidad, el bienestar material y espiritualidad del trabajador y su familia.

Esta dualidad (concepto contraprestativo más eficaz en la realidad) se encuentra perfilada en la sentencia N° 04922-2007-PA/TC recaída en un proceso de amparo. Precisamente, en el fundamento 6 se señala que la remuneración es retribución por los servicios prestados y que este derecho adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona:

"(...) la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador debe ser entendida como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio - derecho a la igualdad y la dignidad, amen que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana. Así tenemos como consecuencias de este derecho: adquirir una pensión en base a los aportes y contribuciones a la seguridad social, servicio de cálculo para efectos de beneficios sociales como vacaciones, compensación por tiempo de servicios, indemnización por vacaciones truncas, o en su caso, ser calculable para la indemnización por despido arbitrario y otros beneficios sociales"⁵.

En mi opinión, la idea de una remuneración eficaz, acorde por lo señalado por el TC, significa que la remuneración debe desplegar sus efectos en la realidad, esto es, servir de base de cálculo para los beneficios sociales.

La remuneración, entendida como concepto contraprestativo y eficaz en la realidad, no es un tema extraño en la doctrina. A propósito de la Teoría General de los Derechos Fundamentales, Peter Häberle señala que los derechos fundamentales quieren tener operatividad real en la vida de sus titulares, deben tener efectividad, y que para el legislador que interviene

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04922-2007-PA/TC

en este campo, la efectividad consiste en no privar a estos derechos de su capacidad de desplegar completamente sus efectos, que para el derecho a la remuneración, ello consiste en servir de base de cálculo para los beneficios sociales:

“Puesto que los derechos fundamentales quieren ser regla [es decir, tener operatividad real en la vida de sus titulares], la efectividad de la norma no es una característica extraña a su substancia; forma, más bien, sustancialmente parte de aquellos. Tal efectividad no puede ser traída de fuera de la norma. Para el legislador que interviene en el campo de los derechos fundamentales, ello significa que él no puede privarlos de su capacidad de desplegar concretamente sus efectos. La norma que incluye el derecho fundamental quiere actuar en la realidad el objeto regulado en ella (...) Los derechos fundamentales no deberían perder entonces su (...) concretividad y no deberían ser vaciados de sus efectos prácticos con una norma establecida por el legislador. (...) Los derechos fundamentales no deben carecer de un resultado efectivo. (...)”⁶

Esto quiere decir que si tenemos un concepto que se paga por los servicios, es remuneración, y por tanto el monto asignado debe poder desplegar sus efectos en la realidad, lo cual significa, servir de base de cálculo para los beneficios sociales y, ser parte de lo que se considera como remuneración pensionable. Esta idea es reforzada por lo expuesto por Manuel Medina Guerrero:

“(...) esta vinculación (...) no es unívoca, sino que se proyecta en una doble vertiente: es, en primer término, una vinculación negativa, por cuanto supone la prohibición de que el legislador autorice, cualquier injerencia de los poderes públicos [en los derechos fundamentales] que no esté constitucionalmente fundamentada; y, en segundo lugar, es asimismo una vinculación positiva, que se traduce en el mandato de lograr que los mismos desplieguen plenamente su eficacia.”⁷

Entonces, podemos deducir que la remuneración es concepto y eficacia, contraprestatividad y eficacia práctica de este derecho en la realidad. Si un concepto se paga como contraprestación de un trabajo subordinado, entonces es remuneración y, para lo que nos concierne ahora, debería ser base de cálculo de los beneficios sociales.

6 HABERLE, Peter (1997). "La libertad fundamental en el Estado constitucional". Lima: Fondo editorial PUCP, pp.102-103.

7 MEDINA GUERRERO, Manuel (1996). "La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales". Madrid: McGraw-Hill, p.4.

