INSTITUTO PACÍFICO

CONTRATOS Y DERECHOS LABORALES - ACTUALIZADO

Actualidad Empresarial

PACIFICO editores

Presentación

En la presente oportunidad, la Revista Actualidad Empresarial les presenta el libro Contratos Laborales sujetos a modalidad; el mismo que tiene como finalidad proporcionar un material que le permita utilizar los contratos temporales de una manera adecuada y regulada de acuerdo a ley.

Esta obra que ponemos a su disposición contiene la descripción normativa, alcances, elementos objetivos para su contratación y causas para su desnaturalización, asimismo se les proporciona modelos y jurisprudencias relevantes.

En la actualidad, los contratos sujetos a modalidad constituyen una herramienta muy usual entre los empleadores, sin embargo, la norma laboral fija ciertos supuestos para su aplicación y su adecuada contratación, que debemos tener en cuenta al momento de celebrar un contrato de trabajo.

No olvidemos que el contrato por excelencia es el de tiempo indeterminado o indefinido y solo se recurre a los contratos sujetos a modalidad para situaciones temporales, accidentes o por obra o servicio. Sin embargo, a través del tiempo se ha venido utilizando este tipo de contratos en forma indistinta, para situaciones o actividades permanentes que implican una contratación a tiempo indefinido, cuestión que es sancionada por el Ministerio de Trabajo.

Estamos convencidos que el material que se le proporciona en esta oportunidad será de utilidad en su actividad cotidiana empresarial y esperamos que coadyuve a tomar decisiones correctas y evitar contingencias laborales.

Dr. Ludmin G. Jiménez Coronado
Dra. Gisela Margot Infantes Cárdenas
Dra. Jenny Ugarte Gonzáles

CONTENIDO

1. Presentación

Contratos de naturaleza temporal

1. El contrato por inicio o lanzamiento de una nueva actividad
2. El contrato por necesidades del mercado
3. El contrato por reconversión empresarial

Contratos de naturaleza accidental

4. El contrato ocasional
5. El contrato de suplencia
6. El contrato de emergencia

Contratos de obra o servicio

7. El contrato por Obra o Servicio
8. El contrato intermitente
9. El contrato de temporada

El contrato por Inicio o Incremento de Actividad

1. Definición Normativa

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 57 del Decreto Supremo N° 003-97-TR-TUO del D. Leg. N° 728:

"El contrato temporal por inicio de una nueva actividad es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración máxima es de tres años.

Se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa."

Por su parte en el Artículo 76º del Decreto Supremo N° 001-96-TR; refiere que para la determinación de las actividades empresariales referidas en el párrafo precedente, se tomará como referencia la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU) de las Naciones Unidas.

2. Alcances

A diferencia de otro tipo de contratos sujetos a modalidad; éste tipo de contrato temporal puede ser utilizado incluso para las actividades permanentes, ya que esta enfocada más que todo a cubrir una situación especifica en las empresas, es decir en el proceso de consolidación.

Lo más difícil es ingresar al mercado, desarrollar sus actividades con un personal estable o a tiempo indeterminado agravaría en muchos casos la incertidumbre si es que el negocio va a tener los resultados esperados.

Para su uso se debe de tener en cuenta que lo que establece la norma; es el inicio de una actividad; es decir cuando una empresa tenga actividades económicas, por lo

tanto se puede dar el caso en que una empresa haya estado constituida en el año 2005 pero que recién comienza sus actividades en el año 2009; en ese sentido para efectos de aplicar el contrato se tomará como fecha de inicio éste último.

También es bueno mencionar que la aplicación de este contrato es por la actividad de la empresa, mas no por la condición del trabajador, ya que se suele aplicar este contrato por las empresas que han estado muchos años en el mercado para el nuevo personal que esta incorporándose a la empresa.

En la definición de este contrato también se hace mención a que pueden ser utilizados en el caso de incremento de actividades; tal es así que en una empresa que se encuentre en el mercado por varios años pero decide ampliar sus actividades, también puede hacer uso de esta modalidad, para ello ese nuevo personal deberá de estar destinado principalmente a cubrir estas nuevas actividades. Tal es así; podemos citar como ejemplo el caso de una empresa que se haya estado dedicando solo al proceso de curtiembres; sin embargo mas adelante desea dedicarse a la elaboración de calzado o de carteras. En el presente caso; aquellos trabajadores que se incorporen a proceso de elaboración de calzado podrían tener un contrato por incremento de actividades, de acuerdo a lo manifestado anteriormente.

Otro de los supuestos que la misma norma nos refiere para la utilización de éste contrato es la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados; que es lo que podemos colegir a respecto; que si tenemos una empresa la cual ha venido desarrollándose en el mercado ya por mucho tiempo y desea ampliar sus operaciones en otros establecimientos entonces podrá implementar éste tipo de contrato.

Es así, por ejemplo; si tenemos a una empresa que desarrolla sus actividades habituales al comercio al por mayor y menor en el distrito de Los Olivos, sin embargo desea aperturar dos nuevos locales en los distritos de Magdalena del Mar y Jesús María; el personal que contrate en éstos nuevos distritos, podrían ser contratados por éste tipo de contrato por incremento de actividades.

Respecto a este de contrato existen muchas posiciones en su contra, ya que por una falta de precisión en sus alcances hace que los empleadores hagan una mala utilización de los mismos.

Tal como refiere Elmer Arce Ortiz; que el concepto de nueva actividad es tan abierto que vacía de contenido el propio derecho al trabajo. Lo que en teoría era la excepción se convierte en regla general, confinando a la contratación por tiempo indeterminado a un supuesto casi extraordinario. La "nueva actividad" incluye el inicio de una actividad empresarial ya sea en el marco de una nueva persona jurídica o de nuevos establecimientos o centros de trabajo, si se toma como referencia el sustrato orgánico que sustenta la actividad, y hasta el inicio de nuevas actividades sin necesidad de constituir una nueva persona jurídica o de abrir nuevos centros o establecimientos. En este segundo grupo, bastará que el empresario diga" como se ha abierto un nuevo mercado para mi empresa" o "como necesito una actividad dirigida a la propaganda de la empresa", para que por "arte de magia" pueda contratar en actividades permanentes a los trabajadores que considere necesarios por un plazo no mayor a tres años. La alta subjetividad que se esconde tras estas decisiones, otorga al empresario un poder de contratación temporal realmente fuerte"…[1]

Por otro lado también Wilfredo Sanguineti Raymond, establece que "…Ante esta más que inquietante realidad, se hace necesario, sin perjuicio de considerar que mejor hubiese sido no incluir una figura de este tipo y que en una posterior reforma de la ley lo más conveniente sería optar por su desaparición, intentar una interpretación correctora de sus alcances, que permita salvaguardar la vigencia del principio de causalidad consagrado por su articulo 53º. Para ello, la única vía aceptable sería la de estimar, pese a los obstáculos literales que pueden oponerse, que la celebración de este contrato se justifica solo cuando se trate de actividades que tengan una duración, si bien no necesariamente limitada en el tiempo, al menos incierta". [2]

El autor Jorge Toyama Miyagusuku, refiere que la clasificación de la LPCL sobre los contratos temporales no es del todo adecuada en la medida en que se incluye contratos que son de duración indeterminada (intermitente y de temporada), y otros que están considerados por el legislador como temporales en función de la decisión empresarial de iniciar o incrementar una actividad(inicio de actividades) o reorganizar(reconversión empresarial) debido a la incertidumbre del empleador por el inicio o implementación de una actividad y, de este modo, se flexibiliza las consecuencias de

[1] Elmer Arce Ortiz, Derecho Individual del Trabajo en el Perú Desafíos y Deficiencias – Palestra Editores 2008-p.190-191.

[2] Wilfredo Sanguineti Raymond, Los contratos de trabajo de duración determinada- Gaceta Jurídica- 2008-p. 33.

un trabajo por cuenta ajena al distribuir parte del " riesgo" empresarial de contratación al trabajador.[3]

Como podemos apreciar, existen posiciones muy importantes y fundamentados, por las cuales éste tipo de contrato implica muchas deficiencias y sobretodo en su aplicación discriminada por los empleadores; en tal sentido se requiere que el Ministerio de Trabajo, a través de los órganos de fiscalización puedan enmendar éstas actitudes y establecer las verdaderas pautas para la celebración de este tipo de contratos.

3. Elementos Objetivos para su aplicación

Tal y como lo describe la norma; los elementos objetivos para la contratación del personal, bajo éste tipo de contrato es en principio que estemos frente a una empresa o entidad; que se encuentre iniciando sus actividades o en su defecto esté incrementando las mismas, instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados.

Vale decir que al margen de poder determinar si estamos frente a puestos de naturaleza permanente o no; lo que es determinante es la actividad de la empresa, es decir es por decisión empresarial, cuyo sustento es la incertidumbre de estar iniciando un negocio y por ende pretende flexibilizar la contratación del personal.

4. Situaciones para su desnaturalización

Teniendo en cuenta lo vertido en el punto anterior, se estaría desnaturalizando en los siguientes supuestos:

- No se podría utilizar este contrato en aquellos casos cuyas empresas ya tienen en el mercado realizando actividades por varios años (mas de 3).

- Otra de las formas de desnaturalización es que un trabajador se encuentre contratado bajo éste tipo de contrato por mas de 3 años; ya que el plazo máximo para su contratación es de tres años,

[3] Jorge Toyama Miyagusuku, Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral- Gaceta Jurídica- 2008- p. 76

- También estarían incurriendo en una desnaturalización, aquellas empresas que teniendo varios años en el mercado, optan por el contrato por inicio de actividad a personal nuevo que recién se incorpora a sus empresas, en el supuesto que éste tipo de contratos es para el personal nuevo; recordemos que se recurre a este tipo de contratos mas que todo teniendo en cuenta las actividades de la empresa.

- Estaríamos frente a una desnaturalización de éste tipo de contratos, cuando se determine que una empresa que haya tenido varios años en el mercado y decida incrementar sus actividades y el personal que haya tenido bajo un contrato ya sea indeterminado o modal les cambie a un contrato por incremento de actividad. Esto debido a que quienes deberían de estar contratados bajo el contrato por incremento de actividad, será el nuevo personal que básicamente se encargará de las labores que impliquen éste incremento.

- Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la ley.

- Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido.

5.- Modelo de Contrato por inicio o incremento de actividad

Contrato de Trabajo Temporal por Inicio de Actividad

Conste por el presente documento, que se suscribe por triplicado con igual tenor y valor, el contrato de trabajo sujeto a modalidad de naturaleza temporal por inicio de actividad, que al amparo de los artículos 54º y 57º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR (27.3.98), celebran de una parte la empresa Todo Amor SAC con RUC No 125263568, con domicilio en Jr. Junín 438- Jesús María ; provincia y departamento de Lima, cuya constitución obra debidamente inscrita en la Partida Electrónica No 2343 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, debidamente representada por su Gerente General Sra. Mercedes Milagro Santos identificada con DNI No 25698965 cuyas facultades de representación figuran inscritas en el Registro Mercantil de Lima, a quien en adelante se le llamará **EL EMPLEADOR**, y de la otra parte doña Rosa de Mogrovejo, con DNI. No 5898659, con domicilio en Jr. Echenique 234-Magdalena del Mar, a quien en adelante se le llamará **LA TRABAJADORA**, en los términos y condiciones siguientes:

PRIMERO.- **El EMPLEADOR** es una empresa cuyo objeto social es el de dedicarse a la fabricación de autos la misma que ha comenzado sus actividades con fecha 01-01-2009 que requiere los servicios de **LA TRABAJADORA** en forma temporal por inicio de actividades, de acuerdo con los artículos 54º y 57º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral D.S. No. 003-97-TR (27.3.97) y el Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo.

SEGUNDO.- Por el presente contrato **LA TRABAJADORA** se obliga a prestar sus servicios a **EL EMPLEADOR** ocupando el cargo de Ingeniera Automotriz; debiendo someterse al cumplimiento estricto de la labor para la cual ha sido contratada, bajo las directivas que emanen de **EL EMPLEADOR**.

TERCERO.- La duración del contrato es de 6 meses, iniciándose la relación laboral el día 01 de julio de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2009.

Las partes convienen en que, en aplicación del artículo 10º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se convenga un período de prueba de un año por tratarse de una trabajadora de dirección.

CUARTO.- En contraprestación a los servicios de **LA TRABAJADORA**, **EL EMPLEADOR** se obliga a pagar una remuneración mensual de S/ 8000.00 Nuevos soles.

La empresa se obliga a cumplir con las disposiciones laborales que rigen la prestación de servicios subordinados y a otorgarle los beneficios que por ley, pacto o costumbre tuvieran los trabajadores del centro de trabajo contratados a plazo indeterminado.

QUINTO.- **LA TRABAJADORA** deberá prestar sus servicios en el horario y la jornada que establezca **EL EMPLEADOR**, que podrán ser variados de acuerdo con los requerimientos de la empresa.

Asimismo, **EL EMPLEADOR** designará el lugar donde prestará sus servicios **LA TRABAJADORA.**

SEXTO.- EL EMPLEADOR se obliga a inscribir a **LA TRABAJADORA** en el Libro de Planillas (Planillas electrónicas - PDT 601, de ser el caso) así como a poner en conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo el presente contrato, para su aprobación, en cumplimiento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

SEPTIMO.- En todo lo no previsto por el presente contrato, se estará a las disposiciones laborales que regulan los contratos de trabajos sujetos a modalidad, contenidas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

EL EMPLEADOR

EL TRABAJADOR

6.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la utilización de éste tipo de contrato
(http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01951-2007-AA.html)

EXP. N.º 01951-2007-PA/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de marzo de 2009, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados, Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen., Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia y con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Tomás Vladimir Vidal Falcón contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ancash, de fojas 73, su fecha 20 de febrero de 2007, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de octubre de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Chavín S.A., solicitando que se ordene su inmediata reposición en el cargo de operador de planta y que se le abonen, las remuneraciones dejadas de percibir. Alega haber sido víctima de un despido incausado, habiéndose vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, al debido proceso y a la proscripción del despido arbitrario.

Manifiesta que comenzó a laborar para la emplazada con fecha 1 de julio de 2002, al amparo de un contrato de trabajo a plazo determinado, por obra o servicio específico, suscrito por ambas partes en esa fecha, el cual fue renovado en repetidas

oportunidades. Sin embargo, con fecha 30 de septiembre de 2006, después de haber laborado de manera ininterrumpida por espacio de 4 años y 3 meses, fue despedido sin expresión de causa, alegando la expiración del plazo establecido en el último contrato de trabajo sujeto a modalidad, por incremento o inicio de actividad, al amparo del artículo 57° del D.S. N.° 003-97-TR.

El Segundo Juzgado Mixto de Huaraz, mediante resolución de fecha 6 de noviembre de 2006, obrante a fojas 29, rechazó liminarmente la demanda y la declaró improcedente, alegando la aplicación del artículo 5° inciso 2 del Código Procesal Constitucional.

Con fecha 31 de julio de 2007, después de haber sido notificada de la demanda como consecuencia de la apelación del demandante, la emplazada contesta la demanda, contradiciéndola y negándola en todos sus extremos, aduciendo que el término del vínculo laboral tuvo como justificación el vencimiento del plazo estipulado en el contrato de trabajo suscrito por ambas partes, de fecha 1 de julio de 2006.

La recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos, alegando además que la vía del amparo no es la idónea puesto que carece de estación probatoria.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objetivo de la presente demanda es que se ordene la reposición del recurrente, además del pago de las remuneraciones dejadas de percibir, en el cargo de operador de planta, puesto que éste habría sido víctima de un despido incausado, habiéndose vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, al debido proceso y a la proscripción del despido arbitrario.

Análisis de la controversia

2. Conforme a lo establecido en la STC N.° 206-2005-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de diciembre de 2005, que ha precisado con carácter vinculante los lineamientos jurídicos que permiten delimitar las pretensiones que,

por pertenecer al contenido esencial del derecho fundamental al trabajo o estar directamente relacionadas con él, merecen protección a través del proceso de amparo en materia laboral del régimen privado y público, este Tribunal considera viable pronunciarse sobre el fondo en el presente caso, a fin de determinar la existencia de un despido laboral arbitrario que merece protección.

3. El análisis de la cuestión controvertida consiste en determinar si, pese a la suscripción de un contrato laboral a plazo determinado, éste no ha sido desnaturalizado, circunstancia que originaría la existencia de una relación laboral cuya duración debe presumirse como indeterminada, y que como tal, debiera estar sujeta a los beneficios y obligaciones que la legislación laboral prevé, especialmente en la finalización del vínculo laboral, en cuyo caso, el demandante sólo podía ser despedido por causa justa relacionada con su capacidad o su conducta en el trabajo.

4. En el caso de autos, del análisis de los contratos de trabajo temporales suscritos entre ambas partes, desde el 1 de julio de 2002 hasta 30 de septiembre de 2006, se desprende la existencia de dos etapas: la primera, desde el 1 de julio de 2002 hasta 30 de junio de 2005, en la cual los contratos son por obra o servicio específico, al amparo del artículo 63° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR; y la segunda, desde el 1 de julio de 2005 hasta el 30 de septiembre de 2006, en la cual los contratos son por inicio de actividad, al amparo del artículo 57° de la norma precitada.

5. En cuanto a la supuesta desnaturalización de los contratos de la primera etapa, del análisis de la cláusula segunda de tales contratos, se desprende que ésta no se ha producido por cuanto en ella se menciona que la contratación del recurrente se encuentra justificada en que la emplazada ha sido encargada temporalmente de la operación y administración del sistema de agua potable y alcantarillado de un proyecto específico, tales como la Urbanización El Pinar (de la Compañía Minera Antamina) y la Urbanización “La Alborada” (de la Compañía Minera Barrick). En consecuencia, la contratación del demandante en estos casos, así como la sucesiva renovación de los contratos, se encontraba debidamente justificada por el

artículo 63° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en virtud del cual, pueden celebrarse las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación, el cual está mencionado específicamente en los contratos.

6. En cuanto a la supuesta desnaturalización de los contratos de la segunda etapa, del análisis de la segunda cláusula de tales contratos, se desprende que ésta no se ha producido por cuanto en ella se estipula claramente que la emplazada está asumiendo la conducción de nuevas actividades, específicamente la conducción y tratamiento del agua potable y aguas servidas de las urbanizaciones El Pinar y La Alborada. En consecuencia, la contratación del demandante en estos casos se encontraba debidamente justificada por el artículo 57° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, según la cual es posible la contratación temporal ante el inicio de una nueva actividad o ante el incremento de las ya existentes, como en el caso de autos, en el que la Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento Chavín S.A. estaba pasando a asumir como estables actividades que ya venía desempeñando de forma temporal.

7. Por otra parte, los contratos bajo análisis no se encuentran incursos en ninguna de las causales de desnaturalización establecidas en los artículos 74° y 77° del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, puesto que, no se desprende del material probatorio obrante en autos, que el demandante haya excedido el plazo máximo de cinco años de labores bajo contratos de trabajo sujeto a modalidad, ni tampoco se ha acreditado que el demandante haya seguido laborando una vez vencido el plazo estipulado en tales contratos, ni que la emplazada haya recurrido a simulación o fraude de las normas establecidas.