El trabajo del legislador es establecer determinados requisitos para que un concepto remunerativo pueda ser computable para un beneficio A, un beneficio B y un beneficio C; lo que no puede hacer es negarle o restarle beneficios prácticos en la realidad, como sucede cuando se dice que este concepto de bono por función jurisdiccional no es remunerativo y no computa para ningún beneficio social. Así llegamos a una regla que se desprende de la CP: no es constitucionalmente admisible la exclusión salarial de un concepto de naturaleza remunerativa.

7. A propósito del pago de diversos beneficios “no remunerativos”

El tema de la bonificación por función jurisdiccional no es el único con este problema jurídico, pues existen otros beneficios que las normas las catalogan como “no remunerativos”, a pesar de tener naturaleza contraprestativa. Así, tenemos el caso de diversas asignaciones excepcionales que se entregan de forma permanente y con un monto fijo en función al trabajo realizado. Estas asignaciones excepcionales, de igual forma que con la bonificación por función jurisdiccional, se establece que no tienen naturaleza remunerativa, pensionable, y tampoco estaba afecta a cargas sociales, ni son consideradas para el cálculo de beneficios.

Sobre estas asignaciones excepcionales, se ha dicho lo siguiente:

- No son remunerativos porque hay un principio de legalidad presupuestal que, como dice la Corte Superior de La Libertad en la sentencia de vista recaída en Exp. N° 5065-2015, fundamento 9, donde se señala que *“el Estado si bien ha otorgado tales asignaciones para incrementar la capacidad adquisitiva de los trabajadores, no ha provisionado presupuesto público para asumir el efecto jurídico que cualquier concepto remunerativo ordinario tiene en los beneficios económicos”*; y por tanto se considera que no se está ante un concepto remunerativo. En nuestra opinión, este argumento es más un razonamiento en términos de conveniencia económica que en términos de legalidad presupuestaria. Una cosa es que el Estado no haya provisionado los efectos colaterales de un concepto remunerativo y otra, muy distinta, es que se razone en términos de legalidad presupuestaria para que a través de una ponderación de bienes jurídicos se termine por excluir de naturaleza remunerativa a un concepto contraprestativo si es que se identifican razones constitucionalmente suficientes. Esto último nunca se ha realizado para sustentar alguna exclusión salarial de los conceptos remunerativos.

- Como se detalla en la sentencia N° 5065-2015: que “(...) *el legislador tiene la potestad normativa para atribuir o restar naturaleza remunerativa a un determinado concepto, salvo que tal potestad este teñida de inconstitucional*”. Debido a que el legislador ordinario está vinculado a la CP y como tal está vinculado a la definición constitucional de remuneración, entonces no podría restarle naturaleza remunerativa a concepto salarial, porque de ser así, infringiría la definición constitucional de remuneración, lo que sí podría hacer es atribuir naturaleza remunerativa a conceptos no salariales, al ser esto último una manifestación del derecho de la remuneración suficiente.

- Presunción de salariedad. ¿Acaso se tiene dudas o no queda claro cuál es el motivo de pago del bono por función jurisdiccional, que haga necesario aplicar esta presunción? Lo que tenemos es una certeza sobre su naturaleza remunerativa desde la CP.

8. Conclusiones

A raíz de lo expuesto, se puede llegar a las siguientes conclusiones.

En razón a su jerarquía normativa, la definición constitucional de remuneración confiere naturaleza remunerativa a la bonificación por función jurisdiccional.

Ninguna de las normas citadas justifica, y menos de forma suficiente, la exclusión salarial de tal bonificación. Legalidad presupuestaria no es lo mismo que conveniencia económica.

El juez se encuentra vinculado a la Constitución, antes que, a la ley y reglamentos, por lo que es posible en un proceso judicial el reconocimiento de la naturaleza remunerativa de esta bonificación, y que, por tanto, sirva de base de cálculo de los beneficios sociales que correspondan, siempre, claro está, que cumplan con las condiciones para ello (como por ejemplo el requisito de la regularidad en el pago).

9. Respuestas a las preguntas del público

9.1. Con la finalidad de resguardar que mis beneficios como trabajador se me retribuyan, ¿cómo puedo saber si la empresa en la que laboro es microempresa o pequeña empresa?

La condición de micro o pequeña empresa se puede determinar o averiguar a través de la consulta en el “REMYPE”. Es un registro que tiene el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, accediendo a la página web

de la entidad. También se puede enviar una solicitud a la mesa de partes virtual, preguntando si la empresa A o B tiene la condición de micro o pequeña empresa.

9.2. Actualmente, el bono por función jurisdiccional ha sido declarado por el Tribunal Constitucional como un bono que no tiene naturaleza remunerativa ni pensionable, esto genera una contradicción entre lo que ha resuelto el Poder Judicial a través de la corte suprema y sus instancias inferiores, se tiene entonces esas dos posturas.

No es la primera vez que el Tribunal Constitucional razona en términos distintos que los de la Corte Suprema. Tenemos así el caso del pago de las remuneraciones devengadas, aquellas que se pagan luego de que el trabajador haya sido despedido, el TC les ha otorgado naturaleza resarcitoria; mientras que la Corte Suprema señaló en su momento que estas remuneraciones tenían carácter restitutorio; es decir, tenían carácter de remuneración propiamente dicha.

Ahora bien, para este caso en específico, en principio no hay un órgano superior a estos que termine por discernir la situación, pero una herramienta que puede ser utilizada es la del Pleno Casatorio, convocado para noviembre del 2021 pero que no se llevó a cabo. Un Pleno Casatorio conducido debidamente por el Código Procesal Civil y la Nueva Ley Procesal Del Trabajo sí puede terminar sentando una regla vinculante, por lo menos, para los jueces que integran el Poder Judicial. Una segunda salida, podría ser una norma legal que señale que este bono tiene tanto naturaleza remunerativa como pensionable.

9.3. En las fuerzas armadas pasa lo mismo, hay una bonificación que no es pensionable, pero es tomada por los jueces en los descuentos por pensión de alimentos ¿qué opina usted acerca de eso?

Lo que sucede es que cuando un juez ordena descuento por pensión de alimentos, en principio, amplía su horizonte, porque se descuenta de una gran bolsa llamada "ingresos del trabajador". Aquí vale hacer una diferencia; mientras la remuneración es un pago por los servicios prestados, la noción de ingreso puede cubrir los demás conceptos que ingresen al patrimonio del trabajador, como el alquiler de un inmueble o servicios independientes.

Bajo esas ideas, no es difícil determinar que este bono que se paga en las fuerzas armadas ingrese en esta bolsa de ingresos, allí no se requiere evaluar si estamos ante un concepto de naturaleza remunerativa o no, ya que

en la medida de que todo es ingreso y que el descuento por pensión de alimentos efectivamente recae en los ingresos, va a recaer en todo lo que el trabajador percibe.

9.4. En caso del cese de funciones antes de la fecha estimada de remuneración del bono, ¿es correcto que la empresa retrase el depósito del mismo?

Imaginando que se trate de una entidad pública, el bono debe ser pagado al cese, en la misma oportunidad que se le paga el resto de los beneficios sociales del trabajador. Ahora bien, lo cierto es que, las entidades públicas manejan sus propios tiempos en función a distintas normas administrativas y a consideraciones de índole presupuestaria, la realidad es que, se pueden demorar 2 o 3 semanas.

Análisis: Indemnización por despido arbitrario de los trabajadores de dirección y de confianza*