8. Por tanto, teniendo en cuenta que los contratos de trabajo sujetos a modalidad entre ambas partes no se han desnaturalizado, el supuesto despido incausado alegado por el demandante no sería tal por cuanto se ha realizado al amparo del artículo 16° inciso c) del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, es decir, la extinción del vínculo laboral sujeto a modalidad se produjo como consecuencia del vencimiento del plazo estipulado en el contrato. En consecuencia, habiéndose producido el

despido de acuerdo a ley, no se han conculcado los derechos constitucionales del recurrente, por lo que la demanda debe desestimarse.

Por estos fundamentos el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.
Publíquese y notifíquese.

SS.
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Contrato por Necesidades del mercado

1. Definición normativa

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 58 del Decreto Supremo N° 003-97-TR-TUO del D. Leg. N° 728:

"El contrato temporal por necesidades del mercado es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda del mercado, aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente. Este puede ser renovado sucesivamente hasta el término máximo establecido en el Artículo 74º de la presente Ley.

En los contratos temporales por necesidades del mercado, deberá constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal.

Dicha causa objetiva deberá sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional"

Cabe indicar, que la norma hace referencia al término máximo de 5 años, referido al artículo 74º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

2. Alcances

De la definición de este tipo de contrato podemos advertir que los incrementos de producción de la actividad del empleador tiene que ser coyunturales lo cual implican que sean extraordinario motivo por el cual el empleador no podrá utilizar este tipo de

contratos si recién inicia sus actividades ya que no tendría "*un referente de comparación entre lo coyuntural y lo que no es*"[4].Tampoco podrá hacer uso de él, si el incremento en su actividad es previsible ya que si la actividad a realizar lo fuera, el contrato que se debería celebrar no es el de incremento por necesidad de mercado sino el de temporada.

Otro factor que se debe tomar en cuenta al momento de verificar si este es el tipo de contrato que se debe celebrar es que las actividades que realizaran los nuevos trabajadores no debe ser poder cubiertas por el personal permanente de la empresa, lo cual para Arce "*pone en entredicho la preferencia de la contratación indefinida en las labores estables o permanentes..*". Explico un poco mas la afirmación de este autor citado, al ser el empleador quien decidirá en última instancia cuales son las actividades que pueden realizar sus trabajadores permanentes se puede caer en el uso fraudulento de este tipo de contratos.

3. Elementos Objetivos para su aplicación

Que la causa objetiva para la contratación de nuevos trabajadores sean los incrementos imprevisible y transitorios de la actividad empresarial. Motivo por el cual no bastara que en contenido de este contrato se exprese su definición sino que como afirma nuevamente Arce se deberá especificar cuales son los hechos objetivos que "*motivaron la variación de la demanda en el mercado y sus efectos concretos en la empresa contratante*"[5]

4. Situaciones para su desnaturalización

Al igual que en otros contratos modales las causas de desnaturalización son las previstas en el articulo 77 de DS 003-97 TR**.**

[4] Arce Ortiz Elmer, Cuaderno de trabajo Nº 1, Estabilidad Laboral y Contrato Temporales, p. 13.
[5] Arce Ortiz Elmer, Cuaderno de trabajo Nº 1 Ob. Cit. p. 14.

5. Modelo de contrato por Necesidades de Mercado

Conste por el presente documento el **CONTRATO DE TRABAJO SUJETO A MODALIDAD POR NECESIDADES DEL MERCADO**, que celebran al amparo del Art. 58 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por D.S. Nº 003-97-TR y normas complementarias, de una parte CORREDORES S.A. con RUC Nº10006615015 y domicilio fiscal en Calle los Sauces del Monterrico, debidamente representada por el señor Alejandro Ruiz Cortez, con DNI Nº 06615016, a quien en adelante se le denominará **EL EMPLEADOR;** y de la otra parte el Sr Victor Hilares Campos con DNI Nº 01212145 ,domiciliado en asociación los portales Mz E lote 13 San Juan de Miraflores, a quien en adelante se le denominará **EL TRABAJADOR**; en los términos y condiciones siguientes:

PRIMERO: EL EMPLEADOR es una empresa dedicada a la venta de productos farmacéuticos que requiere cubrir las necesidades de recursos humanos con el objeto de atender incrementos de la producción originados por la variación de la demanda del productos de mascarillas y pastillas antigripales en el mercado por el aumento de casos del virus AH1N1.

SEGUNDO: Por el presente documento **EL EMPLEADOR** contrata bajo la modalidad de **NECESIDADES DEL MERCADO** los servicios de **EL TRABAJADOR** quien desempeñará el cargo de supervisor de ventas, en relación con las causas objetivas señaladas en la cláusula anterior.

TERCERO: El presente contrato tiene un plazo de duración de 01 año, el mismo que regirá a partir del 01 de setiembre del 2,009, fecha en que **EL TRABAJADOR** debe empezar sus labores hasta el 31 agosto del 2,009, fecha en que terminará el contrato.

CUARTO: EL TRABAJADOR estará sujeto a un período de prueba de tres meses, la misma que inicia el 01 de setiembre del 2,009 y concluye el 31 de noviembre .del

2,009. Queda entendido que durante este período de prueba **EL EMPLEADOR** puede rescindir el contrato sin expresión de causa.

QUINTO: EL TRABAJADOR observara el horario de trabajo siguiente: De lunes a viernes de 9am a 6pm.

SEXTO: EL TRABAJADOR deberá cumplir con las normas propias del Centro de Trabajo, así como las contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo y en las demás normas laborales, y las que se impartan por necesidades del servicio en ejercicio de las facultades de administración de la empresa, de conformidad con el Art. 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por D.S. Nº 003-97-TR.

SETIMO: EL EMPLEADOR abonará al **TRABAJADOR** la cantidad de S/ 1,800 soles. como remuneración mensual, de la cual se deducirá las aportaciones y descuentos por tributos establecidos en la ley que le resulten aplicables.

OCTAVO: Queda entendido que **EL EMPLEADOR** no está obligado a dar aviso adicional referente al término del presente contrato, operando su extinción en la fecha de su vencimiento conforme la cláusula tercera, oportunidad en la cual se abonará al **TRABAJADOR** los beneficios sociales que le pudieran corresponder de acuerdo a ley.

NOVENO: Este contrato queda sujeto a las disposiciones que contiene el Texto Único Ordenado del D. Leg. Nº 728 aprobado por D.S. Nº 003-97-TR - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y demás normas legales que lo regulen o que sean dictadas durante la vigencia del contrato.

Conformes con todas las cláusulas del presente contrato, firman las partes por triplicado, el 01 de setiembre de 2009.

_____ _____

EL EMPLEADOR EL TRABAJADOR

Contrato por Reconversión Empresarial

1. Definición normativa

El artículo 59º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala lo siguiente:

"Es contrato temporal por reconversión empresarial el celebrado en virtud a la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos.
Su duración máxima es de dos años."

2. Alcances

Doctrinariamente la reconversión empresarial es un concepto que se asimila al de reestructuración productiva o reestructuración empresarial que comúnmente es entendida como "el conjunto de acciones dirigidas a transformar la estructura productiva de las empresas modificando la participación de los factores de producción en el proceso. Estas acciones (…) suelen ser de tipo fiscal, financiero, técnico y laboral[6]

Las empresas, como entes productivos del mercado, tienen la necesidad de continuar innovándose, ya sea en el aspecto estructural de la empresa (organización interna) como en el aspecto tecnológico, en su afán de seguir produciendo a mayores escalas a un costo mínimo.

[6] Vigara Díaz, Belarmino, "Reestructuración empresarial y ergonomía", en http://dialnet.unirioja.es/. Citado por Avalos Jara, Oxal Víctor "Contratos de Trabajo Temporal. Un estudio práctico sobre los contratos sujetos a modalidad", (2008), Editora Jurídica Grijley EIRL, Perú. p-81

El contrato por reconversión empresarial tiene dos causas. La primera de tipo estructural, tiene que ver con cambios en la organización del trabajo o en el diseño del puesto de trabajo. La segunda, de tipo tecnológico, se entiende como hechos que implican un cambio del aparataje técnico de la organización productiva con el fin de modernizar la gestión de la misma.[7]

En ese afán de satisfacer a la demanda, la empresa se involucra en un proceso de cambios que puede devenir en quiebras o en estados deficientes de dirección, entonces, es necesario para reflotar la misma o simplemente cambiar de estrategía, un "cambio" o "modificación" de la organización interna de la empresa.

Sin embargo, la noma ha establecido un período determinado (2 años), para este tipo de contrato, pues, si el trabajador continuara laborando, el mismo se habría desnaturalizado y se convertiría en un contrato a plazo indeterminado.

En ese sentido este contrato a plazo determinado, se encuentra dentro de las categorías de los contratos de naturaleza temporal, con poca acogida por el sector empresarial.

La reconversión empresarial viene a ser un proceso de cambios para revitalizar estados deficientes o de quiebra, mediante soluciones de problemas y aplicaciones de innovaciones en tecnología, equipos, instalaciones, maquinarias, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos.[8]

Desde el punto de vista empresarial, lo adecuado y conveniente es que los trabajadores de la empresa asuman las tareas de estas innovaciones o modificaciones propias de la actividad empresarial, lo cual resulta más beneficiosa para los empresarios, que trabajadores "nuevos" ingresen a ocupar dichas plazas.

Claro está, el espíritu de la norma es generar puestos de trabajo, aunque la óptica del empleador no sea necesariamente la señalada por la norma, toda vez, que las empresas en marcha y competentes en el mercado, preferirán capacitar a su personal

[7] Arce Ortiz, Elmer, "Estabilidad Laboral y Contratos Empresariales (Cuaderno de Trabajo Nº 1)", Op. Cit. p. 22-23
[8] Lecca Portugal, Manual de las Relaciones Laborales Empresariales" (1998), Grijley EIRL, Lima-Perú. p.91

estable a fin de que pueda competir con las demás empresas de su sector, ante cualquier innovación tecnológica o administrativa que se pueda presentar.

Así mismo, resulta incongruente, desde la óptima del Estado en pretender generar puestos de trabajo fijando un plazo de dos años a este tipo de contrato, toda vez, que se entiende que este personal al ser contrato y supuestamente apto, se ha involucrado con la empresa contratante y se ha adaptado a los cambios que origino el motivo de su contratación, pues, como sabemos, los contratos a plazo fijo, sólo obedece a contrataciones especiales, de características temporales, cuestión que es debatible en este caso.

3. Elementos objetivos para su aplicación

1.- Su aplicación se optimizaría en la contratación de personal para el manejo de herramientas, maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos.
2.-Sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas por la empresa.

4. Desnaturalización

De conformidad con el artículo 59º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral la duración máxima de este tipo de contrato es de dos (02) años.

Posterior a este plazo, si el trabajador continúa laborando el contrato se desnaturaliza convirtiéndose en un contrato a plazo indeterminado.

Así mismo, cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

5. Modelo de contrato de trabajo por reconversión empresarial

Contrato por reconversión empresarial

Conste por el presente documento, **"CONTRATO DE TRABAJO SUJETO A MODALIDAD POR RECONVERSIÓN EMPRESARIAL",** que celebran al amparo del Art. 59º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por D. S. Nº 003-97-TR, y normas complementarias, de una parte Diamont S.A.C. con R.U.C Nº 12568526322 y domicilio legal en Av. Los Ruiseñores Nº 528, Cercado de Lima, debidamente representada por el Sr. Avelino Cáceres Pereira, con D.N.I Nº 052896530, domiciliado en Jr. Callao Nº 562, Pueblo Libre, Lima; según poder inscrito en la partida registral No 208532 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, a quien en adelante se le denominará **EL EMPLEADOR**; y de la otra parte Marcos Francisco de la Torre Goycochea, con D.N.I. Nº 05296363, domiciliada en Av. Cuzco Nº 825, Lince; a quien en adelante se le denominará **EL TRABAJADOR**; en los términos y condiciones siguientes:

PRIMERA: ANTECEDENTES

EL EMPLEADOR es una empresa dedicada a la fabricación, distribución y comercialización de telas al por mayor y menor y requiere la contratación de personal especializado en el manejo de maquinarias en el área de fabricación de telas, que se adquirió producto de la implementación en dicha área.

SEGUNDA: OBJETO

Por el presente documento **EL EMPLEADOR** contrata de manera temporal bajo la modalidad de Reconversión Empresarial, los servicios de **EL TRABAJADOR** quien desempeñará el cargo de Supervisor del área de teñidos, en relación con las causas objetivas señaladas en la cláusula anterior.

TERCERA: PLAZO

El plazo de duración del presente contrato es de 01 (un año), y rige a partir del 02 de noviembre del 2009 hasta el 01 de noviembre del 2010, fecha en que termina el contrato.

CUARTA: PERIODO DE PRUEBA

EL TRABAJADOR estará sujeto a un período de prueba de tres meses, la misma que inicia el 01 de noviembre de 2009 y concluye el 31 de enero del 2010. Queda entendido que durante este período de prueba **EL EMPLEADOR** puede resolver el contrato sin expresión de causa.

QUINTA: JORNADA DE TRABAJO

EL TRABAJADOR se compromete a cumplir el siguiente horario:
De lunes a viernes de 9.00 horas a las 17.00 horas, incluido el horario de refrigerio, de lunes a viernes de 13.00 a 14.00 horas.

SEXTA: REMUNERACION

EL EMPLEADOR abonara al **TRABAJADOR** la cantidad de S/2,000.00 (Dos mil con 00/100 Nuevos Soles), en forma mensual, de la cual se deducirá las aportaciones y descuentos por tributos establecidos en la ley que le resulte de aplicación.

SETIMA: OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR

EL TRABAJADOR deberá cumplir con las normas propias del Centro de Trabajo, así como las contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo y en las demás normas laborales, y las que se impartan por necesidades en ejercicio de las facultades de

administración de la empresa, demostrando en todo momento lealtad y eficiencia en la realización de sus labores.

Así mismo, **EL TRABAJADOR** se compromete, igualmente, a mantener en reserva toda información a que tenga acceso, de la empresa, socios y/o clientes. Dicha información subsistirá aún después de culminada la relación laboral. Esta obligación subsistirá aún después de culminada la relación laboral, que en caso de incumplimiento genera la correspondiente responsabilidad por daños y perjuicios, así como la responsabilidad penal, previsto en el artículo 165º del Código Penal.

OCTAVA: OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR

EL EMPLEADOR, se obliga a cumplir con las obligaciones legales que le corresponden conforme a ley y a brindar los permisos necesarios para la capacitación y/o actualización de conocimientos por parte de **EL TRABAJADOR**, debiendo ser recuperadas dichas horas, fuera de la jornada ordinaria de trabajo.

NOVENA: EXTINCION

Queda entendido que **EL EMPLEADOR** no está obligado a dar aviso alguno adicional referente al término del presente contrato, operando su extinción en la fecha de su vencimiento conforme la cláusula tercera, oportunidad en la cual se abonara a **EL TRABAJADOR** los beneficios sociales que le pudieran corresponder de acuerdo a ley.

DÉCIMA: REGLAS APLICABLES

Este contrato queda sujeto a las disposiciones que contiene la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo Nº 003-97-TR), y demás normas legales que lo regulen o que sean dictadas durante la vigencia del contrato.

UNDECIMA: DOMICILIO

Las partes señalan que sus domicilios son los señalados en la introducción del presente documento, por lo que se considerarán válidas todas las comunicaciones y notificaciones dirigidas a las mismas con motivo de la ejecución del presente contrato.

Se considerará válida la notificación de cualquiera de las parte, desde la comunicación a la contraparte, por cualquier medio escrito.

DUODECIMA: JURISDICCION

Las partes acuerdan que cualquier discrepancia que surja entre las partes como consecuencia de la ejecución del presente contrato, se resolverá de mutuo acuerdo entre las partes, de lo contrario, resolverán la controversia ante la jurisdicción arbitral de la Cámara de Comercio de Lima.

Como muestra de conformidad con todas las cláusulas del presente contrato, firman las partes, a los 30 días del mes de octubre del año 2009.

_____	_____
EMPLEADOR	TRABAJADOR

Contrato ocasional

1. Definición normativa

El artículo 60º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala lo siguiente:

"El contrato accidental –ocasional es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración máxima es de seis meses al año."

2. Alcances

Las necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo son aquellos requerimientos empresariales eventuales, inciertos y de escasa duración, que necesita la empresa para atender las exigencias que le demanden sus propias actividades que no son ordinarias, pero que coadyuvan a la optimización de la actividad principal.

Este tipo de contratos resulta confusa en su aplicación, toda vez, que podría tratarse de un contrato por necesidades del mercado o incremento de actividad.

Es bastante difícil saber en qué momento una actividad transitoria es distinta a la habitual, a menos que el objetivo del negocio tenga dicha direccionalidad: supermercado en épocas festivas, servicios superurgentes por la aparición de un

número especial en una revista, las épocas de punta para las líneas aéreas o terrestres, descarga de un camión, etc…[9]

Por ejemplo: la contratación de un personal para el cobro de la cartera de los clientes morosos o de una anfitriona que va a promocionar el producto de una empresa de servicios.

3. Elementos objetivos para su aplicación

Es preciso el análisis realizado por Lecca Portugal:

"…deben darse elementos claros que distinguen a estos contratos para considerársele como ocasional:

-La transitoriedad del servicio por necesidad ocasional de la empresa.
-Que la labor personal que el trabajador realice sea diferente a las labores habituales que se realiza en la empresa.

-Que sea una mano de obra nueva no sujeta a otras modalidades de contrato o vínculo laboral con la misma empresa. Es decir que, primero tenga un vínculo laboral común o a plazo fijo por otra modalidad y después lo conviertan en ocasional como contrato nuevo o lo recontraten."[10]

4. Desnaturalización

De conformidad con el artículo 59º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral la duración máxima de este tipo de contrato es de seis (06) meses al año.

Posterior a este plazo, si el trabajador continúa laborando el contrato se desnaturaliza convirtiéndose en un contrato a plazo indeterminado.

Así mismo, cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

[9] Gómez Valdez, Francisco, "El Contrato de Trabajo- Parte Modal, Especial y Atípica-Tomo I (2000), Editorial San Marcos, Perú. p. 97

[10] Lecca Portugal, Luis Garrido, Op. Cit. .p. 95

5. Modelo de contrato de trabajo ocasional

Contrato Ocasional

Conste por el presente documento, **"CONTRATO DE TRABAJO SUJETO A MODALIDAD OCASIONAL",** que celebran al amparo del Art. 60º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por D. S. Nº 003-97-TR, y normas complementarias, de una parte Manufacturas Páramo S.A.C. con R.U.C Nº 12523668955 y domicilio legal en Av. Los Sastres Nº 452, Villa María del Triunfo, debidamente representada por el Sr. José Francisco Rodríguez Ramos, con D.N.I Nº 05863232, domiciliado en Jr. Portugal Nº 110, Lince, Lima; según poder inscrito en la partida registral No 125622 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, a quien en adelante se le denominará **EL EMPLEADOR**; y de la otra parte, **FELICIANO CONDORES WINSTON** con D.N.I. Nº 05285362, domiciliado en Jr. Amateur Nº 586, Callao; a quien en adelante se le denominará **EL TRABAJADOR**; en los términos y condiciones siguientes:

l.