José Martín Burgos Zavaleta **
Universidad Nacional de Trujillo

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Legislación vigente en el despido arbitrario de trabajadores de confianza / 3. Jurisprudencia notable interviniente en la definición de la relación de confianza / 4. Antecedentes jurisdiccionales / 5. Conclusión / 6. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Este tópico es de gran importancia por el debate constante al que se ve sometido debido a los distintos enfoques que se tiene gracias a la diversidad interpretativa de la Constitución, de la ley, los derechos fundamentales y los principios del derecho laboral. Este tema es el referido a la indemnización por despido arbitrario de los trabajadores de confianza. Comenzaremos esta búsqueda de la delimitación conceptual y funcional a través de la legislación actual, a efectos de realizar una adecuada interpretación, lo cual se ve relacionado con el deber de estar actualizado con las normas pertinentes, principios y las últimas tendencias jurisdiccionales. Partiremos de la observación del Pleno Supremo en vigencia sobre la indemnización por despido arbitrario de los trabajadores de dirección y de confianza, luego vamos a retomar los antecedentes que condujeron a esta decisión, así como jurisprudencia destacada. También a fin de ejemplificar en la práctica el desarrollo teórico de este tema, se presentan las sumillas de algunas sentencias del Tribunal Constitucional.

*Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Laboral, Procesal Laboral y su Desarrollo Jurisprudencial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 21 al 24 de marzo del 2022.

** Juez Titular Especializado Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima. Magistrado Capacitador de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Docente de Posgrado en las Maestrías de Derecho del Trabajo en la USMP, UNT y UNP.

2. Legislación vigente en el despido arbitrario de trabajadores de confianza

La Corte Suprema de Justicia de la República en su VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional de fecha 22 de mayo de 2018 acordó por unanimidad sobre la indemnización por despido arbitrario de los trabajadores de dirección y de confianza y/o instituciones del sector privado establecer las consecuencias jurídicas correspondientes a cada modalidad de ocupación del cargo de confianza. En primer lugar, se mencionan a los trabajadores que habrían sido colocados de forma directa a un cargo de confianza o de dirección, a estos, en caso se les retire la confianza, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario debido a que encuentra asidero en una justificación subjetiva. Por el contrario, aquellos trabajadores que fueron escalando en la jerarquía empresarial desde un cargo en el que realizaban funciones ordinarias, hasta uno de confianza o dirección, son aptos para recibir el pago por indemnización a causa de despido arbitrario en caso su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo luego retira la confianza u opte por no reintegrarse a su trabajo original.

Como ejemplo, en la actividad privada se tendrá el siguiente caso en donde un trabajador con amplia trayectoria es considerado por su jefe ser el nuevo gerente de la empresa y así lo hace, este acepta y ocupa el espacio laboral; sin embargo, su desenvolvimiento no satisface las expectativas de la institución y como resultado de estas funciones, el jefe se encuentra facultado de retirarle la confianza. Entonces, suceden dos escenarios para el empleador; decidir que se extinga la relación laboral o que el trabajador retorne a su antiguo puesto de trabajo. No obstante, al trabajador también se le presentarán dos figuras. La primera es optar por concluir la relación laboral, acto seguido plantear una demanda de indemnización por despido arbitrario que resultará procedente ya que este es un trabajador de planta o, la segunda figura será el solicitar su reincorporación al empleo original, planteando así una demanda de reposición.

Ahora bien, es necesario establecer la diferenciación en cuanto a cobertura legal, esta es, que el régimen laboral público rige para entidades públicas, empero el régimen laboral privado, por el otro lado se extiende tanto para el sector privado como para las entidades públicas. Es así como, en el Poder Judicial, los jueces se encuentran bajo el régimen laboral público; caso contrario, sucede con los trabajadores y servidores ya que estos se encuentran dentro del régimen privado; con esta aclaración hecha, las posiciones evaluadas son:

1. En la esfera laboral privada el empleador con el derecho que le asiste puede disponer del trabajador para su retiro o reincorporación al puesto que tenía antes. De extinguirse la relación laboral, el trabajador puede incoar una demanda de indemnización por despido arbitrario en la cual resultará procedente de haber sido trabajador de planta, así también puede interponer una demanda de reposición para exigir la reincorporación a su puesto original.
2. En el caso de los trabajadores de dirección o de confianza de entidades públicas la situación se desarrolla como continua el VII Pleno jurisdiccional supremo en materia laboral y previsional.