PRIMERA: ANTECEDENTES

EL EMPLEADOR es una empresa de importadora y exportadora de productos de limpieza y requiere la contratación de personal para las instalaciones de redes en el sistema de cómputo, para la optimización del área comercial.

SEGUNDA: OBJETO

Por el presente documento **EL EMPLEADOR** contrata de manera temporal bajo la modalidad Ocasional, los servicios de **EL TRABAJADOR** quién implementará el sistema de redes del área comercial, bajo las órdenes del Jefe de Sistemas, en relación con las causas objetivas señaladas en la cláusula anterior.

TERCERA: PLAZO

El plazo de duración del presente contrato es de 06 (seis) meses, y rige a partir del 01 de octubre del 2009 hasta el 30 de marzo del 2010, fecha en que termina el contrato.

CUARTA: PERIODO DE PRUEBA

EL TRABAJADOR estará sujeto a un período de prueba de tres meses, la misma que inicia el 01 de octubre de 2009 y concluye el 31 de diciembre del 2009. Queda entendido que durante este período de prueba **EL EMPLEADOR** puede resolver el contrato sin expresión de causa.

QUINTA: JORNADA DE TRABAJO

EL TRABAJADOR se compromete a cumplir el siguiente horario:
De lunes a viernes de 9.00 horas a las 17.00 horas, incluido el horario de refrigerio, de lunes a viernes de 13.00 a 14.00 horas.

SEXTA: REMUNERACION

EL EMPLEADOR abonara al **TRABAJADOR** la cantidad de S/1,800.00 (Un Mil ochocientos con 00/100 Nuevos Soles), en forma mensual, de la cual se deducirá las aportaciones y descuentos por tributos establecidos en la ley que le resulte de aplicación.

SETIMA: OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR

EL TRABAJADOR deberá cumplir con las normas propias del Centro de Trabajo, así como las contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo y en las demás normas laborales, y las que se impartan por necesidades en ejercicio de las facultades de administración de la empresa, demostrando en todo momento lealtad y eficiencia en la realización de sus labores.

Así mismo, **EL TRABAJADOR** se compromete, igualmente, a mantener en reserva toda información a que tenga acceso, de la empresa, socios y/o clientes. Dicha información subsistirá aún después de culminada la relación laboral. Esta obligación subsistirá aún después de culminada la relación laboral, que en caso de incumplimiento genera la correspondiente responsabilidad por daños y perjuicios, así como la responsabilidad penal, previsto en el artículo 165º del Código Penal.

OCTAVA: OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR

EL EMPLEADOR, se obliga a cumplir con las obligaciones legales que le corresponden conforme a ley y a brindar los permisos necesarios para la capacitación y/o actualización de conocimientos por parte de **EL TRABAJADOR**, debiendo ser recuperadas dichas horas, fuera de la jornada ordinaria de trabajo.

NOVENA: EXTINCION

Queda entendido que **EL EMPLEADOR** no está obligado a dar aviso alguno adicional referente al término del presente contrato, operando su extinción en la fecha de su vencimiento conforme la cláusula tercera, oportunidad en la cual se abonara a **EL TRABAJADOR** los beneficios sociales que le pudieran corresponder de acuerdo a ley.

DÉCIMA: REGLAS APLICABLES

Este contrato queda sujeto a las disposiciones que contiene la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo Nº 003-97-TR), y demás normas legales que lo regulen o que sean dictadas durante la vigencia del contrato.

UNDECIMA: DOMICILIO

Las partes señalan que sus domicilios son los señalados en la introducción del presente documento, por lo que se considerarán válidas todas las comunicaciones y notificaciones dirigidas a las mismas con motivo de la ejecución del presente contrato.

Se considerará válida la notificación de cualquiera de las parte, desde la comunicación a la contraparte, por cualquier medio escrito.

DUODECIMA: JURISDICCION

Las partes acuerdan que cualquier discrepancia que surja entre las partes como consecuencia de la ejecución del presente contrato, se resolverá de mutuo acuerdo entre las partes, de lo contrario, resolverán la controversia ante la jurisdicción arbitral de la Cámara de Comercio de Lima.

Como muestra de conformidad con todas las cláusulas del presente contrato, firman las partes, el primer día del mes de octubre del año 2009.

_____ _____

EMPLEADOR TRABAJADOR

El Contrato por Suplencia

1. Definición normativa

El artículo 61 del Decreto Supremo N° 003-97-TR- TUO del Decreto Legislativo N° 728, refiere:

"El contrato accidental de suplencia es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador con el objeto que este sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente, o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo. Su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias.

En tal caso el empleador deberá reservar el puesto a su titular, quien conserva su derecho de readmisión en la empresa, operando con su reincorporación oportuna la extinción del contrato de suplencia.

En esta modalidad de contrato se encuentran comprendidas las coberturas de puestos de trabajo estable, cuyo titular por razones de orden administrativo debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo."

2. Alcances

Respecto, a la suspensión hay que mencionar que se suspende el contrato de trabajo cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral.

También se suspende de modo imperfecto, cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores.
De acuerdo a nuestro ordenamiento laboral, son causas de suspensión del contrato de trabajo:

a) La invalidez temporal.
b) La enfermedad y el accidente comprobados.
c) La maternidad durante el descanso pre y postnatal.
d) El descanso vacacional.
e) La licencia para desempeñar cargo cívico y para cumplir con el Servicio Militar Obligatorio.
f) El permiso y la licencia para el desempeño de cargos sindicales.
g) La sanción disciplinaria.
h) El ejercicio del derecho de huelga.
i) La detención del trabajador, salvo el caso de condena privativa de la libertad.
j) La inhabilitación administrativa o judicial por período no superior a tres meses.
k) El permiso o licencia concedidos por el empleador.
l) El caso fortuito y la fuerza mayor.
ll) Otros establecidos por norma expresa.

Es decir que el contrato de suplencia tendrá validez, siempre y cuando se supla a un trabajador permanente(es decir un trabajador con tiempo indeterminado), por lo que no se podría invocar este contrato si es que se va a reemplazar o suplir a alguien que tenga un contrato sujeto a modalidad.

Los supuestos en que proceden es cuando se hayan dado las causales de suspensión del contrato de trabajo, las mismas que le hemos descrito anteriormente, de ser el caso se puede invocar alguna causal mas que pueda ser razonable.

Un ejemplo de este tipo de contrato seria el caso que una trabajadora permanente se encuentre gozando del subsidio por maternidad, es decir 90 días y para que alguien la supla o reemplace durante este periodo se utiliza el contrato por suplencia. En tal caso el empleador deberá reservar el puesto a su titular, quien conserva su derecho de readmisión en la empresa, operando con su reincorporación oportuna la extinción del contrato de suplencia.

También en esta modalidad contractual se encuentran comprendidas las coberturas de puestos de trabajo estable, cuyo titular por razones de orden administrativo debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo. Es decir pongamos el caso de un gerente administrativo haya sido destacado temporalmente a la gerencia financiera, se puede celebrar un contrato por suplencia para cubrir el puesto del gerente administrativo, sin necesidad de haberse suspendido el vinculo laboral.

Su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias; esto quiere decir que como en nuestro caso o ejemplo al momento de haber terminado el subsidio ya habría culminado el contrato o si es que el gerente administrativo regresa a su puesto habitual.

En este tipo de contratos, podemos determinar que su durabilidad dependerá de la que resulte necesaria según las circunstancias, es decir que esto implica que la razón por las cuales un trabajador estable tenga una suspensión de labores, si éste decide reincorporarse antes de la fijada o planificada; el contrato por suplencia se dejará sin efecto, es decir que tal como refiere la norma se deberá de admitir su reincorporación y tiene como consecuencia la extinción del contrato por suplencia.

Ahora bien; en el reglamento antes referido, señala que en el contrato se deberá de consignar la fecha de extinción; pero hay circunstancias por las cuales es difícil poder determinar una fecha cierta, como ejemplo podemos citar el caso de una trabajadora que haya tenido una licencia por maternidad, pero que por circunstancias ajenas a ésta, exista una adelanto de parto antes de la semana 22, en éste caso podemos

darnos con la eventualidad de haber suscrito un contrato por suplencia por 90 días, sin embargo al haberse producido el hecho antes referido, a la trabajadora estable no le correspondería ya el goce del descanso de los 90 días, por lo que deberá de reincorporarse a la empresa y de alguna manera el contrato por suplencia suscrito se quedará sin efecto; y por ende sin derecho a pagar indemnización alguna.

Otro caso que podemos hacer es cuando un trabajador solicite una licencia para estudiar un postgrado en una universidad en el extranjero, si el trabajador ha solicitado por 8 meses y resulta que por diversos motivos no logre concluir o simplemente no decida continuar con el curso; evidentemente tiene el derecho a regresar al puesto que ostentaba antes de la licencia y también el contrato de suplencia se extinguiría, al margen que puedan haber tenido un contrato por una determinad fecha.

Al respecto Arce Ortiz, refiere que sobre el contrato de suplencia hay que plantear básicamente dos consideraciones. La primera gira en torno al ámbito de aplicación subjetivo de esta figura, por cuanto se hace referencia expresa a que el trabajador sustituido debe ser "estable de la empresa". Repárese que no se hace mención a la actividad estable o permanente de la empresa, en cuyo caso al lado de los trabajadores con contratos indefinidos podrían figurar los trabajadores con contratos temporales que cumplan labores estables, sino a la condición de estable del propio trabajador. Es decir, se refiere sólo a trabajadores con contratos pactados por tiempo indefinido. De este modo, si el empresario no puede recurrir al contrato de suplencia para sustituir a los trabajadores con contratos sujetos a modalidad, tiene que suscribir contratos de naturaleza indefinida con los nuevos trabajadores (suplentes). La norma es muy clara en este sentido y no deja espacio para la duda en la interpretación. [11]

Por su parte Sanguinetti Raymond, establece que a través de esta modalidad se busca aportar una respuesta a la singular problemática que plantean los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, tanto desde la perspectiva del trabajador, al que debe permitirse hacer frente a los desajustes que pueda ocasionar la ausencia del trabajador, como también a este último, al que ha de garantizarse el derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo una vez concluida la suspensión. La celebración de un contrato temporal constituye en estos casos una solución idónea, en la medida que permite satisfacer ambos intereses, haciendo posible que el empleador cuente

[11] Elmer Arce Ortiz, Derecho Individual del Trabajo en el Perú Desafíos y Deficiencias. Op Cit. p.182

con personal adicional, pero manteniendo a disposición del trabajador expuesto que ocupaba. Naturalmente, las labores a desarrollar en estos casos por el sustituto no son temporales por su propia naturaleza, sino solamente en virtud de la situación creada por la suspensión del contrato del sustituido.[12]

3. Elementos Objetivos para su aplicación

Como quiera que la norma establece que para la celebración de éste contrato se requiere básicamente que un trabajador estable se encuentre con suspensión de labores; entonces el elemento objetivo sería que ésta suspensión sea realmente determinada por ley expresa o en su defecto que no se recurra para situaciones que conlleven la transgresión de una norma.

La vigencia del mismo dependerá entonces de la situación que determinó la suspensión del trabajador, no se podrían invocar situaciones o circunstancias que no hayan ameritado la suspensión antes referida.

Las opciones que también pueden darse para la utilización de este contrato son para las coberturas de puestos de trabajo estable, cuyo titular por razones de orden administrativo debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo; es decir que estamos frente a otra situación para la utilización de éste contrato, para lo cual se requiere que el trabajo sea de naturaleza estable y su titular requiera necesariamente tener una labor temporal pero dentro de la misma empresa u organización; de tal modo que no se podría recurrir para actividades temporales y que el personal encargado de éstas las realice fuera de la empresa y sean de carácter permanente.

Es decir para citar un ejemplo, si se tiene a un personal que se encarga de la gerencia financiera de una empresa, y por motivos coyunturales se requiere que se traslade por tres meses a laborar a la Gerencia de proyectos; por lo que la empresa decidirá contratar a alguien por suplencia para que ocupe el cargo de la gerencia financiera, mientras dure su encargo en la gerencia de proyectos.

[12] Wilfredo Sanguineti Raymond, Los contratos de trabajo de duración determinada- Op. Cit. p.22

Analizando los elementos para que pueda configurarse éste contrato tenemos en primer lugar que se trata de un puesto y un cargo estable, segundo que la ocupación del personal estable es para un tiempo limitado y que las funciones van a realizarse en la misma empresa.

4. Situaciones para su desnaturalización

-Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando.
-Si el personal suspendido tiene un contrato a plazo fijo, es decir no tiene la naturaleza de estable.
- Si en la cobertura de puesto de trabajo no es de naturaleza estable y se van a desarrollar actividades permanentes en otro centro de trabajo.
-Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la ley.

5. Modelo de Contrato por Suplencia

Contrato de Suplencia

Conste por el presente documento, que se suscribe por triplicado con igual tenor y valor, un contrato de trabajo sujeto a modalidad de contrato de suplencia que al amparo del artículo 61° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, celebran de una parte Doing Chu SRL, con RUC No. 5989858965 representado por su (cargo), Don Nicholas Doing Chu, identificado con DNI Nº 15489856 y domicilio en Jr. 27 de noviembre 616-San Borja a quien en adelante se le llamará **EL EMPLEADOR**, y de la otra, Doña Norma Pérezh Thonday identificado con DNI Nº 59895696 domiciliado en Jr. Limatambo 382 Pueblo Libre; a quien en adelante se le llamará el **TRABAJADOR**, en los términos y condiciones siguientes:

PRIMERO.- **EL EMPLEADOR** es una empresa que se dedica a la elaboración de software empresarial, que requiere de los servicios de **EL TRABAJADOR** bajo la

modalidad de contrato de naturaleza accidental en forma de contrato de suplencia, puesto que tiene que suplir a una trabajadora estable que durante un mes se encuentra de vacaciones.

SEGUNDO.- Por el presente contrato **EL TRABAJADOR** se obliga a prestar sus servicios a **EL EMPLEADOR** para realizar las siguientes actividades: programar y elaborar sistemas de información; debiendo someterse al cumplimiento estricto de la labor para la cual ha sido contratado, bajo las directivas que emanen de sus jefes o instructores.

TERCERO.- La duración del contrato es de un mes (meses o años), iniciándose la relación laboral el día 01 de octubre de 2009 y terminado el 31 de octubre de 2009.

CUARTO.- El período de prueba es de un mes.

QUINTO.- En contraprestación a los servicios de **EL TRABAJADOR**, **EL EMPLEADOR** se obliga a pagar una remuneración mensual: S/ 8000.00, monto que se incrementará de acuerdo con su política remunerativa igualmente se obliga a facilitar a **EL TRABAJADOR** los materiales necesarios para que desarrolle sus actividades, y a otorgarle los beneficios que por ley, pacto o costumbre tuvieran los trabajadores del centro de trabajo contratados a plazo indeterminado.

SEXTO.- El trabajador deberá prestar sus servicios en el siguiente horario: de 9:00am a 6:00 pm de Lunes a viernes), teniendo un refrigerio de una hora diaria, que será tomado de 1:00 pm a 2:00 pm.

SETIMO.- **El EMPLEADOR** se obliga a inscribir a **EL TRABAJADOR** en el Libro de Planillas (Planillas electrónicas -PDT 601, de ser el caso), así como a poner conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo el presente contrato, para su conocimiento y registro.

OCTAVO.- En todo lo no previsto por el presente contrato, se estará a las disposiciones laborales que regulan los contratos de trabajo sujetos a modalidad, contenidas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

NOVENO.- Las partes contratantes renuncian, expresamente al fuero judicial de sus domicilios y se someten a la jurisdicción de los jueces de Lima, para resolver cualquier controversia que el cumplimiento del presente contrato pudiera originar.

Como muestra de conformidad con todas las cláusulas del presente contrato, firman las partes, a los 30 días del mes de setiembre del año 2009.

EL EMPLEADOR EL TRABAJADOR

6. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la utilización de éste tipo de contrato

http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01783-2008-AA.html

EXP. N.º 01783-2008-PA/TC
AMAZONAS
HANS WIGBERTO
SORIANO AMPUERO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 1 días del mes de junio de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Hans Wigberto Soriano Ampuero contra la sentencia expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Utcubamba de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, de fojas 142, su fecha 4 de enero de 2008, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 18 de junio de 2007 el recurrente interpone demanda de amparo contra la Empresa Municipal de Servicios Eléctricos Utcubamba S.A.C. – EMSEU S.A.C. y contra el Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Utcubamba, solicitando se disponga su reincorporación en el cargo de Jefe del Departamento de Operaciones y Mantenimiento de EMSEU. Manifiesta que ha laborado para la empresa emplazada desde el 3 de mayo de 2004 hasta el 31 de mayo de 2007, ejerciendo la referida jefatura desde el 3 de enero de 2005. Asimismo sostiene que la actividad que desempeñaba es de naturaleza permanente, estando comprendida dentro del Cuadro de Asignación de Personal (CAP).

Los emplazados contestan la demanda aduciendo que la extinción de la relación laboral coincidió con el vencimiento del plazo del contrato temporal por necesidades del mercado celebrado con el recurrente, y que, por ello, no ha existido despido alguno, no procediendo por tanto la reposición laboral del demandante.

El Juzgado Mixto de Utcubamba declara fundada la demanda por considerar que ha quedado acreditado que el demandante ha laborado desde el 3 de mayo de 2004 hasta el 31 de mayo de 2007; y que el cargo que desempeñaba se encuentra consignado en el cuadro de asignación de personal de la empresa emplazada.

La Sala Superior revisora, revocando la apelada, declara improcedente la demanda por considerar que el asunto debe dilucidarse en el proceso contencioso administrativo.

FUNDAMENTOS

1. De acuerdo con los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral individual privada establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la STC N.º 0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal considera que en el presente caso resulta procedente efectuar la verificación del despido arbitrario alegado por el recurrente.

2. El actor alega que su contrato de trabajo sujeto a modalidad ha sido desnaturalizado motivo por el cual debe ser considerado como un contrato de trabajo de duración indeterminada, debido a que las labores para las cuales fue contratado eran de naturaleza permanente y no accidental o temporal; además, porque la plaza en la que se desempeñaba se encuentra presupuestada e incluida en el Cuadro de Asignación de Personal de la entidad emplazada.

3. La cuestión controvertida entonces se circunscribe a dilucidar si el contrato de trabajo sujeto a modalidad suscrito por el demandante con la emplazada ha sido desnaturalizado, para efectos de ser considerado como de duración indeterminada y, en atención a ello, establecer si el demandante sólo podía ser despedido por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral.