En el caso de los trabajadores de dirección o de confianza de entidades públicas, la designación establecida en el artículo 43 del TUO del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, se realiza en el marco de políticas públicas regulado por la Ley 28175, por lo que el retiro de la confianza o la remoción de dicho cargo no genera indemnización alguna para aquellos trabajadores que fueron designados directamente a un cargo de confianza o de dirección.

Esta es la interpretación existente a nivel constitucional, todo se explica de forma clara, se puede notar que no existe contradicción, sino casuística o situaciones probatorias donde se pretende establecer una tipología para diferenciar a los trabajadores de confianza de los trabajadores de dirección, y sobre este punto recae la construcción jurídica debido a que ambos tipos no poseen los mismos derechos, así como distintas atribuciones laborales o condiciones en el contrato de trabajo.

El principal criterio de distinción establecido por nuestra jurisprudencia nace mediante la sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 03501-2006-PA/TC. En esta sentencia se logra establecer el marco jurídico y doctrinario por el cual los trabajadores son denominados de dirección y de confianza, este indica lo siguiente:

Los trabajadores comunes gozan del derecho de acceder a un puesto de trabajo en el sector público, tienen estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos arbitrariamente, según la STC 0206-2005-AA/TC. Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la "confianza", valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos.

En referencia a ello, el artículo 40º de nuestra Constitución Política alude a los trabajadores de confianza del sector público mas no a los trabajadores de confianza del sector privado, puesto que para ser servidor público se ingresa por concurso público, mientras que para acceder a un cargo de confianza basta que sea designado por el jefe del área, y que se requiera una persona de "confianza" en una institución; si bien el cargo de confianza debe estar previsto en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP). Además, el artículo 42º de la Constitución establece que los trabajadores de confianza no pueden sindicalizarse, pues estos ostentan un estatus especial dentro de la institución pública, lo cual los obliga a tener un compromiso mayor que los trabajadores ordinarios.

Así mismo, el Tribunal hace mención de doctrina laboral, acredita autores como Celso Mendo Rubio, Santiago Barajas Montes de Oca, Mario de la Cueva y Montoya Melgar. En suma, le atribuye al trabajador de confianza, el derecho a gozar de la máxima confianza y que apenas se encuentra sujeto a subordinación¹, al encontrarse ligado de forma íntima al destino de la empresa y los intereses particulares de quien lo contrata. Es una relación especial con un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea que desempeñan y para su efectividad será indispensable probar la correlación entre la naturaleza de sus funciones y los caracteres de la excepción. La relación entre empleador y trabajador refiere a un campo más estricto que la genérica confianza con empleados comunes, en este punto es importante resaltar que la mayor parte de la casuística alrededor de este tema se basa en la incorrecta denominación que da el empleador de confianza el empleo cuando en estricto no llega a ser configurado.

En este marco, se exponen las particularidades de un trabajador de confianza que ayudan a distinguir su relación excepcional con el empleador, estas son:

- a) La confianza depositada en él, por parte del empleador; la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, como fundamento de esta relación laboral especial.
- b) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; las mismas que lo ligan con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad.

¹ De forma casi horizontal.

- c) Dirección y dependencia; es decir que puede ejercer funciones directivas o administrativas en nombre del empleador, hacerla partícipe de sus secretos o dejarla que ejecute actos de dirección, administración o fiscalización de la misma manera que el sujeto principal
- d) No es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza. La naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador.

Por estas características es que podemos hallar correspondencia con el principio de Primacía de la Realidad y la manera en que ha sido concretizado el contrato de estos singulares trabajadores. Considerando que se puede tener un tipo de contratación escrita o no, se tiene por bien que este principio actúa de forma transversal; es decir, se ocupa de todo el contrato de trabajo. Entonces, cómo podríamos determinar que las obligaciones de un trabajador, que cuenta con registro en una boleta de pago, pero sin un contrato escrito, es o no de confianza, pues esto se determina principalmente en los hechos, a través de los medios de prueba, decidiendo si le corresponde el derecho a la indemnización por despido arbitrario. Se menciona además que estos trabajadores tienen impedido afiliarse a una organización sindical², por su condición de trabajadores de dirección y de confianza no pueden ser miembros, salvo que, en forma expresa, lo permita el estatuto de la organización sindical³.

Por otro lado, se recalca que la relación se extingue por causal subjetiva, debido a que la pérdida de confianza invocada por el empleador determina su existencia, a diferencia de los despidos por causa grave. La pérdida del empleo se da siempre que desde el ingreso a la empresa se haya desenvuelto en un cargo de confianza o de dirección, de no ser así y haber empezado por realizar labores ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, le corresponde la restitución a sus labores anteriores en salvaguarda de evitar un abuso del derecho⁴, salvo se encuentre causal objetiva de despido.

3. Jurisprudencia notable interviniente en la definición de la relación de confianza

Ahora bien, revisaremos jurisprudencia relevante que se ha dilucidado en un caso en concreto, pero que por su calidad argumentativa irradian criterios a tener en cuenta por los tribunales menores.

² Correspondiente al derecho amparado en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú.

³ El inciso b del artículo 12º del Decreto Supremo N° 010-2003-TR del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo referente a los servidores públicos con cargos de dirección o de confianza.

⁴ Derecho amparado en el artículo 103º de la Constitución Política del Perú.

Veamos la sentencia del Poder Judicial que estableció la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República que delibera sobre los casos en los que ciertos tipos de cargos nos pueden dar la idea de trabajar bajo una relación de confianza, esta es la **Casación Laboral N° 14847-2015-Del Santa**. Primero, hace una reseña histórica sobre la fuente jurídica y delimita, para efectos prácticos de ese análisis, los conceptos de trabajador de dirección y trabajador de confianza, el primero de ellos se encuentra plasmado en su considerando 5.2., se expresan de esta forma:

El 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 aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial, conforme el primer párrafo del artículo 43° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Conforme a la doctrina, los trabajadores de dirección son los altos directivos que representan o sustituyen al empleador, los mismos que se encargan de administrar, dirigir, controlar y fiscalizar la actividad empresarial, ejemplo de este cargo es el gerente general de una empresa. Sin que la enumeración sea taxativa, en la legislación peruana encontramos expresamente señalados los casos de personal de dirección siguientes:

- a) Los Gerentes de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta (segundo párrafo del artículo 40° de la Constitución Política del Perú y el Decreto Legislativo N° 1031).
- b) El Gerente de una sociedad anónima (artículo 187° de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades).
- c) El Gerente de una cooperativa (artículo 35° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Cooperativas, aprobado por el Decreto Supremo N° 074-90-TR).
- d) Los Jefes de relaciones industriales o los que hagan sus veces (Decreto Ley N° 14371).
- e) Todos aquellos casos que la ley lo establezca así

Continuando con la labor de esclarecer los límites de cada rango en la empresa, en su artículo 5 numeral 3 continúa la definición de los trabajadores de confianza que se establece como sigue:

Los 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 conforme lo prevé el segundo párrafo del artículo 43º del Decreto Supremo N° 003 -97-TR.

Al igual que en el caso anterior, sin que esta enumeración sea taxativa, podemos mencionar los casos de trabajadores de confianza siguientes:

- a) Personal que labora en contacto directo con el personal de dirección realizando funciones de asesoría, tal como sería el caso de sus asesores legales o asesores técnicos.
- b) Personal que labora directamente en funciones de apoyo de los trabajadores de dirección, tal como es el caso de las secretarías, choferes y personal de seguridad.
- c) Personal que realiza labores jerárquicas que no califican como labor de dirección, tal como es el caso de los subgerentes, jefes de departamento, entre otros.
- d) Todos los demás casos que la ley lo establezca así

Con estas delimitaciones precisadas, se nos muestra un panorama conceptual ya esclarecido.