4. Sobre el particular debe señalarse que de fojas 6 a 12 de autos obran copias de los contratos de suplencia, suscritos al amparo del artículo 61 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N.º 003-97-TR, en los que se aprecia que la empresa emplazada acordó con el demandante contratarlo para que desempeñe las labores de Jefe del Área de Operaciones, cargo que desempeñó desde el 3 de enero de 2005. Por consiguiente este Tribunal debe analizar si se ha producido una desnaturalización del contrato de trabajo, puesto que si las labores para las cuales fue contratado el demandante son de naturaleza distinta a las reguladas por el tipo de contrato modal

celebrado, se habría simulado la celebración de un contrato sujeto a modalidad.

5. Según se advierte los contratos de trabajo a que se hace referencia en el fundamento 4, *supra*, han sido celebrados en la modalidad de contratos de suplencia; modalidad contractual regulada por el artículo 61 del citado Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en los siguientes términos:

> "**Contrato de Suplencia**
>
> Artículo 61.- El contrato accidental de suplencia es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador con el objeto que este sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente, o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo. Su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias.
>
> En tal caso el empleador deberá reservar el puesto a su titular, quien conserva su derecho de readmisión en la empresa, operando con su reincorporación oportuna la extinción del contrato de suplencia.
>
> En esta modalidad de contrato se encuentran comprendidas las coberturas de puestos de trabajo estable, cuyo titular por razones de orden administrativo debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo."

6. Sin embargo la empresa emplazada sostiene en su escrito de contestación de la demanda obrante a fojas 101 que contrató al demandante por así requerirlo las necesidades del mercado, al amparo del artículo 58 de la antes referida norma legal, que dispone que

> "El contrato temporal por necesidades del mercado es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente. Este puede ser renovado sucesivamente hasta el término máximo establecido en el Artículo 74 de la presente Ley.
>
> En los contratos temporales por necesidades del mercado, deberá constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal.
>
> Dicha causa objetiva deberá sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional." (subrayado adicionado)

7. En consecuencia, en cuanto a la modalidad contractual por la cual se contrató al recurrente, lo declarado por la propia entidad emplazada –que debe ser considerado como una declaración asimilada, en los términos del artículo 221º del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria por mandato del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional–, se contradice expresamente con la modalidad contractual consignada en los contratos modales celebrados entre ambas partes, cuyas copias obran en autos. A mayor abundamiento, este Colegiado también advierte que en ninguno de los contratos obrantes en autos se ha señalado que éstos hayan sido suscritos al amparo del citado artículo 58 del Decreto Supremo N.º 003-2009-TR, es decir que hayan sido contratos temporales por necesidades del mercado ni mucho menos que se haya consignado en alguno de ellos la causa objetiva que justificara su celebración.

8. Por el contrario, dichos contratos mencionan expresamente lo siguiente: "Conste el presente documento, el Contrato a plazo fijo, sujeto a modalidad,

que al amparo del TUO del D.L. 728º (art. 61º del D.S. 003-97 T.R. y el Art. 86º del D.S. 001-96 TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral)" (resaltado agregado)". Por todo lo anterior, estos contratos se considerarán suscritos bajo la modalidad de suplencia a efectos de analizar si se produjo un supuesto de simulación.

9. El contrato de trabajo en la modalidad de suplencia tiene como objetivo la contratación eventual de personal *de reemplazo*, es decir, para suplir la ausencia de un trabajador estable cuyo vínculo laboral se encuentra en suspenso temporal. Éste se erige como una solución al empleador para que no paralice su actividad durante la suspensión de relaciones laborales sea por motivos de caso fortuito o fuerza mayor, permitiéndole contratar de forma eventual a un trabajador que realice las labores paralizadas. En el caso de autos, la demandada no prueba de ninguna manera que el demandante haya sido contratado para sustituir a trabajador alguno, además no demuestra que el término del contrato del demandante tenga que ver con la reincorporación del trabajador sustituido, por lo que se concluye que la empleadora habría simulado el contrato sujeto a modalidad para encubrir uno de plazo indeterminado.

10. Por consiguiente habiéndose acreditado la existencia de simulación en el contrato del demandante, éste debe ser considerado como de duración indeterminada, conforme lo establece el inciso d) del artículo 77° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, razón por la que, habiéndosele despedido de manera verbal, sin expresarle causa alguna derivada de su conducta o capacidad laboral que la justifique, se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo y, conforme se desprende de la constatación policial en autos a fojas 48 y 49, se ha producido un despido incausado y cabe estimar la demanda.

    Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda.

2. Ordenar que la Empresa Municipal de Servicios Eléctricos Utcubamba S.A.C. – EMSEU S.A.C. reincorpore a don Hans Wigberto Soriano Ampuero en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel.

Publíquese y notifíquese.

SS.
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
ÁLVAREZ MIRANDA

El Contrato por Emergencia

1. Definición Normativa

El articulo 62º del Decreto Supremo N° 003-97-TR- TUO del D. Leg. N° 728; establece que:

“El contrato de emergencia es aquel que se celebra para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor coincidiendo su duración con la de la emergencia”.

De otro lado, el artículo 78 del Decreto Supremo N° 001-96-TR; establece que:
“El caso fortuito o la fuerza mayor en el contrato de emergencia, se configura por su carácter inevitable, imprevisible e irresistible”.

2. Alcances

Este tipo de contratos es el que menos incidencia tiene en su aplicación; ya que su naturaleza es muy particular, es decir que solo en las situaciones en que existan casos fortuitos como desastres naturales (terremotos, inundaciones, etc) o casos como incendios, robos, desvanes, etc, es que se puede contratar a personal por esta modalidad pero solamente hasta el tiempo en que dure la contingencia o la emergencia.

La fuerza mayor o causa mayor, también conocido como mano de Dios o en latín *vis maior*, es un hecho que *no se puede evitar y tampoco se puede prever*.

En cualquier caso, la cláusula de fuerza mayor es habitual en los contratos, y sirve para cubrir posibilidades fuera del control de las partes tales como desastres naturales, guerras, etc. Su interpretación tiene mucha importancia, porque hay muchos casos que están en el límite entre fuerza mayor y caso fortuito (como, por ejemplo, huelgas que impidan prestar los servicios).En Derecho internacional, la fuerza mayor se refiere a una fuerza imposible de evitar o de prever, más allá del control de un Estado, y que hace imposible el cumplimiento de una obligación internacional. Doctrinariamente, en Derecho, el caso fortuito es el escalón posterior a la fuerza mayor, que es aquel evento que ni pudo ser previsto ni, de haberlo sido, podría haberse evitado. La ley habitualmente les da un tratamiento similar, e incluso a veces confunde ambos casos, pero existen diferencias. Si bien ambos conceptos son difusos y en muchos casos la legislación los confunde, la doctrina coincide en señalar que, si

bien en ocasiones se puede obligar a un deudor a cumplir una obligación que incumplió por caso fortuito, no se puede exigir nunca una obligación que se incumplió por fuerza mayor. La Ley dispositiva normalmente exime ambos casos, pero se permite que se pacte en el contrato la responsabilidad en el caso fortuito.[13]

Sanguineti Raymond, refiere que conforme al artículo 1315 del código civil, al que nada aporta el articulo 78 del reglamento,"caso fortuito o mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso". Tres son, de este modo, los elementos que sirven para caracterizar esta figura: inimputabilidad(o involuntariedad), imprevisibilidad e irresistibilidad(o inevitabilidad). Ello significa que, para hablar de la existencia de caso fortuito o fuerza mayor habrá que estar ante un acontecimiento absolutamente extraño a la voluntad y la conducta del sujeto, que resulte imposible de prever o que, pudiendo ser previsto, no pueda ser evitado. Desde esta perspectiva, es posible considerar comprendidos en este ámbito tanto hechos de carácter catastrófico (incendio, aluvión, terremoto, sequía, plaga, tumulto, guerra, sedición, atentado, etc), como incluso situaciones de imposibilidad derivadas de actos o de decisiones de los poderes públicos. Es decir, el denominado Factum principis (en especial, la prohibición del desarrollo de cierta actividad, hasta entonces lícita). [14]

De lo vertido anteriormente podemos determinar entonces que para poder invocar éste tipo de contrato no solo hace falta que se contrate a determinado personal por alguna urgencia o emergencia pero por decisión de la empresa; deberá de cumplir ciertos elementos que haga razonable su contratación y sobretodo que sea imposible tomar otro tipo de contratos modales.

Al existir un poco de subjetividad para su aplicación; tanto por la generalidad que establece la norma como la falta de algún tipo de límites; será el órgano fiscalizador de las relaciones laborales, quien determine cada caso concreto. Ya que podrían haber ciertas situaciones que en la práctica se podrían connotar una emergencia, pero que

13 http://es.wikipedia.org/wiki/Fuerza_mayor

14 Wilfredo Sanguineti Raymond, Los contratos de trabajo de duración determinada- Gaceta Jurídica-2008-p. 67.

en el fondo solo existe una voluntad del empleador requerir a personal por solo un determinado tiempo y no preferir la contratación indeterminada o indefinida.

Respecto a la duración de éste tipo de contratos, Arce Ortiz, refiere que presenta algunos inconvenientes. Queda claro que al ser un contrato sujeto a modalidad, el contrato debe tener una fecha de inicio y otra de término. Pues bien, el problema se genera debido a que el objeto del contrato es claramente la emergencia y no el término fijo que indica el acuerdo de partes. Sin duda, alguien podría aplicar las mismas reglas que aplicamos para el contrato de obra determinada, sin embargo hay que tener presente que la obra determinada es un concepto que no se presta a la subjetividad. Si el contrato la define, sólo será cuestión que se cumplan los términos contractuales que describen la obra. En cambio, la situación de emergencia puede prestarse siempre a interpretaciones convenidas y arbitrarias, lo cual podría quebrar todavía más el principio constitucional de preferencia de la contratación por tiempo indefinido. Más aún, entiéndase, si el contrato de emergencia puede operar también en labores estables o permanentes de la actividad empresarial (situación ésta, que no ocurre en el caso del contrato de obra determinada o servicio específico). [15]

3. Elementos Objetivos para su aplicación

En principio hay que tener en cuenta que éste tipo de contratos, por ser de naturaleza excepcional, deberá de existir de manera obligatoria y sin mediar algún tipo de ambigüedad un caso fortuito o fuerza mayor; vale decir que tal como hemos referido en el punto anterior no cabe ningún supuesto de duda sobre categorizar que estamos frente a un hecho fortuito o fuerza mayor. No puede ser categorizado como tal cualquier situación que pueda preverse o alguna situación empresarial factible de ser detectada a tiempo.

Otro de los puntos que se tiene que considerar es que el tiempo de su duración será con la del hecho que la originó, es decir mientras dure la emergencia; ahora bien se supone que si ocurre un hecho fortuito o una fuerza mayor el personal que se va a requerir es justamente para que ayude a sobrepasar estos momentos, es decir no se

[15] Elmer Arce Ortiz, Derecho Individual del Trabajo en el Perú Desafíos y Deficiencias – Palestra Editores 2008-p.187

puede modificar los contratos de aquellos trabajadores que estaban bajo un contrato al momento de ocurrido los hechos.

4. Situaciones para su desnaturalización

Una situación para que pueda desnaturalizarse éste contrato, justamente es que no exista un caso fortuito o una fuerza mayor, es decir se celebre para diversas situaciones que no contemplan la norma.

Otra de las situaciones que puedan configurar una desnaturalización es que se siga contratando al personal bajo el contrato de emergencia cuando los hechos considerados como tal ya dejaron de serlo.

Asimismo estamos frente a la desnaturalización de éste tipo de contratos cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la ley.

5. Modelo de contrato de Emergencia

Contrato de Emergencia

Conste por el presente documento, que se suscribe por triplicado con igual tenor y valor, un contrato de trabajo sujeto a modalidad de Emergencia que al amparo del artículo 62 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, celebran de una parte María Magdalena SAC con RUC No. 10897867 representado por su Gerente General, Don (ña)José María Tomás, identificado con DNI Nº 90898281 y domicilio en Jr. Chota 936-Lima; a quien en adelante se le llamará **EL EMPLEADOR,** y de la otra, Don (ña) Rosa Cervantes Pereida identificada con DNI Nº 45898785 domiciliado en Jr. Juan Bautista N° 286-Santa Beatriz -Lima a quien en adelante se le llamará **LA TRABAJADORA** , en los términos y condiciones siguientes:

PRIMERO.- **EL EMPLEADOR** es una persona jurídica cuyo objeto social es la elaboración de proyectos de inversión, que requiere celebrar un Contrato de Emergencia, ya que se han dado los siguientes casos considerados como fortuitos o fuerza mayor: Hubo un incendio en el edificio de la empresa, por lo que se perdieron información almacenada en los discos duros de nuestras computadoras y por ende proyectos que iban a ser presentadas en el presente mes.

SEGUNDO.- Por el presente contrato **LA TRABAJADORA** se obliga a prestar sus servicios a **EL EMPLEADOR** para realizar las siguientes actividades: elaboración de proyectos y levantamiento de información debiendo someterse al cumplimiento estricto de la labor para la cual ha sido contratado, bajo las directivas que emanen de sus jefes o instructores.

TERCERO.- La duración del contrato es de un mes, iniciándose la relación laboral el día 01 de octubre de 2009 hasta el 31 de octubre de 2009; cuya vigencia es la estimada para cubrir la emergencia suscitada.

CUARTO.- El período de prueba es de un mes (puede ampliarse a seis meses si se trata de trabajadores calificados o de confianza o a un año si se trata de trabajadores de dirección).

QUINTO.- En contraprestación a los servicios de **LA TRABAJADORA**, **EL EMPLEADOR** se obliga a pagar una remuneración mensual: S/ 5000 nuevos soles; igualmente se obliga a facilitar a **LA TRABAJADORA** los materiales necesarios para que desarrolle sus actividades, y a otorgarle los beneficios que por ley, pacto o costumbre tuvieran los trabajadores del centro de trabajo contratados a plazo indeterminado.

SEXTO.- El trabajador deberá prestar sus servicios en el siguiente horario: de 8:00 am a 5: 00pm, de Lunes a Viernes, teniendo un refrigerio de una hora diaria, que será tomado de 12 pm a 1:00 pm.

SETIMO.- **El EMPLEADOR** se obliga a inscribir a **LA TRABAJADORA** en el Libro de Planillas (PDT 601 de ser el caso)), así como a poner conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo el presente contrato, para su conocimiento y registro.

OCTAVO.- En todo lo no previsto por el presente contrato, se estará a las disposiciones laborales que regulan los contratos de trabajo sujetos a modalidad, contenidas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

NOVENO.- Las partes contratantes renuncian, expresamente al fuero judicial de sus domicilios y se someten a la jurisdicción de los jueces de Lima para resolver cualquier controversia que el cumplimiento del presente contrato pudiera originar.

Como muestra de conformidad con todas las cláusulas del presente contrato, firman las partes, a los 30 días del mes de setiembre del año 2009.

EL EMPLEADOR EL TRABAJADOR

Contrato por Obra o Servicio

1. Definición normativa

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 63º Decreto Supremo N° 003-97-TR-TUO del D. Leg. N° 728:

"Los contratos para obra determinada o servicio específico, son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada. Su duración será la que resulte necesaria

En este tipo de contratos podrán celebrarse las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación".

2. Alcances

De la relectura del citado concepto que señala la Ley para este tipo de contrato se advierte la generalidad de la misma, que como bien señala el profesor Elmer Arce *"pueden poner en cuestión el principio de preferencia de la contratación por tiempo indefinido en el marco de labores habituales o permanentes de las empresas"*[16]. La pregunta de rigor que surge entonces es ¿el citado articulo que no señala un plazo máximo para la celebración de este tipo de contrato habilita al empleador a celebrar las renovación que estime conveniente de manera indefinida?. La respuesta es no, porque si bien la interpretación literal de citado articulo nos llevaría a pensar que el numero de renovaciones depende de la sola voluntad del empleador, esa interpretación literal del articulo 63º vulnera el Derecho al Trabajo, por lo que debemos acudir a la interpretación realizada por nuestro Tribunales de Justicia *"para salvar de una segura inconstitucional al articulo 63º de la LPCL"*[17] , es decir, debemos acudir a la Jurisprudencia la misma que lamentablemente no ha sido uniforme, puesto que inicialmente algunos jueces han aplicado como plazo máximo para este tipo de contrato el plazo previsto en el articulo del DS 003-97 TR que

[16] Arce Ortiz Elmer, "El Derecho Individual del Trabajo en el Perú: Desafíos y Deficiencia" Lima. Op.cit p- 171.

[17] Arce Ortiz, E Op. cit, 172.

señala el plazo de 5 años, Posteriormente este criterio fue modificado por los magistrados de la Corte Suprema quienes en la CAS Nº consideraron que el plazo máximo es de 8 años señalando como siguiente fundamento de este plazo que: *"tratándose de derechos derivados de un contrato laboral sujeto a modalidad en los que la obra o el servicio prestado por el trabajador sea especifico, dicho contrato se convertirá en uno indeterminado si los periodos laborados por el trabajador exceden de los ochos años de labor*[18]*"*.

El citado criterio que estableció como plazo máximo el periodo de 8 años es criticable porque la sentencia Casatoria omite señalar cual es la razón o justificación para considerar el plazo de 08 años como plazo máximo de este tipo contrato modal, resultando incluso *"…contraproducente desde la perspectiva de la tutela de los derechos de los trabajadores implicados (…) esto es así en la medida en que dicho plazo además de ser excesivamente extenso para operar como un limite real a la contratación fraudulenta, es capaz de aportar una apariencia inicial de legitimidad a cualquier contrato de duración inferior, pudiendo contribuir mas bien a la descausalizaciòn de esta modalidad*[19]

Posteriormente este criterio que era de Observancia Obligatoria fue variada por la misma Corte en una Sentencia posterior respecto al plazo de este contrato modal señalando en la CASACION Nº 1809-2004-LIMA:

(…) *y siendo que el actor presto servicios bajo la modalidad del contrato de obra en forma especifica, el mismo que debe ser considerado de duración determinada, teniendo la facultad el empleador de celebrar con el trabajador las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión y terminación de la obra o servicio objeto de la contratación por lo que es de aplicación el principio de razonabilidad, el cual establece que las decisiones de la autoridad judicial deben adaptarse dentro de los limites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deben tutelar, a fin de que respondan a los estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido*…"

[18] Casación Nº 1809-2004 emitida el 30 de enero 2006 en la causa seguida por Luis Alberto Raciman contra Proyecto Especial Programa Nacional de Agua Potable y Alcantarillado-PRONAP. de por De la Cruz y Otros contra la Entidad Prestadora de servicios de Saneamiento de Ayacucho S.A.

[19] Sanguinetti Raymond Wilfredo "Los contratos de duración determinada". Op. Cit. p- 80.

Tomando en consideración este último criterio se debe concluir que el empleador podrá realizar las renovaciones que estime convenientes siempre que las mismas resulten razonables para la consecución de la obra o servicio cuya existencia generara la causa específica para contratación temporal.

3. Elementos Objetivos para su aplicación

Para la celebración de este contrato así como para los demás tipos de contratos a plazo es indispensable la existencia de causa objetiva para su celebración lo cual implica, que las actividades que desempeñen los trabajadores contratados sean temporales y no constituya labores permanente de la empresa, es así que no podrá contratarse de manera temporal a un contador en la empresa cuya actividad principal es brindar Asesoria contable a sus clientes.

4. Situaciones para su desnaturalización

Este tipo de contrato se desnaturaliza por las causal previstas en el inciso b) del articulo 77 del DS 003-97 TR que señala que cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, este es considerado a tiempo indeterminado si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación;

La citada causal de desnaturalización resulta coherente porque si el trabajador continua laborando luego de concluida de la obra, ese hecho acreditara que la prestación de labor del trabajador no tenia carácter temporal sino permanente por lo que es razonable que nuestro legislador sancione el uso incorrecto de este contrato considerado que el mismo de plazo indeterminado.

5. Modelo de contrato por Obra o Servicio

Contrato por Obra o Servicio

Conste por el presente documento el Contrato de Trabajo a plazo fijo bajo la modalidad de (1) obra determinada, que celebran al amparo del Art. 63º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por D. S. Nº 003-97-TR, y normas complementarias, de una parte (2) FORTALEZA S.A. con R.U.C. Nº 10403800201 y domicilio fiscal en Av. Caminos del Incas Nº 145 Surquillo debidamente representada por Sr Carlos Tapia Sánchez Según poder inscrito en la partida registral No 0024 Del Registro de Personas Jurídicas de Lima con D.N.I. Nº 40380021quien se desempeña como Gerente, a quien en adelante se le denominará **EL EMPLEADOR**; y de la otra parte la señorita Vanessa Sánchez Málaga con D.N.I. Nº 15154515 , domiciliado en Asociación los constructores de santa Anita Mz J lote 16 Ate., a quien en adelante se le denominará **EL TRABAJADOR**; en los términos y condiciones siguientes:

PRIMERO: EL EMPLEADOR es una empresa dedicada a la construcción de viviendas y requiere cubrir las necesidades de recursos humanos con el objeto de realizar trabajos de remodelación en las oficinas.

SEGUNDO: Por el presente documento **EL EMPLEADOR** contrata bajo la modalidad de servicio específico los servicios de **EL TRABAJADOR** quien desempeñará el cargo Diseñadora de ambientes

TERCERO: El presente contrato tiene un plazo de duración de 07 meses, el mismo que regirá a partir del 01 de setiembre del 2009 fecha en que **EL TRABAJADOR** debe empezar sus labores, hasta al 31 de mayo del 2010 fecha en que terminará el contrato.

CUARTO: EL TRABAJADOR estará sujeto a un período de prueba de tres meses, la misma que inicia el 01 de setiembre del 2009 y concluye el 31 de mayo del 2010.

Queda entendido que durante este período de prueba **EL EMPLEADOR** puede rescindir el contrato sin expresión de causa.

QUINTO: EL TRABAJADOR observará el horario de trabajo siguiente: De lunes a viernes de 9 am a 6prm. Teniendo una hora de refrigerio en forma diaria de 1pm a 2pm.

SEXTO: EL TRABAJADOR deberá cumplir con las normas propias del Centro de Trabajo, así como las contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo y en las demás normas laborales, y las que se impartan por necesidades del servicio en ejercicio de las facultades de administración de la empresa, de conformidad con el Art. 9º TUO del D. Leg. Nº 728 aprobado por D. S. Nº 003- 97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

SÉTIMO: EL EMPLEADOR abonará al **TRABAJADOR** la cantidad de S/ 2.200 nuevos soles como remuneración mensual, de la cual se deducirá las aportaciones y descuentos por tributos establecidos en la ley que le resulten aplicables.

OCTAVO: EL EMPLEADOR, se obliga a inscribir a **EL TRABAJADOR** en el Libro de Planillas (PDT 601-Planilla Electrónica), así como poner en conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo el presente contrato, para su conocimiento y registro.

NOVENO: Queda entendido que **EL EMPLEADOR** no está obligado a dar aviso alguno adicional referente al término del presente contrato, operando su extinción en la fecha de su vencimiento conforme la cláusula tercera, oportunidad en la cual se abonara a **EL TRABAJADOR** los beneficios sociales que le pudieran corresponder de acuerdo a ley.

DÉCIMO: Este contrato queda sujeto a las disposiciones que contiene el TUO del D. Leg. Nº 728 aprobado por D. S. Nº 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y demás normas legales que lo regulen o que sean dictadas durante la vigencia del contrato.

Conforme con todas las cláusulas anteriores, firman las partes, por triplicado al 01 de setiembre del 2009.

EL EMPLEADOR EL TRABAJADOR

6. Jurisprudencias relacionadas al Contrato por Obra o Servicio :

EXP. Nº 00808-2006-PA/TC
AREQUIPA
LUIS ALBERTO CABRERA ELGUERA
(El Peruano: 09-12-2006)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de abril de 2006, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzáles Ojeda, Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia:

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Alberto Cabrera Elguera contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 273, su fecha 17 de noviembre de 2005, que declaró infundada la demanda de amparo.

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de noviembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Arequipa S.A. (SEDAPAR S.A.), solicitando que se ordene su reposición en el cargo que venía desempeñando. Manifiesta que con fecha 4 de noviembre de 1999 ingresó a trabajar en la empresa demandada mediante un contrato de trabajo para servicio específico, a fin de que desempeñe labores de naturaleza permanentes en una plaza que se encuentra presupuestada e incluida en el Cuadro de Asignación de Personal, razones por las cuales sus contratos de trabajo sujetos a modalidad han sido desnaturalizados y por ende su relación laboral se convirtió en indeterminada, no pudiendo ser despedido sino por una causa justa.

La emplazada contesta la demanda señalando que conforme se observa del contrato de trabajo para servicio específico C-715-2004-PER el demandante fue contratado por dos meses, esto es desde el 1 de setiembre hasta el 31 de octubre de 2004, por lo que al vencimiento del plazo su relación laboral se extinguió.

El Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa, con fecha 17 de febrero de 2005, declaró infundada la demanda por considerar que en autos no está acreditado que el demandante haya desempeñado labores de naturaleza permanente por más de un año ininterrumpido para que le sea aplicable el artículo 1º de la Ley Nº 24041

La recurrida, confirmando la apelada, declaró infundada la demanda por estimar, del contrato de trabajo para servicio específico suscrito por el demandante con la demandante, que se advierte que el plazo de su vigencia terminaba el 31 de octubre de 2004, por lo que al vencimiento del dicho plazo se extinguió su relación laboral.

FUNDAMENTOS

1. De acuerdo a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral individual privada, establecidos en los Fundamentos 7 a 20 de la STC Nº 0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal considera que, en el presente caso, resulta procedente efectuar la verificación del despido arbitrario alegado por el recurrente.

2. El actor alega que su contrato de trabajo para servicio específico ha sido desnaturalizado, por lo que debe ser considerado como un contrato de trabajo de duración indeterminada, debido a que las labores para las cuales fue contratado eran de naturaleza permanente y no temporales; además, porque la plaza en la que se desempeñaba se encuentra presupuestada e incluida en el Cuadro de Asignación de Personal.

3. En este sentido, la cuestión controvertida se circunscribe en dilucidar si el contrato de trabajo para servicio especifico suscrito por el demandante con la emplazada ha sido desnaturalizado, para efectos de ser considerado como de duración

indeterminada y, en atención a ello, establecer si el demandante sólo podía ser despedido por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral.

4. En el presente caso, debemos indicar que, con las boletas de pago obrantes de fojas 5 a 9 se acredita que el recurrente ingreso a trabajar como contratado desde noviembre de 1999 hasta octubre de 2004. Sobre el particular debemos señalar que del último contrato de trabajo para servicio específíco obrante a fojas 4 se aprecia que la empresa emplazada acordó con el demandante contratarlo para que desempeñe las labores del cargo de Profesional Inspector en el Departamento de Supervisión de la Gerencia de Desarrollo, desde el 1 de setiembre hasta el 31 de octubre de 2004. Por consiguiente, este Tribunal debe analizar si se ha producido una desnaturalización del contrato de trabajo para servicio específico, ya que si las labores para las cuales fue contratado el demandante son de naturaleza permanente y no temporal, se habría simulado la celebración de un contrato sujeto a modalidad.

5. En relación con la naturaleza del contrato de trabajo para servicio específico, debemos señalar que esta modalidad contractual es de duración determinada, ya que tiene como elemento justificante para su celebración la naturaleza temporal, ocasional o transitoria del servicio que se va a prestar; es decir que para determinar su celebración se deberá tener en cuenta la temporalidad o transitoriedad del trabajo (servicio) para el que fue contratado, puesto que si contrata a un trabajador mediante esta modalidad contractual para que desempeñe labores de naturaleza permanente y no temporales, se habría simulado la celebración de un contrato de duración determinada en vez de uno de duración indeterminada.

6. Por consiguiente, para determinar si el contrato de trabajo para servicio específico ha sido simulado y por ende desnaturalizado, hemos de partir por analizar la naturaleza del trabajo para el cual fue contratado el demandante. A tal efecto, hemos de precisar que el demandante fue contratado para que desempeñe las labores del cargo de Profesional Inspector en el Deparatmento de Supervisión, esto es, labores que son de naturaleza permanente y no temporal, ya que su plaza se encuentra presupuestada e incluida en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP) de Sedapar S.A., aprobada mediante la Resolución Nº 23922-2001/S-1010, de fecha 6 de diciembre de 2001, obrante de fojas 10 a 14.

7. En consecuencia, habiéndose acreditado la existencia de simulación en el contrato del demandante, éste debe ser considerado como de duración indeterminada, conforme lo establece el inciso d) del artículo 77º del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, razón por la que, habiéndosele despedido de manera verbal, sin expresarle causa alguna derivada de su conducta o capacidad laboral que la justifique, se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda.
2. Ordenar que Sedapar reponga a don Luis Alberto Cabrera Elguera en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar nivel o categoría.

Publíquese y notifíquese.

SS.
GONZALES OJEDA
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI

EXP. Nº 04773-2004-AA/TC
CUSCO
ROBERT ANTONIO ROMERO FLORES
(El Peruano: 01-12-2006)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Yunguyo, a los 30 días del mes de marzo de 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Robert Antonio Romero Flores contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fojas 206, su fecha 8 de noviembre de 2004, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 8 de marzo de 2004, el recurrente interpone acción de amparo contra el PLAN MERRIS INKA, solicitando que se deje sin efecto legal la carta notarial Nº 716, de fecha 6 de enero de 2004, mediante la cual se lo despide; y que, en consecuencia, se ordene su reposición y se disponga el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. Manifiesta que celebró con el demandado sucesivos contratos de trabajo para

servicios específicos a plazo fijo, y que laboró en forma ininterrumpida desde el 20 de setiembre de 1999 hasta el 6 de enero de 2004, fecha en que se dio por concluida su relación laboral. Sostiene que los mencionados contratos han sido desnaturalizados, tornándose su relación laboral en una de plazo indeterminado, ya que fue contratado, previo concurso externo de méritos, para ocupar el cargo de responsable de sistemas, el cual forma parte del Cuadro de Asignación de Personal (CAP).

2. Contestación de la demanda

El emplazado propone la excepción de convenio arbitral y contesta la demanda precisando que el demandante fue contratado según la modalidad de servicios específicos sujeto al régimen laboral de la actividad privada, desde el 1 de enero de 2000 hasta el 14 de enero de 2004, señalando que desde el inicio de sus labores hasta su término no transcurrió el plazo máximo previsto en el artículo 74 del Decreto Supremo 003-97-TR para que opere la desnaturalización de los contratos modales celebrados.

3. Sentencia de primer grado

El Juzgado Mixto de Wanchaq, con fecha 15 de julio de 2004, declara infundada la excepción de convenio arbitral y fundada la demanda, estimando que el cargo de responsable de sistemas se encuentra estructurado en el Cuadro de Asignación de Personal de la entidad demandada; simulándose, de este modo, necesidades temporales para suscribir contratos sujetos a modalidad, los mismos que deben ser considerados de duración indeterminada.

4. Sentencia de segundo grado

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda agregando que antes de iniciar el proceso de amparo el demandante recurrió a la vida ordinaria para hacer valer sus derechos.

III. FUNDAMENTOS

1. Antes de emitir un pronunciamiento sobre el fondo, es necesario determinar si se cumplen las condiciones de procedibilidad de la presente demanda.

2. De conformidad con lo establecido en el artículo 5, inciso 3, del Código Procesal Constitucional, no proceden los procesos constitucionales “cuando el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional”.

3. Sobre el particular, este Tribunal considera necesario precisar que, si bien el demandante interpuso una demanda de indemnización por despido arbitrario en la vía ordinaria, dicho proceso concluyó con la Resolución 5, del 4 de junio de 2004, que aprobó el desistimiento formulado por el actor, esto es, sin haberse resuelto el fondo del asunto, de ahí que en el presente caso no se configura la existencia de la causal de improcedencia aludida, siendo necesario emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

4. El artículo 63 del Decreto Supremo 003-97-TR establece que el contrato de trabajo sujeto a modalidad para servicio específico es aquel que se celebra entre el empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada, la cual será la que resulte necesaria para dicho fin.

5. De autos se aprecia que el demandante, antes de ser despedido mediante carta notarial 716, de fecha 6 de enero de 2004, prestó servicios para el demandado desde el 20 de setiembre de 1999, a través de un contrato de locación de servicios que obra de fojas 8 a 10; siendo contratado luego desde el 1 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2003, bajo sucesivos contratos de trabajo para servicios específicos, desempeñando el cargo de responsable de sistemas, el cual forma parte del Cuadro de Asignación de Personal (CAP).

6. De acuerdo con el artículo 77º del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, “[l]os contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: (...) b) [c]uando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación”.

7. En el caso concreto, es claro que el contrato para servicio específico celebrado entre el demandante y el emplazado vencía el 31 de diciembre de 2003; no obstante, de acuerdo con el acta de constatación de incumplimiento de normas laborales (fojas

108), el demandante registró su asistencia hasta el 2 de enero de 2004; es más, el propio demandado reconoce, reiteradamente, que el demandante prestó servicios hasta el 06 de enero de 2004 (fojas 170), desnaturalizándose el contrato aludido a tenor de lo que establece el artículo 77º inciso b) del Decreto Supremo Nº 003-97-TR.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. Se ordena al emplazado a reponer al demandante en el cargo o puesto de trabajo que venía ocupando con anterioridad a su despido.

Publíquese y notifíquese.

SS.
ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
LANDA ARROYO

EXP. Nº 04168-2005-PA/TC
ÁNCASH
JUAN FÉLIX GONZALES
VILLÓN Y OTRO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de agosto de 2006, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados García Toma, Gonzales Ojeda y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juan Félix Gonzales Villón y otro contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Áncash, de fojas 340, su fecha 11 de mayo de 2005, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 4 de junio de 2004, don Juan Félix Gonzales Villón y don Marco Tulio Gonzales Limay interponen demanda de amparo contra el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (PRONAA), solicitando que se dejen sin efecto sus despidos de hecho y que, en consecuencia, se ordene sus reincorporaciones en su centro de

trabajo y el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir. Aducen que suscribieron con el emplazado sucesivos contratos de trabajo a plazo fijo, los últimos de los cuales estuvieron vigentes hasta el 31 de marzo de 2004; sin embargo, han continuado laborando hasta el 2 de abril de 2004 por lo que dichos contratos de trabajo se han desnaturalizado, razón por la cual no podían ser despedidos sino por justa causa.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social propone la excepción de incompetencia y contesta la demanda manifestando que los demandantes no fueron despedidos arbitrariamente, sino que al vencimiento del plazo de sus últimos contratos de trabajo se extinguieron sus respectivos vínculos laborales.

El Primer Juzgado Mixto de Huaraz, con fecha 26 de octubre de 2004, declaró infundada la excepción propuesta e infundada la demanda, por considerar que los demandantes no han acreditado que hayan continuado laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en sus últimos contratos de trabajo.

La recurrida revocando la apelada declaró improcedente la demanda por estimar que, al haberse cumplido el plazo de duración de los últimos contratos de trabajo celebrados por los demandantes, la extinción de sus relaciones laborales se produjo en forma automática.

FUNDAMENTOS

1. En atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo concernientes a materia laboral individual privada, establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la STC 0206-2005-PA/TC, que constituye precedente vinculante de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en el presente caso procede emitir un pronunciamiento de fondo tanto mas si la resolución impugnada analiza precisamente la naturaleza de las relaciones contractuales entre las partes y decide sobre sus consecuencias.

2. Los recurrentes alegan que los contratos de trabajo sujetos a modalidad que suscribieron con el PRONAA deben ser considerados como contratos de trabajo de duración indeterminada debido a que ellos continuaron laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado y que, habiéndose dado por extinguida sus

relaciones laborales sin expresión de una causa justa relacionada con su conducta o capacidad, se ha configurado un despido arbitrario y lesivo de su derecho constitucional al trabajo.

3. Los contratos de trabajo sujetos a modalidad que obran en la instrumental de fojas 15 a 17 y 65 a 67, acreditan que los demandantes celebraron el último contrato de trabajo para servicio específico que tenía como fecha de vencimiento el 31 de marzo de 2004; por lo tanto, habiéndose cumplido el plazo de duración de los últimos contratos de trabajo sujetos a modalidad, se debieron extinguir las relaciones laborales de los demandantes; sin embargo ellos continuaron laborando después de la fecha de vencimiento del plazo en referencia según las actas de visita de inspección especial obrantes de fojas 34 a 43.

4. En consecuencia, habiéndose acreditado suficientemente que los demandantes siguieron laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en sus últimos contratos de trabajo sujetos a modalidad, es procedente considerar la variante de la relación laboral a una de duración indeterminada conforme lo establece el inciso a) del artículo 77º del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, razón por la que habiéndoseles despedido de manera verbal, sin expresarles causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique, se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo.

5. Siendo ello así la demanda resulta amparable porque la extinción de las relaciones laborales de los demandantes se ha fundado, única y exclusivamente, en la voluntad del empleador, lo que constituye un acto arbitrario y lesivo de los derechos fundamentales de los demandantes, razón por la cual sus despidos carecen de efecto legal y son repulsivos al ordenamiento jurídico.

6. En cuanto al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, resulta pertinente reiterar que éstas, por tener naturaleza resarcitoria y no restitutoria, no resultan amparables mediante el proceso de amparo, razón por la cual se deja a salvo el derecho de los actores de acudir a la vía correspondiente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda; en consecuencia ordena que el PRONAA reponga a los señores Juan Félix Gonzales Villón y Marco Tulio Gonzales Limay en los cargos que venían desempeñando o en otros similares de igual categoría o nivel.
2. Declarar IMPROCEDENTE la demanda respecto al extremo relativo al pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

Publíquese y notifíquese.
SS.
GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
VERGARA GOTELLI

CAS. Nº 753-2004
AREQUIPA.
(El Peruano: 31-07-2006)

Lima, tres de abril del dos mil seis.-

LA PRIMERA SALA TRANSITORIA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA.