4. Antecedentes jurisdiccionales y sentencias

Con la finalidad de ampliar más el espectro de información sobre ambos conceptos, se cuenta con jurisprudencia de hace algunos años en las cuales la Corte Suprema en ciertos casos amparó el derecho resarcitorio a algunos trabajadores de confianza. Para ello vamos a sumillar algunas casaciones emblemáticas como lo han sido la **Casación Laboral EXP. N° 03501-2006-PA/TC** por despido arbitrario y otros, nos señala:

De la misma manera la calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita. Por lo que, si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo, de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él, tal como viene resolviendo este Colegiado.

De esta manera, distingue que el retiro de la confianza se puede dar de manera fáctica y no se necesita la acreditación de causa objetiva para su cese, sin embargo, para que se de este tipo de despidos sin justificación tiene que acreditarse de forma indubitable no solamente la calificación que da el empleador como un trabajador de dirección o de confianza, sino tiene que acreditarse principalmente es que el trabajador reúna las características mencionadas anteriormente. Si ingreso por designación directa, no le cabe indemnización como se ha leído, solo en algunos casos se ha llegado a conceder esta petición, mayormente en el sector privado; en el sector público, por el reordenamiento que se ha dado mediante la ley marco del empleo público el acceso queda limitado, se tiene referencias anteriores como el Precedente Huatuco este es el Precedente Vinculante N° 3057-2013-PA/TC-Junín, donde se plasma que no todos los trabajadores que ingreses al sector público bajo el régimen privado tienen derecho a ser repuestos, salvo que hayan iniciado como trabajadores y luego ascendido. Presente aquí las sumillas de algunas sentencias que ayudan a visualizar la aplicación de lo desarrollado en este artículo:

- **Sentencia de la Corte Suprema, Casación Laboral N° 25643-2017-Arequipa**

Cuando se encuentra acreditado que el demandante ha desarrollado laborales en un cargo de confianza, su estabilidad laboral estará sujeto a la confianza del empleador; en consecuencia, cuando se acredite que el ingreso del trabajador fue directamente a un cargo de dicha naturaleza, no es viable el pago de una indemnización por despido arbitrario, de conformidad con el VII Pleno Supremo en materia laboral y previsional.

- **Casación Laboral N° 10593-2019-Del Santa**

La calificación de los cargos de dirección y de confianza, deben ser previamente calificados por la empresa a efectos, de que, a partir de aquello, pueda correr el plazo de caducidad.

Se refiere a las normas que ofrece los plazos de impugnación cuando el trabajador no está de acuerdo con la calificación de trabajador de confianza; sin embargo, cabe hacer mención de que ello no es óbice para que pasado el término de impugnación en virtud de un proceso judicial por la irrenunciabilidad de los derechos laborales pueda reclamar este derecho a consecuencia de la labor prestada.

• **Casación laboral N° 13704-2017, Lima**

La Sentencia de Vista incurrió en inaplicación del artículo 43° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, al haber confirmado la sentencia apelada que amparó el pago de una indemnización por despido arbitrario, bajo el argumento que el actor había sido objeto de un despido arbitrario, cuando ello no ocurrió, al tratarse de un retiro de confianza de un trabajador de dirección.

Por ello, en primer orden, a nivel de un proceso laboral, tiene mayor importancia, cuando se demanda un despido y la indemnización, dilucidar que el trabajador sea uno de confianza o no. Si se obtiene la acreditación que da fe de la inexistencia de esta condición, se le otorga el derecho a la indemnización por despido arbitrario, porque también puede darse el supuesto de que sea un trabajador ordinario y que el empleador de manera fraudulenta haya simulado un cargo de confianza, en este caso no solamente le asistirá la indemnización, sino también la reposición.