VISTA: La causa número setecientos cincuentitrés dos mil cuatro; en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha; producida la votación con arreglo a la Ley, y de conformidad con el Dictamen Fiscal se ha emitido la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto mediante escrito de fojas trescientos sesentiocho por la Autoridad Autónoma de Majes - AUTODEMA - contra la sentencia de vista de fojas trescientos sesentidós, su fecha treinta de enero del dos mil cuatro que confirmando la sentencia apelada obrante a fojas trescientos quince del veinte de agosto del dos mil tres declara fundada la demanda sobre indemnización por despido arbitrario y ordena que la demandada pague al actor la suma de cuarenticinco mil nuevos soles por dicho concepto; exoneraron a la demandada del pago de costas y costos; confirmándola en lo demás que contiene.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Mediante Ejecutoria de fecha trece de julio del dos mil cinco, obrante a fojas veintisiete del cuadernillo de casación, esta Sala declaró procedente el recurso interpuesto por la Autónoma de Majes - AUTODEMA - por las siguientes causales: a) aplicación indebida del artículo ciento once, inciso a) del Decreto Supremo número cero cero cinco - noventicinco - TR. b) la inaplicación del último párrafo de la Sétima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo número quinientos noventinueve y artículo treintidós del Reglamento de Organización y Funciones del INADE aprobado por Decreto Supremo número cero diecisiete - noventitrés- PRES; y c) la contravención al debido proceso al no haberse emplazado debidamente al Estado.

CONSIDERANDO:

Primero: Que, conforme lo precisa el artículo dos de su Reglamento de Organización y Funciones la Autoridad Autónoma del Proyecto Especial Majes (AUTODEMA) aprobado por Resolución Jefatural número cero cero siete - ochentiocho - INADE - mil cien, su fecha once de enero de mil novecientos noventiocho es un Organismo Público Descentralizado cuyo funcionamiento es conducido y coordinado por el Instituto Nacional de Desarrollo (INADE) de quien depende, que cuenta con personería jurídica, derecho público interno con autonomía técnica, económica y administrativa.

Segundo: Que, es precisamente en virtud de esta autonomía que se reconoce al Presidente Ejecutivo de la Autoridad Autónoma del Proyecto Especial Majes en su calidad de máxima autoridad individual todas las facultades de representación y gestión de política de esta entidad y a su vez la calidad de titular de la Unidad Presupuestaria correspondiente, precisándose como una de sus funciones inherentes a su cargo la de representar a AUTODEMA ante las entidades nacionales y extranjeras, personas naturales o jurídicas y en general ante quien fuera necesaria tal representación, por lo que es en ejercicio de tales potestades que el Presidente Ejecutivo de la demandada delega su representación judicial por Escritura Pública del seis de febrero del dos mil dos cuya copia corre a fojas diecisiete.

Tercero: Que, así queda claro que la defensa en juicio de la Autoridad Autónoma del Proyecto Especial Majes es ejercida por sus propios órganos de administración quienes han sido debidamente emplazados y han actuado en el proceso sin limitación

o restricción alguna ejerciendo con amplitud su derecho constitucional de defensa por lo que la contravención al debido proceso que se acusa por la decisión de las instancias de rechazar su pedido de integración a la litis del procurador público que ejerza la defensa de los asuntos judiciales del Sector al que se encuentra adscrita la demandada se desvanece.

Cuarto: Que, descartada la existencia de los vicios in procedendo debe examinarse la pretensión de pago de indemnización por despido arbitrario del actor a la luz de los fundamentos que respaldan las denuncias admitidas; por lo que la controversia radica en examinar la tesis que postula la emplazada que al igual que en todo el proceso reitera que los Proyectos Especiales entre ellos el Proyecto Especial Majes Siguas son de carácter temporal y su existencia en el tiempo es limitada por la propia naturaleza de las obras que realizan, razón por la cual los trabajadores son contratados a plazo fijo no dando lugar a la estabilidad laboral, de allí que no resulten aplicables las normas referidas a la desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad a que se refiere el artículo ciento once inciso a) del Decreto Supremo número cero cero cinco noventicinco - PCM sino las normas especiales contenidas en el último párrafo de la Sétima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo número quinientos noventinueve Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Desarrollo (INADE) que establece que el personal a cargo de los proyectos especiales cualquiera sea la naturaleza de sus actividades, sólo podrá ser contratado a plazo fijo bajo la modalidad del contrato de locación de obra, el mismo que en ningún caso, podrá exceder a la fecha de culminación y entrega de la obra; y en el artículo treintidós del Reglamento de Organización y Funciones del INADE aprobado por Decreto Supremo número cero diecisiete - noventitrés - PRES que en el mismo sentido señala que los trabajadores de los Proyectos a cargo de INADE por la naturaleza de los mismos son contratados a plazo fijo no dando lugar a estabilidad laboral.

Quinto: Que, si bien el artículo sesentidós de la Constitución Política del Estado establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo segundo inciso catorce que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, por consiguiente, y en desmedro de lo que pueda suponer una conclusión apresurada, es necesaria una lectura sistemática de la

Constitución Política que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; límites explícitos a la contratación, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de tales derechos.

Sexto: Que, bajo este contexto si el contrato de trabajo se transforma en un mecanismo que distorsiona derechos laborales o no permite garantizarlos del modo más adecuado, no cabe la menor duda que el objetivo de licitud predicado por la norma fundamental se ve vulnerado, a lo que se suma el hecho de facilitar que derechos que se consideran constitucionalmente adquiridos e irrenunciables, puedan verse vaciados de contenido.

Sétimo: Que, el régimen laboral peruano se sustenta, entre otros criterios, en el llamado principio de causalidad, en virtud del cual la duración del vínculo laboral debe ser garantizado mientras subsista la fuente que le dio origen, en tal sentido, hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de aquella que pueda tener una duración determinada que por su propia naturaleza proceden únicamente cuando su objeto lo constituye el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar; como resultado de este carácter excepcional, la ley les establece formalidades, requisitos, condiciones, plazos especiales e, incluso, sanciones, cuando, a través de ellos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado.

Octavo: Que, dentro de estos contratos denominados como contratos de trabajo sujetos a modalidad, el Decreto Legislativo número setecientos veintiocho se encuentra el contrato para obra o servicio especifico que comprende aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada que será la que resulte necesaria como así lo conceptúan sucesivamente los artículos ciento seis del Texto Original del Decreto Legislativo

número setecientos veintiocho así como de su Texto Ordenado por el Decreto Supremo número cero cero tres - noventitrés -TR, artículo noventisiete de su Texto Unico Ordenado aprobado por Decreto Supremo número cero cero cinco noventicinco - TR y el artículo sesentitrés de su Texto Unico Ordenado aprobado por Decreto Supremo número cero cero tres - noventisiete -TR actualmente vigente.

Noveno: Que, si bien esta forma de contratación laboral en virtud de su especial regulación a diferencia de lo que si ocurre generalmente con los demás contratos de trabajo modales no se encuentra sometida expresamente a un plazo máximo para su duración ello en modo alguno puede distorsionar su especial naturaleza accidental y temporal al punto de aperturar por este vacío un supuesto de ejercicio abusivo del derecho que por tal razón su límite temporal debe ser definido en cada caso concreto a la luz del principio de razonabilidad que en término de Americo Plá Rodríguez consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón. Se trata como se ve de una especie de límite o freno formal y elástico al mismo tiempo aplicable en aquellas áreas del comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en otro, y sobre todo, donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles.

Décimo: Que, en el caso de autos las instancias han definido que el actor prestó servicios personales y subordinados a la demandada bajo contratos modales de trabajo para servicio especifico por un lapso aproximado de doce años y que las funciones que comportaban su cargo (Ejecución y Supervisión de las actividades de operación y mantenimiento de la infraestructura mayor hidráulica que a su vez atribuye las funciones básicas de Supervisar la operación y mantenimiento de la infraestructura mayor hidráulica y elaboración de estudios y proyectos de acuerdo a la hoja de descripción de cargo de fojas ciento noventidós b), se encontraban expresamente designadas en el Manual de Organización y Funciones del Proyecto de Inversión.

Undécimo: Que, examinados estos hechos a la luz del principio de razonabilidad demuestran sin lugar a dudas que los servicios del actor correspondían primero a las actividades ordinarias de la accionada cuyas funciones de acuerdo al literal k) artículo seis de su Reglamento de Organización y Funciones son las de administrar y realizar una adecuada operación y mantenimiento de las obras de regulación, adecuación y conducción del sistema hidráulico del proyecto; y por otro lado que adolecían del

carácter de temporalidad pues no es razonable asumir que la prestación de un servicio que perdure doce años tenga tal carácter.

Duodécimo: Que, esta conclusión resulta compatible con la propia vocación de existencia de la entidad emplazada que si bien no tiene plazo indeterminado, por la naturaleza sus objetivos como Proyecto Especial Estatal si se encuentra sometido a un plazo resolutorio que no se encuentra expresado ciertamente en una medida de tiempo pre establecida sino en el logro de sus metas que por su envergadura son de largo plazo, por lo que esta Sala Suprema invocando no sólo un criterio de razonabilidad sino a su vez de proporcionalidad asume en criterio jurisprudencial que los servicios prestados bajo un contrato de obra o servicio especifico por un lapso igual o superior a ocho años para un Proyecto Especial del Estado acarrean sin duda alguna la desnaturalización del contrato de trabajo lo cual encuentra sólido respaldo el principio de primacía de la realidad o de veracidad que se constituye en un elemento implícito en nuestro ordenamiento y que es concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución Política del Estado de mil novecientos noventitrés, que ha visto al trabajo como un deber y un derecho base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo veintidós); y además como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo veintitrés), que delimita que el Juez en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero, es decir a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad, pues el Contrato de Trabajo constituye un contrato realidad, esto se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación.

Décimo Tercero: Que, en consecuencia conforme a las normas del Decreto Legislativo número setecientos veintiocho que regulan la desnaturalización del contrato de trabajo (artículo ciento veinte literal c) de su Texto Primigenio, artículo ciento veinte literal d) del Decreto Supremo número cero cero tres - noventitrés - TR, artículo ciento once literal d) del Decreto Supremo número cero cero cinco - noventicinco - TR y artículo setentisiete del Decreto Supremo número cero cero tres - noventisiete -TR) la relación de trabajo habida entre las partes debe ser considerada como de duración indeterminada por lo que cualquier determinación por parte del empleador para la culminación de la relación laboral sólo pudo sustentarse en una causa justa establecida por la ley, de lo contrario se trataría de un despido arbitrario,

cuya proscripción garantiza el contenido esencial del derecho al trabajo, reconocido por el artículo veintidós de la Constitución Política del Estado.

Décimo Cuarto: Que, así la ruptura del vínculo laboral, sustentada en una utilización fraudulenta de una modalidad de contratación como la descrita, tiene, por consiguiente, el carácter de un despido absolutamente arbitrario por la que resulta correcta la decisión de las instancias de amparar la indemnización tarifada que por su configuración reclama el actor al considerar la desnaturalización de la forma modal bajo la cual prestaba sus servicios.

Décimo Quinto: Que, consecuentemente el amparo de las denuncias formuladas por la demandada importarían no sólo la vulneración de los derechos y garantías que consagran a favor del trabajador y de su derecho al trabajo los artículos veintidós, veintitrés y veintiséis inciso segundo de la Constitución Política del Estado sino también desconocer que conforme al artículo ciento treintiocho de la Constitución Política del Estado los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución Política y a las Leyes, encontrándose facultados en caso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal a preferir la primera, por lo que a partir de tal prescripción debe asumirse que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios que también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política.

RESOLUCION:

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto mediante escrito de fojas trescientos sesentiocho por la Autoridad Autónoma de Majes; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas trescientos sesentidós, su fecha treinta de enero del dos mil cuatro; **CONDENARON** a la recurrente a la multa de dos unidades de referencia procesal; en los seguidos por don Mario Augusto Marengo Orsini sobre Indemnización por Despido Arbitrario; y estando a que la presente resolución sienta precedente de observancia obligatoria en el modo y forma previsto en la ley: **ORDENARON** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; y los devolvieron.-

SS. VILLACORTA RAMIREZ, EGUSQUIZA ROCA, ESTRELLA CAMA, LEON RAMIREZ, ROJAS MARAVI

Contrato intermitente

1. Definición normativa

El artículo 64º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala lo siguiente:

"Los contratos de servicio intermitente son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas.

Estos contratos podrán efectuarse con el mismo trabajador, quien tendrá derecho preferencial en la contratación, pudiendo consignarse en el contrato primigenio tal derecho, el que operará en forma automática, sin necesidad de requerirse de nueva celebración de contrato o renovación."

Así mismo, el artículo 65º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a la letra dice:

"En el contrato escrito que se suscriba deberá consignarse con la mayor precisión las circunstancias o condiciones que deben observarse para que se reanude en cada oportunidad la labor intermitente del contrato."

De otro lado, el artículo 66º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, señala:

"El tiempo de servicios y los derechos sociales del trabajador contratado bajo esta modalidad se determinarán en función del tiempo efectivamente laborado."

2. Alcances

Hay algunas actividades que no es posible la ejecución continúa de las labores del trabajo, por lo que, sus labores son permanentes (continuo y duradero en el tiempo) y discontinuas (interrumpido, carente de continuidad), debido a que la causa que genera las labores del trabajador no se ha producido. Es el caso, por ejemplo, de los estibadores o pescadores.

Debemos entender por requerimientos de personal que tienen como sustento la atención de las necesidades empresariales, producto del incremento periódico de la producción y que inciden de forma importante en los productos o servicios que brinda el empleador.

Es importante precisar que las actividades que realiza el empleador, y que generan la contratación de este personal, si bien tienen vocación de permanencia se realizan de forma fraccionada, con intervalos de inactividad.[20]

Los derechos y beneficios sociales del trabajador intermitente son los mismos que para cualquier trabajador de la actividad privada, en función del tiempo efectivamente laborado, que entendemos por el período de actividad del trabajador. En ese sentido,

[20] Avalos Jara, Oxal Víctor, Op. Cit . p.141

le corresponderá percibir al trabajador: CTS, vacaciones y gratificaciones truncas, en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado por el trabajador.

La norma laboral no hace referencia al plazo máximo de contratación, pues, el artículo 74º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, señala un límite máximo de cinco años, en caso, que se celebren contratos con distintas modalidades contractuales.

Concluimos, entonces, que la duración de este tipo de contrato, podrá superar los cinco (05) años, siempre, claro está, que las actividades de la empresa sean permanentes con intervalos de inactividad.

3. Elementos objetivos para su aplicación

- Podrá celebrarse el contrato de trabajo con el mismo trabajador, quien tendrá derecho preferencial en la contratación, pudiendo consignarse en el contrato primigenio.

- Si se reservase este derecho en el contrato, no será necesario la celebración de un nuevo contrato, pues, operará en forma automática, sin que se requiera nueva celebración.

- Se debe de consignar con mayor precisión las circunstancias o condiciones que deben observarse para que se reanude en cada oportunidad la labor intermitente del contrato.

- El tiempo de servicios y derechos sociales del trabajador contratado bajo esta modalidad se determinarán en función del tiempo efectivamente laborado.

4. Desnaturalización

Se desnaturaliza el contrato intermitente cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Es el caso, por ejemplo, que siendo una labor de naturaleza permanente y continúa el empleador contrata bajo la modalidad de intermitente, aduciendo que sus labores son discontinúas. Por ejemplo: secretaria de gerencia, jefe del área de informática, etc.

En el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional: Proceso de Amparo - Expediente Nº 08951-2006-PA/TC, se señala la desnaturalización del contrato intermitente, toda vez, que durante todo el récord laboral, el trabajador ha desarrollado sus funciones sin ninguna interrupción o suspensión, siendo sus labores permanentes y continuas, desvirtuándose la causa objetiva en éste tipo de contratos.

5. Modelo de contrato de trabajo intermitente

Contrato Intermitente

Conste por el presente documento, **"CONTRATO DE TRABAJO SUJETO A MODALIDAD INTERMITENTE ",** que celebran al amparo del Art. 64º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por D. S. Nº 003-97-TR, y normas complementarias, de una parte MARITEX S.R.L. con R.U.C Nº 25689562210 y domicilio legal en Av. La Paz Nº 333, Surco, debidamente representada por el Sr. José Francisco Rodríguez Ramos, con D.N.I Nº 05863232, domiciliado en Jr. Portugal Nº 110, Lince, Lima; según poder inscrito en la partida registral No 125622 del

Registro de Personas Jurídicas de Lima, a quien en adelante se le denominará **EL EMPLEADOR**; y de la otra parte, **MANUEL LOAYZA FERREROS** con D.N.I. Nº 05285362, de profesión biólogo, domiciliado en Jr. Almodóvar Nº 210, Cercado de Lima; a quien en adelante se le denominará **EL TRABAJADOR**; en los términos y condiciones siguientes:

PRIMERA: ANTECEDENTES

EL EMPLEADOR es una empresa de producción de aceite y harina de pescado y similares. **EL EMPLEADOR** realiza una actividad permanente pero discontinua, ya que se encuentra condicionada a la existencia de materia prima y que por circunstancias de inactividad por motivos de orden natural, relacionados a la vedas determinadas por el Ministerio del Sector competente. En ese sentido, requerimos la contratación en forma intermitente de ciertos trabajadores a efectos de llevar a cabo las necesidades propias de la actividad empresarial.

SEGUNDA: OBJETO

Por el presente documento **EL EMPLEADOR** contrata de manera temporal bajo la modalidad Intermitente, los servicios de **EL TRABAJADOR** quien se encargará del departamento de control de calidad.

TERCERA: PLAZO

El plazo de duración del presente contrato es de 1 (un) año, y rige a partir del 01 de octubre del 2009 hasta el 30 de setiembre del 2010, fecha en que termina el contrato.

Las partes acuerdan expresamente, que **EL TRABAJADOR** tiene derecho preferencial, de conformidad con el artículo 64º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el que operará de forma automática.

CUARTA: REINCORPORACION

Se deja constancia, que los periodos de inactividad, por imposibilidad material para la prestación de servicios por parte de **EL TRABAJADOR**, se suspenden de modo perfecto los efectos del presente contrato.

Así mismo, para la suspensión de labores, bastará una comunicación por escrito de **EL EMPLEADOR**, en el que se consignará de modo claro el periodo de interrupción de la prestación de servicios y fecha en la que **EL TRABAJADOR** deberá incorporarse para seguir prestando sus servicios. Si persistiese tal imposibilidad y **EL TRABAJADOR** no pudiese continuar con las labores, **EL EMPLEADOR** notificará a **EL TRABAJADOR** de tal situación y le informará la nueva fecha para su reincorporación al centro laboral.