5. Conclusión

Según lo expuesto anteriormente, podemos encontrar que es clara la normativa, la constitucionalidad y principios, pero lo fundamental en un juicio es probar lo que se dice, por ello tanto demandantes como demandados deben presentar pruebas para verificar su versión, en base a los derechos y facultades que le confiere la legislación vigente tras su modificación y construcción jurisprudencial.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. Si una persona ingresa a una empresa en calidad de trabajador de confianza y va ascendiendo hasta lograr ocupar el puesto de gerente o subgerente de la empresa, ante un retiro de confianza, ¿le corresponde la indemnización?

Se aplica la figura de cese por retiro, no le corresponde la indemnización, pero el monto remunerativo, las utilidades y demás derechos sociales brindados por el empleador hace que este tipo de trabajadores se encuentre económicamente protegido.

6.2. Respecto a las características de este trabajador, se puede mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional N°5214-2016 recaída en una acción de amparo constitucional que gira en torno al cargo de asesor legal, sobre este se menciona que acciones que le competen como preparar informes para el consejo directivo, representar al empleador, acompañar al gerente

general, emitir opiniones y algunas otras no constituían elementos para configurar un puesto de asesor legal de confianza. ¿Cómo puede darse esta situación?

Luego de analizar distintas sentencias del Tribunal Constitucional en materia laboral, se puede inferir que la Corte Suprema tiene una mejor y mayor especialización jurisprudencial en esta rama del derecho. En el caso que se pregunta, una gerencia legal puede hacer informes, pero por el solo hecho de hacerlo, no podría ser un factor concluyente para determinar por sí solo, que todos los trabajadores en ese ámbito son de confianza. Se requiere examinar de forma minuciosa esta denominación, por ser una categoría especial y excepcional desde donde incluso se puede contratar y despedir a los trabajadores a criterio propio y subjetivo. Sin embargo, se puede dar caso de una denominación fraudulenta, se brinda la ilusión de un puesto de confianza sin tener por explícita dicha denominación, esto lo haría merecedor de la indemnización. Finalmente queda claro que no todos los trabajadores de la Gerencia, serían de confianza, lo será si el Gerente Legal, más no necesariamente los asistentes.

6.3. ¿Qué se puede mejorar en el tratamiento del trabajador del puesto de confianza en el ordenamiento jurídico?

En realidad, el trabajador de confianza por ser un alto cargo tiene una posición privilegiada en cuanto a su condición económica. Algunos autores que han evaluado escribir sobre este punto, propusieron que sería conveniente para el trabajador de confianza establecer un contrato de entrada con su empleador, de forma que así se pueda pactar, en el caso de ser despedidos en cierto plazo, les corresponda una indemnización.

6.4. ¿El hecho de que no corresponda una indemnización por despido arbitrario inhabilita al trabajador para reclamar accesoriamente derechos complementarios como el daño moral?

El trabajador no se encuentra imposibilitado de incluir en su demanda estos pedidos accesorios, el cual solo será procedente bajo el supuesto de que se le impute una falta grave y sea despedido, pero además tendría que acreditarse otra conducta antijurídica a parte del hecho principal; el cual una vez que sea constatado, corresponderá entonces el pedido de indemnización por daño moral.

6.5. ¿Qué sucede cuando una trabajadora que ostenta un cargo de confianza, al anunciar su estado de embarazo, es retirada de su ocupación por extinción de la confianza puesta en ella, se encuentra bajo alguna protección?

Actualmente por convenio y normas internacionales las mujeres gestantes y no gestante, tienen una protección total, aunque, dadas las condiciones singulares de cada situación sería un tema de análisis para la casuística. Se puede precisar que ya existe un antecedente de condiciones similares a las que se mencionan. Me parece que la establecida por la Octava Sala Laboral de la Corte de Lima que ordenó la reposición de una trabajadora en el Congreso de la República hasta la culminación de su estado de gestación sin tener en cuenta el mandato del congresista que ya había culminado. En vista de los convenios internacionales a los que se encuentra sometido el Perú, en caso de no existir norma prescrita, se puede aplicar el Control de Convencionalidad para la protección de las trabajadoras hasta culminado su proceso de gestación.