QUINTA: PERIODO DE PRUEBA

EL TRABAJADOR estará sujeto a un período de prueba de tres meses, la misma que inicia el 01 de octubre de 2009 y concluye el 31 de diciembre del 2009. Queda entendido que durante este período de prueba **EL EMPLEADOR** puede resolver el contrato sin expresión de causa.

SEXTA: JORNADA DE TRABAJO

Las partes acuerdan que el horario de trabajo se establecerá cada vez que el trabajador se reincorpore a prestar sus servicios, sin exceder de los límites señalados conforme a ley.

SETIMA: REMUNERACION

EL EMPLEADOR abonara al **TRABAJADOR** la cantidad de S/1, 500.00 (Mil quinientos con 00/100 Nuevos Soles), en forma mensual, de la cual se deducirá las aportaciones y descuentos por tributos establecidos en la ley que le resulte de aplicación.

Las partes dejan constancia que si se produjera la suspensión de las labores, por efectos de la modalidad del contrato, la remuneración mensual será pagada al trabajador, en forma proporcional a los días laborados.

Así mismo, los beneficios sociales de **EL TRABAJADOR**, en función al tiempo efectivamente laborado, de conformidad con el artículo 66º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

OCTAVA: OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR

EL TRABAJADOR deberá cumplir con las normas propias del Centro de Trabajo, así como las contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo y en las demás normas laborales, y las que se impartan por necesidades en ejercicio de las facultades de administración de la empresa, demostrando en todo momento lealtad y eficiencia en la realización de sus labores.

Así mismo, **EL TRABAJADOR** se compromete, igualmente, a mantener en reserva toda información a que tenga acceso, de la empresa, socios y/o clientes. Dicha información subsistirá aún después de culminada la relación laboral. Esta obligación subsistirá aún después de culminada la relación laboral, que en caso de incumplimiento genera la correspondiente responsabilidad por daños y perjuicios, así como la responsabilidad penal, previsto en el artículo 165º del Código Penal.

NOVENA: OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR

EL EMPLEADOR, se obliga a cumplir con las obligaciones legales que le corresponden conforme a ley y a brindar los permisos necesarios para la capacitación y/o actualización de conocimientos por parte de **EL TRABAJADOR**, debiendo ser recuperadas dichas horas, fuera de la jornada ordinaria de trabajo.

DECIMA: EXTINCION

El vínculo laboral podrá extinguirse en virtud de las causales señaladas en el artículo 16º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

UNDECIMA: REGLAS APLICABLES

Este contrato queda sujeto a las disposiciones que contiene la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo Nº 003-97-TR), y demás normas legales que lo regulen o que sean dictadas durante la vigencia del contrato.

DUODECIMA: DOMICILIO

Las partes señalan que sus domicilios son los señalados en la introducción del presente documento, por lo que se considerarán válidas todas las comunicaciones y notificaciones dirigidas a las mismas con motivo de la ejecución del presente contrato.

Se considerará válida la notificación de cualquiera de las parte, desde la comunicación a la contraparte, por cualquier medio escrito.

TRIGESIMA: JURISDICCION

Las partes acuerdan que cualquier discrepancia que surja entre las partes como consecuencia de la ejecución del presente contrato, se resolverá de mutuo acuerdo entre las partes, de lo contrario, resolverán la controversia ante la jurisdicción arbitral de la Cámara de Comercio de Lima.

Como muestra de conformidad con todas las cláusulas del presente contrato, firman las partes, al 1º día del mes de octubre del año 2009.

_____ _____

EMPLEADOR TRABAJADOR

6. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Contrato Intermitente

EXP. N.° 08951-2006-PA/TC
MOQUEGUA
JORGE ANTONIO
PACSI CORNEJO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y

Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Antonio Pacsi Cornejo contra la resolución de la Sala Mixta Descentralizada de Ilo de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, de fojas 244, su fecha 13 de setiembre de 2006, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de agosto de 2005 el recurrente interpone demanda de amparo contra la empresa Pesquera Hayduk S.A., solicitando que se deje sin efecto el despido incausado del que ha sido objeto y que por consiguiente se ordene a la emplazada que lo reponga en su puesto de trabajo. Manifiesta que inició su relación laboral con la emplazada el 6 de febrero del 2003, laborando para la misma, sin interrupción, hasta el 31 de julio del 2005, fecha en que fue despedido; que celebró contrato intermitente, el mismo que fue desnaturalizado, puesto que en él no se consignó la causa objetiva de la contratación, además de haberse producido simulación, dado que sus labores, lejos de ser discontinuas, fueron permanentes y continuas; y que la verdadera razón del despido fue su afiliación al sindicato de la empresa. Agrega que se han vulnerado sus derechos al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario y a la libertad de sindicación.

La emplazada contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente o infundada, expresando que el demandante no fue despedido, sino que su vínculo laboral terminó por el vencimiento de su contrato; que la desnaturalización del contrato, alegada por el demandante, debe ser objeto de prueba, por lo que el amparo no es la vía idónea; que el demandante realizó las labores para las que fue contratado; y que, si bien la actividad que desarrolla la empresa puede ser de carácter permanente, por su naturaleza, es una actividad discontinua.

El Segundo Juzgado Mixto de Ilo, con fecha 19 de junio del año 2006, declara infundada la demanda, por considerar que el contrato de trabajo no perdió validez ni vigencia, porque en él se ha establecido la naturaleza intermitente de las labores que realizó el recurrente; y la relación laboral del demandante se extinguió por vencimiento

del contrato, por lo que no se ha demostrado que se produjo la desnaturalización del mismo.

La recurrida confirma la apelada por estimar que se requiere de la actuación de pruebas para dilucidar la controversia, razón por la cual el amparo no es la vía idónea.

FUNDAMENTOS

1. Del tenor de los contratos de trabajo que obran a fojas 2 y 5 se aprecia que sí se ha consignado la causa objetiva de la contratación.

2. Teniéndose en cuenta que el recurrente trabajó para la emplazada por cerca de dos años y medio, debe concluirse que no superó el plazo máximo de duración que establece la ley.

3. Por otro lado el recurrente no ha probado la vulneración de su derecho a la libertad de sindicación, puesto que la instrumental que obra en autos no permite establecer una relación causal entre su afiliación al sindicato de la empresa y la terminación de su relación laboral.

4. No obstante lo antes señalado este Colegiado considera que debe estimarse la demanda en razón a que el contrato del demandante ha sido desnaturalizado, por haberse producido el supuesto previsto en el inciso d) del artículo 77º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR. En efecto, se ha demostrado que hubo simulación en el contrato del recurrente puesto que se ha pretendido simular la contratación de un servicio intermitente, como se aprecia de las cláusulas primera, segunda y tercera del mencionado contrato, siendo que, en realidad, durante todo el récord laboral del demandante –desempeñando la misma labor– no se presentó ninguna interrupción o suspensión de sus labores, como lo reconoce la propia demandada, desvirtuándose, con ello, la causa objetiva consignada en el contrato. Por consiguiente, el contrato se convirtió en uno de duración indeterminada, razón por la cual el demandante no podía ser despedido sino por causa justa, situación que no se ha presentado.

5. En consecuencia el demandante ha sido víctima de despido incausado, vulnerándose con este acto sus derechos constitucionales al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.
2. Ordenar que la empresa demandada reponga al recurrente a su mismo puesto de trabajo o a otro de igual o similar nivel.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA

Contrato de Temporada

1. Definición Normativa

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 67 del D.S. N° 003-97-TR; este contrato es aquel que se celebra con el ánimo de atender las necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento, que se cumplen solo en determinadas épocas del año y que están sujetas a repetirse en períodos equivalentes en cada ciclo en función a la naturaleza de la actividad productiva. Este tipo de contrato no tiene plazo máximo.

2. Alcances

Es factible la celebración de este tipo de contratos cuando las necesidades empresariales requieran ser atendidas por un incremento de la demanda en el mercado de los productos o servicios que brinda el empleador. Se debe precisar que este incremento es previsible por la actividad que realiza el empleador, explico esta afirmación con un ejemplo: la florería: la rosa y el clavel durante los meses de febrero y mayo necesitara contratar mas personal para repartir los pedidos de arreglos florares ya que durante los mismos sus ventas serán mayores por la celebración de día de los enamorados y el día del madre, Como se puede advertir que en el ejemplo expuesto el incremento de las ventas es previsible todos los años. El tiempo de duración de este contrato dependerá de la duración de la temporada

3. Elementos objetivos para su aplicación

En la celebración de este contrato el empleador debe cumplir con las siguientes formalidades:

a) Señalar por escrito la duración de la temporada,
b) Precisar la naturaleza de la actividad de la empresa o establecimiento y por ultimo:
c) Establecer la naturaleza de las labores del trabajador.

El trabajador que preste sus servicios con este tipo de contrato tendrá derecho a la contratación preferente si fue contratado por dos temporadas consecutivas o tres alternadas por el mismo empleador, tendrá derecho a ser contratado en las temporadas siguientes; para ello el trabajador deberá presentarse en la empresa, explotación o establecimiento dentro de los quince días anteriores al inicio de temporada, vencidos los cuales caducará su derecho a solicitar su readmisión en el trabajo.

4. Situaciones para su desnaturalización.

Las causales para la desnaturalización de este tipo de contrato son las previstas en el articulo 77º del DS 003-97TR, articulo que señala que el contrato sujeto a modalidad se considera como una de duración indeterminada: si el trabajador continua laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado o después de las prorrogas pactadas, Asimismo este contrato se desnaturalizaría en caso que el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude.

5. Modelo de contrato de Temporada

Contrato de Temporada

Conste por el presente documento el **CONTRATO DE TRABAJO SUJETO A MODALIDAD DE TEMPORADA**, que celebran al amparo del Art. 67º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por D. S. Nº 003-97-TR, y normas complementarias, de una parte ICE S.A. con R.U.C. Nº 10047458511 y domicilio fiscal en, debidamente representada por el señor Iván Cruz Cáceres ,con D.N.I. Nº 06885554, según poder inscrito en la partida registral No 0045 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, a quien en adelante se le denominará **EL EMPLEADOR**; y de la otra parte Sr, Rafael Campos Zúñiga., con D.N.I. Nº 45458597, domiciliado en Calle los Rosales Nº 123 Santa Beatriz, a quien en adelante se le denominará **EL TRABAJADOR**; en los términos y condiciones siguientes:

PRIMERO: EL EMPLEADOR es una empresa dedicada a venta de arreglos florares en general la cual requiere cubrir las necesidades de recursos humanos con el objeto de incrementar el reparto de pedidos de helados. durante la temporada de verano que comprende los meses de diciembre del 2009 a marzo del 2010.

SEGUNDO: Por el presente documento **EL EMPLEADOR** contrata bajo la modalidad de TEMPORADA, los servicios de **EL TRABAJADOR** quien desempeñará el cargo de repartidor de pedidos, en relación con el objeto precisado en la cláusula primera.

TERCERO: El presente contrato tiene una duración de 04 meses, cuyo inicio será el 01 de diciembre del 2009, y concluye el 31 de marzo del 2009.

CUARTO: EL TRABAJADOR estará sujeto a un período de prueba de tres meses, la misma que inicia el 01 de diciembre del 2009 y termina el 28 de febrero 2010. Queda entendido que durante este período de prueba **EL EMPLEADOR** puede rescindir el contrato sin expresión de causa, cumpliendo con los pagos de los beneficios correspondientes.

QUINT0: EL TRABAJADOR cumplirá el horario de trabajo siguiente: De lunes a viernes de 8am a 5pm. EL mismo que tendrá una hora de refrigerio diario de 1:00pm a 2:00pm.

SEXTO: EL TRABAJADOR deberá cumplir con las normas propias del Centro de Trabajo, así como las demás normas laborales, y las que se impartan por necesidades del servicio en ejercicio de las facultades de administración de la empresa, de conformidad con el Art. 9º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por D. S. Nº 003-97-TR.

SETIMO: EL EMPLEADOR abonara al **TRABAJADOR** la cantidad de S/800.00 como remuneración mensual, de la cual se deducirán las aportaciones y descuentos por tributos establecidos en la ley que le resulten aplicables.

OCTAVO: EL EMPLEADOR, se obliga a inscribir a **EL TRABAJADOR** en el Libro de Planillas(PDT Planilla Electrónica) , así como poner en conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo el presente contrato, para su conocimiento y registro.

NOVENO: Este contrato queda sujeto a las disposiciones que contiene el TUO del D. Leg. Nº 728 aprobado por D. S. Nº 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y demás normas legales que lo regulen) o que sean dictadas durante la vigencia del contrato.

Conforme con todas las cláusulas anteriores, firman las partes, por triplicado a los 01 de diciembre del año 2009.

_____ _____

EMPLEADOR TRABAJADOR

ANEXO

JURISPRUDENCIAS

DEL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 04927-2007-PA/TC
AMAZONAS
ASUNTA VICTORIA
HUAMÁN ANGULO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de abril de 2009, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Asunta Victoria Huamán Angulo contra la sentencia expedida por Sala Mixta de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, de fojas 289, su fecha 27 de julio del 2007, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de mayo del 2006, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Gerente General del Programa Nacional de Manejo de Cuencas Hidrográficas y Conservación de Suelos-PRONAMACHCS, solicitando que se declare inaplicable el contenido de la Carta N.º 080-2006-AG-PRONAMCHCS-GDM-URRHH; y que, por consiguiente, se la reponga en su puesto de trabajo, en el cargo de Especialista en Promoción y Capacitación de la Gerencia Departamental Amazonas. Manifiesta que ha laborado ininterrumpidamente desde el 1 de mayo del 2002 hasta que fue cesado intempestivamente el 31 de marzo del 2006; que ha venido trabajando, bajo la modalidad de contrato por servicio específico, en forma permanente, guardando relación de subordinación y dependencia, cumpliendo un horario de trabajo; que en aplicación del principio de primacía de la realidad tuvo, en realidad, un contrato de trabajo a plazo indeterminado, pese a lo cual ha sido despedida sin expresársele causa justa, por lo que ha sido víctima de un despido incausado.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Agricultura propone la excepción de convenio arbitral y contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente o infundada, expresando que el vínculo laboral con la demandante se extinguió en virtud al acuerdo de voluntades, mas no debido a la decisión unilateral de la empleadora; y que la recurrente prestó servicios en la modalidad de servicio específico, sin superar el plazo máximo de cinco años.

El Juzgado Mixto de Chachapoyas, con fecha 13 de noviembre del 2006, declaró infundada la excepción propuesta y fundada la demanda, por estimar que la demandante laboró por más de cinco años, excediendo el plazo máximo permitido por el artículo 74º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, por lo que se ha producido la desnaturalización del contrato, razón por la cual la relación laboral de la demandante no podía concluir mediante decisión unilateral de la empleadora.

La recurrida, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, por considerar que la pretensión debe ventilarse en la vía laboral ordinaria, dado que el proceso constitucional carece de etapa probatoria.

FUNDAMENTOS

1. De acuerdo a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral individual privada, establecidos en los Fundamentos 7 a 20 de la STC N.º 0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante en virtud de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal considera que, en el presente caso, resulta procedente evaluar si la demandante ha sido objeto de un despido arbitrario.

2. De fojas 13 a 92 de autos, obran los contratos de trabajo para servicio específico, que la recurrente celebró con la demandada.

3. En relación con la naturaleza del contrato de trabajo para servicio específico, debemos señalar que esta modalidad contractual es de duración determinada, ya que tiene como elemento justificante para su celebración la naturaleza temporal, ocasional o transitoria del servicio que se va a prestar; es decir, que para determinar su celebración se deberá tener en cuenta la temporalidad o transitoriedad del servicio que se requiere, puesto que si se contrata a un

trabajador mediante esta modalidad contractual para que desempeñe labores de naturaleza permanente y no temporales, se habría simulado la celebración de un contrato de duración determinada en vez de uno de duración indeterminada.

4. Por consiguiente, para determinar si los sucesivos contratos de trabajo para servicio específico han sido simulados y, por ende, desnaturalizados, debemos de partir por analizar la naturaleza del trabajo para el cual fue contratado la demandante. A tal efecto, cabe precisar que el recurrente fue contratado para que desempeñe las labores de Especialista en Promoción y Capacitación; esto es, labores que son de naturaleza permanente y no temporal, dado que este cargo, como se desprende de la cláusula primera de los mencionados contratos de trabajo, se encuentra incluido en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP) de PRONAMCHCS.

5. En consecuencia, siguiendo el criterio jurisprudencial contenido en la STC 765-2004-AA y STC 810-2006-PA/TC, y habiéndose acreditado la existencia de simulación en el contrato de la demandante, tal contrato debe ser considerado como de duración indeterminada, conforme lo establece el inciso d) del artículo 77° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, razón por la que, habiéndosele despedido sin expresarle causa alguna derivada de su conducta o capacidad laboral que la justifique, se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.
2. Ordena que el Programa Nacional de Manejo de Cuencas Hidrográficas y Conservación de Suelos-PRONAMCHCS reponga a doña Asunta Victoria Huamán Angulo en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO

BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ

EXP. N.° 00804-2008-PA/TC
LIMA
JULIO EDUARDO
PEZANTES ALVA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de marzo de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Alvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Julio Eduardo Pezantes Alva contra la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 221, su fecha 23 de octubre de 2007, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de junio de 2005 el recurrente interpone demanda de amparo contra la Empresa de Seguridad Vigilancia y Control S.A.C. – ESVICSAC, a fin de que se deje sin efecto el despido arbitrario dispuesto en formal verbal por el Jefe de Unidad el día 30 de abril de 2005 del que fue objeto; y que en consecuencia se disponga su reincorporación en el puesto en que se venía desempeñando. Aduce que el despido vulnera sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo, al debido proceso y a la protección contra el despido arbitrario.

Manifiesta que ha laborado como agente al servicio de la emplazada desde el 5 de noviembre de 1994, bajo contrato de trabajo sujeto a modalidad, renovando contratos por Incremento de Actividad de la demandada; que ha desempeñado esta labor hasta

el 30 de junio de 1999, fecha en la que se le comunicó el vencimiento de su contrato; y que fue posteriormente reincorporado el 20 de junio de 2000, bajo la misma modalidad y para el mismo cargo, mediante contratos que fueron renovados sucesivamente hasta el 30 de abril de 2005, fecha de su despido.

La Empresa de Seguridad Vigilancia y Control S.A.C., contesta la demanda aduciendo que el demandante ha laborado para ESVICSAC en dos periodos distintos, no habiendo superado en ninguno de ellos el tiempo requerido por la ley para alcanzar la estabilidad, motivo por el que no ha operado el despido, sino la culminación del plazo de la relación laboral.

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 21 de mayo de 2007, declara fundada la demanda por estimar que la emplazada ha actuado con la intención de evadir las consecuencias legales que la permanencia del actor le hubiere ocasionado, toda vez que en ambas oportunidades la emplazada decidió el cese del demandante sin causa alguna, poco antes de cumplir los cinco años de contratación.

La Sala Superior competente, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda por considerar que se advierte que los periodos laborados por demandante no son sucesivos, debido a que ha existido una interrupción de la relación laboral por un año, motivo por el cual no se puede considerar el contrato de trabajo sujeto a modalidad del actor como uno de duración indeterminada.

FUNDAMENTOS

Procedencia de la demanda de amparo

1. De acuerdo a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en material laboral individual privada establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la STC 0206-2005-PA/TC, que constituye precedente vinculante de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal estima que en el presente caso procede efectuar la verificación del despido arbitrario alegado por el recurrente.

Delimitación del petitorio

2. El recurrente interpone demanda de amparo a fin de que se deje sin efecto el despido arbitrario del que habría sido objeto, dispuesto en formal verbal por el Jefe de Unidad el día 30 de abril de 2005; y que en consecuencia se disponga su reincorporación en el cargo en que se venía desempeñando.

Análisis de la controversia

3. El actor alega que ha laborado para la emplazada por más de 9 años, por lo que tal hecho debe ser considerado como un contrato de trabajo de duración indeterminada, debido a que las labores para las cuales fue contratado eran de naturaleza permanente, subordinada y con carácter de dependencia.

4. En ese sentido la cuestión controvertida consiste en determinar si el contrato de trabajo para servicio específico suscrito por el demandante con la emplazada ha sido desnaturalizado, para efectos de ser considerado como de duración indeterminada y, en atención a ello, establecer si el demandante sólo podía ser despedido por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral.

5. En relación con la naturaleza del contrato de trabajo para servicio específico, debe señalarse que esta modalidad contractual es de duración determinada, ya que tiene como elemento justificante para su celebración la naturaleza temporal, ocasional o transitoria del servicio que se va a prestar. Es decir, que para determinar su celebración se deberá tener en cuenta la temporalidad o transitoriedad del trabajo (servicio) para el que fue contratado, puesto que si contrata a un trabajador mediante esta modalidad contractual para que desempeñe labores de naturaleza permanente y no temporales, se habría

simulado la celebración de un contrato de duración determinada en vez de uno de duración indeterminada.

6. Efectivamente, conforme a la uniforme jurisprudencia del Tribunal, como la sentencia recaída en el Exp. N.º 1874-2002-PA/TC, se reestablecería el principio de causalidad imperante en nuestro ordenamiento jurídico y se consideraría de naturaleza indeterminada un contrato sujeto a modalidad, conforme el artículo 77.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, si *"el trabajador contratado temporalmente demuestra que el contrato se fundamentó en la existencia de simulación o fraude a las normas laborales.* ***Esta situación se verifica cuando la causa, objeto y/o naturaleza de los servicios que se requieren contratar corresponden a actividades ordinarias y permanentes, y cuando, para eludir el cumplimiento de normas laborales que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, el empleador aparenta o simula las condiciones que exige la ley para la suscripción de contratos de trabajo sujetos a modalidad, cuya principal característica es la temporalidad****"* (resaltado y subrayado agregados).

   Vale decir, que existen dos casos en los cuales se puede verificar la simulación o el fraude a las normas laborales:

   a) Cuando la causa, objeto y/o naturaleza de los servicios que se requieren contratar corresponden a actividades ordinarias y permanentes; y

   b) Cuando, para eludir el cumplimiento de las normas laborales que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, el empleador aparenta o simula las condiciones que exige la ley para la suscripción de contratos de trabajo sujetos a modalidad.

7. De la revisión del expediente se advierte que obran en él los diversos contratos de trabajo sujetos a modalidad, las boletas de pago y el certificado de trabajo, a fojas 3 al 54, acreditándose que el recurrente fue contratado por más de 9 años, aunque en varios periodos discontinuos, como lo afirma el propio actor en su escrito de demanda. El último de los periodos tuvo un plazo de duración

del 1 de abril de 2004 hasta el 30 de abril de 2005, es decir 1 año y 1 mes, como consta en autos de fojas 32 a 36.

8. En el presente caso se presentan los dos supuestos antes mencionados conforme a la jurisprudencia del Tribunal y la normativa aplicable; en efecto se buscaría obstaculizar que el trabajador siga desempeñando sus funciones con normalidad a fin de evitar que logre sobrepasar el límite legal establecido por el art. 74º del D.S. N.º 003-97-TR y, asimismo, se aprecia que las labores que desempeña son ordinarias y de carácter permanente en una empresa de servicios complementarios. La empresa ha simulado necesidades temporales para suscribir contratos de trabajo sujetos a modalidad, con el fin de evadir normas laborales que obligaban a una contratación a tiempo indeterminado.

9. La doctrina nacional ha hecho referencia a que "*si una empresa de servicios complementarios, dedicada a la limpieza* o ***a la prestación de servicios de vigilancia****, se compromete con una empresa usuaria al cumplimiento de estos servicios específicos, no podrá utilizarse el contrato previsto por el artículo 63 LPCL para contratar a los trabajadores destacados. La razón no estriba en la especificidad del servicio, pues sí es específico, sino en que tanto la limpieza como la vigilancia son actividades permanentes de la empresa usuaria*"[1] (resaltado y subrayado agregados).

10. En consecuencia, habiéndose probado la existencia de simulación o fraude a las normas laborales en el contrato, este debe considerarse como de duración indeterminada, como lo establece el inciso d) del artículo 77º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, por consiguiente el recurrente sólo podía ser despedido por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, lo que no ha sucedido en el presente caso, puesto que fue víctima de un despido sin expresión de causa, vulnerándose con este acto sus derechos al trabajo, al debido proceso y a la protección contra el despido arbitrario.

11. En tal sentido los contratos de trabajo sujeto a modalidad que obran en autos, suscritos sobre la base de estos supuestos, deben ser considerados como de duración indeterminada, y cualquier determinación por parte del empleador para la culminación de la relación laboral sólo podría sustentarse en una causa justa establecida por la ley, de lo contrario se trataría de un despido arbitrario, cuya proscripción garantiza el contenido esencial del derecho al trabajo, reconocido por el artículo 22º de la Constitución Política.

12. Habiéndose acreditado que la Empresa de Seguridad Vigilancia y Control S.A.C. – ESVICSAC ha vulnerado los derechos constitucionales a la libertad de trabajo, al debido proceso y a la protección contra el despido arbitrario, corresponde, de conformidad con el artículo 56º del Código Procesal Constitucional, ordenar a tal empresa que asuma el pago de las costas y los costos del proceso, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.

2. **ORDENAR** que la Empresa de Seguridad Vigilancia y Control S.A.C. - ESVICSAC reponga a don Julio Eduardo Pezantes Alva en el puesto que ocupaba o en uno de igual categoría.

3. **DISPONER** que la emplazada abone las costas y los costos del proceso en la etapa de ejecución de sentencia, conforme al fundamento 12, *supra*.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.° 05932-2007-PA/TC
AREQUIPA
JOSÉ AQUILINO
CARPIO HINOJOSA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de setiembre de 2008, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don José Aquilino Carpio Hinojosa contra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 121, su fecha 14 de junio de 2007, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de abril de 2007 el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Paucarpata solicitando que se declare inaplicable el despido del que fue víctima y se ordene su reincorporación en el cargo que venía ocupando como Chofer en el área de Servicios Auxiliares y Talleres, bajo el régimen privado del Decreto Legislativo N. º 728. Manifiesta que ingresó a laborar a la entidad desde el 2 de febrero de 2004 hasta el 22 de marzo de 2007, trabajando en forma ininterrumpida.

La emplazada contesta la demanda y deduce la excepción de incompetencia por razón de la materia exigiendo que el reclamo que pretende el demandante debe efectuarlo en el Juzgado Laboral y también la de falta de agotamiento de la vía administrativa, aduciendo que el recurrente no impugnó la carta de despido en ningún momento. Solicita asimismo que la demanda sea declarada infundada por considerar que el contrato celebrado con el actor era a plazo determinado, por lo que, una vez vencido el plazo éste quedó resuelto.

El Primer Juzgado Mixto de Paucarpata declara fundada la demanda por considerar que las labores realizadas por el demandante no son de carácter temporal.

La recurrida revocando la apelada declara improcedente la demanda por considerar que el recurrente no ha acreditado fehacientemente la vulneración que aduce, por lo que la pretensión debe ser dilucidada en un proceso que cuente con etapa probatoria.

FUNDAMENTOS

Procedencia de la demanda

1. De acuerdo a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral individual privada establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la sentencia N.º 0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante en virtud de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal considera que en el presente caso es procedente evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido arbitrario.

Delimitación del petitorio

2. El demandante argumenta que los contratos que celebró con la emplazada fueron de modalidad por servicio específico, que ingresó a laborar el 2 de febrero de 2004 hasta el 31 de marzo de 2005, y que laboró sin contrato desde el 1 de abril de 2005 hasta el 22 de marzo de 2007, fecha en que fue cesado. Sostiene que los contratos se habrían desnaturalizado y que ha realizado labores permanentes y específicas. Asimismo señala que su plaza estaba

presupuestada y asignada dentro del Cuadro de Asignación de Personal (CAP) de la referida institución.

Análisis de la controversia

3. Con relación a la naturaleza del contrato de trabajo para servicio específico, debe señalarse que esta modalidad contractual es de duración determinada, ya que tiene como elemento justificante para su celebración la naturaleza temporal, ocasional o transitoria del servicio que se va a prestar; es decir, que para determinar su celebración se deberá tener en cuenta la temporalidad o transitoriedad del servicio que se requiere, puesto que si se contrata a un trabajador mediante esta modalidad contractual para que desempeñe labores de naturaleza permanente y no temporal, se habría simulado la celebración de un contrato de duración determinada en vez de uno de duración indeterminada.

4. Por consiguiente para determinar si los sucesivos instrumentos ofrecidos contienen contratos de trabajo para servicio específico han sido simulados y por ende desnaturalizados, debe partirse por analizar la naturaleza del trabajo para el cual fue contratado el demandante. A tal efecto cabe precisar que el recurrente fue contratado para que desempeñe las labores de chofer, esto es labores que en principio son de naturaleza permanente y no temporal, ya que su plaza se encuentra incluida en el Cuadro de Asignación de Personal.

5. De fojas 3 a 33 de autos obran las boletas de pago del actor desde el año 2004 hasta el 2007, además de fojas 41 a 48 obra el Cuadro de Asignación de Personal donde figura la plaza del recurrente como chofer en la condición de obrero contratado, evidenciándose que la plaza se encuentra debidamente presupuestada, en consecuencia siguiendo el criterio jurisprudencial contenido en las sentencias emitidas en los Exps. N.^{os} 765-2004-AA y STC 810-2006-PA/TC, y habiéndose acreditado la existencia de simulación en el contrato del demandante tal contrato debe ser considerado como de duración indeterminada, conforme lo establece el inciso d) del artículo 77° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, razón por la que habiéndosele despedido sin expresarle causa alguna derivada de su conducta o capacidad laboral que la justifique, se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.

2. Ordenar que la demandada reincorpore a don José Aquilino Carpio Hinojosa en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA

Actualidad Empresarial
REVISTA DE INVESTIGACIÓN Y NEGOCIOS

GRATIFICACIONES

I. Introducción

Las gratificaciones son montos de dinero que el empleador paga a los trabajadores en forma adicional a la entrega de la remuneración, en la oportunidad en que lo señale las normas que regulan este concepto.

El nacimiento de este beneficio fue dado por la Ley N 25139, norma que recogió la practica realizada por algunas empresas que otorgaban el pago de una remuneración adicional en los meses de julio y diciembre. La mencionada ley fue derogada por la Ley N° 27735, vigente actualmente, posteriormente, se publicó su Reglamento Decreto Supremo Nº 005-2002-TR (04.07.2002).

2. Ámbito de aplicación.

Este beneficio corresponde a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada independientemente de la modalidad del contrato de trabajo y el tiempo de prestación de servicios del trabajador. Es decir este beneficio corresponde a los trabajadores que tienen contratos a tiempo indeterminado, a plazo fijo y a los trabajadores que tienen un contrato a tiempo parcial.

Cabe precisar que, no corresponde este beneficio a los practicantes bajo cualquier modalidad de convenio (prácticas pre-profesionales, capacitación laboral juvenil, etc.). Sin embargo, los practicantes si tienen el derecho a recibir el pago de media subvención económica cuando se configure el cumplimiento de seis meses continuos bajo actividades de modalidad formativa, sin embargo, dicho pago, no siempre coincide con los meses de julio y diciembre.

3. Oportunidad de pago.

Las gratificaciones deberán ser abonadas en la primera quincena de los meses de julio y de diciembre, respectivamente.

4. Requisitos para percibir el derecho

Para tener derecho a la gratificación es requisito que el trabajador se encuentre laborando en la oportunidad en que corresponda percibir el beneficio o estar en uso del descanso vacacional, de licencia con goce de remuneraciones o percibiendo subsidios de la seguridad social o por accidentes de trabajo, salvo lo relacionado a las gratificaciones truncas.

En caso que el trabajador cuente con menos de seis meses, percibirá la gratificación en forma proporcional a los meses laborados, debiendo abonarse conforme al Artículo 5º de la Ley Nº 27735.

5. Configuración del derecho a las gratificaciones

El derecho a las gratificaciones ordinarias se origina siempre que el trabajador se encuentre efectivamente laborando durante la quincena de julio o diciembre, respectivamente.

De manera excepcional, la norma señala los días que se consideran tiempo efectivamente laborados, en los siguientes supuestos de suspensión de labores: descanso vacacional, licencia con goce de remuneraciones, descansos o licencias establecidos por las normas de seguridad social y que originan el pago de subsidios, descanso por accidente de trabajo que esté remunerado o pagado con subsidios de la seguridad social y aquellos que sean considerados por ley expresa como laborados para todo efecto legal.

5. Periodo computable

Los semestres de las gratificaciones son enero-junio y julio- diciembre respectivamente. No obstante ser estos los semestres, respecto al segundo se advierte que el trabajador a la fecha de oportunidad de pago es decir el 15 de diciembre aún no ha cumplido con haber laborado todo el mes de diciembre aún así le corresponderá el pago de la gratificación íntegra de dicho semestre julio-diciembre, siempre que, a la quincena del mes de diciembre, estuviera laborando.

Este beneficio social es otorgado dos veces al año.

6. Tiempo de servicios

El tiempo de servicios para efectos del cálculo se determina por meses completos laborados. Los días que no se consideren efectivamente laborados se deducirán a razón de un treintavo de la fracción correspondiente.

7. Remuneración computable

De acuerdo al Artículo 6º del Decreto Supremo N° 003-97-TR -TUO del Decreto Legislativo N° 728- constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa.

No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarías otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto.

8. Remuneración computable de la gratificación en caso que el trabajador perciba remuneraciones complementarias.

Además de tomar en cuenta para el cálculo de la gratificación la remuneración regular del trabajador. En el caso que este perciba alguna remuneración complementaria (horas

extras, comisiones) este monto también debe ser ingresado para el cálculo de este concepto.

Es así que el requisito tratándose de remuneraciones complementarias, de naturaleza variable o imprecisa, se considera cumplido el requisito de regularidad si el trabajador las ha percibido cuando menos tres meses en cada período de seis. Para su incorporación a la remuneración computable se suman los montos percibidos y su resultado se divide entre seis. Es igualmente exigible el requisito establecido en el párrafo anterior, si el período a liquidarse es inferior a seis meses.

9. Conceptos no remunerativos para el cálculo de de las gratificaciones

De acuerdo a los artículos 19º y 20º del Decreto Supremo N° 001-97-TR -TUO de la Ley de CTS- no se consideran remuneraciones computables las siguientes:
a. Gratificaciones extraordinarias u otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente, a título de liberalidad del empleador o que hayan sido materia de convención colectiva, o aceptadas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o por laudo arbitral. Se incluye en este concepto a la bonificación por cierre de pliego.

b. Cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa.

c. El costo o valor de las condiciones de trabajo.

d. La canasta de Navidad o similares.

e. El valor del transporte, siempre que esté supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado. Se incluye en este concepto el monto fijo que el empleador otorgue por pacto individual o convención colectiva, siempre que cumpla con los requisitos antes mencionados.

f. La asignación o bonificación por educación, siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada.

g. Las asignaciones o bonificaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquéllas de semejante naturaleza. Igualmente, las asignaciones que se abonen con motivo de determinadas festividades siempre que sean consecuencia de una negociación colectiva.

h. Los bienes que la empresa otorgue a sus trabajadores, de su propia producción, en cantidad razonable para su consumo directo y de su familia.

i. Todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador.

j. La alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de servicios, las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto de acuerdo a su ley correspondiente, o cuando se derive de mandato legal.

Tampoco se incluirá en la remuneración computable la alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de los servicios, o cuando se derive de mandato legal.

10. Casos especiales.

Trabajadores que perciben remuneración imprecisa

Para este tipo de trabajador la remuneración que se tomará en cuenta para el cálculo de las gratificaciones será en base al promedio de la remuneración percibida en los últimos seis meses anteriores al 15 de julio y 15 de diciembre, según corresponda.

En el caso de trabajadores comisionistas, destajeros y en general de trabajadores que perciban remuneración principal imprecisa, la remuneración computable se establece en base al promedio de las comisiones, destajo o remuneración principal imprecisa percibidas por el trabajador en el semestre respectivo.

Si el período a liquidarse fuere inferior a seis meses la remuneración computable se establecerá en base al promedio diario de lo percibido durante dicho período.

11. Ley 29351. Ley que reduce costos laborales a los aguinaldos y gratificaciones por fiestas patrias y navidad.

Mediante la Ley 29351 (01.05.2009) y su Reglamento el Decreto Supremo N°007-2009-TR (20.06.2009), se determina la incorporación del artículo 8-A a la Ley Nº 27735, Ley que Regula el Otorgamiento de las Gratificaciones para los Trabajadores del Régimen de la Actividad Privada por Fiestas Patrias y Navidad. Así se señala que las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad no se encuentran afectas a aportaciones, contribuciones ni descuentos de índole alguna; excepto aquellos otros descuentos establecidos por ley o autorizados por el trabajador, sin perjuicio de los descuentos dispuestos por mandato judicial.

Ahora bien, asimismo se indica que el monto que abonan los empleadores por concepto de aportaciones al Seguro Social de Salud (EsSalud) con relación a las gratificaciones de julio y diciembre de cada año son abonados a los trabajadores bajo la modalidad de bonificación extraordinaria de carácter temporal no remunerativo ni pensionable.

En el caso de trabajadores cubiertos por una Entidad Prestadora de Salud, la bonificación extraordinaria equivale al 6.75% del aporte al Seguro Social de Salud - EsSalud que hubiese correspondido efectuar al empleador por concepto de gratificaciones de julio y diciembre.

La bonificación extraordinaria solo se encuentra afecta al impuesto a la renta de quinta categoría.

La vigencia de esta norma se inició desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y rigió hasta el 31 de diciembre de 2010.

APLICACIÓN PRÁCTICA

CASO Nº 01

TRABAJADOR COMISIONISTA

El contador de la empresa "Alpes S.A." nos consulta el cálculo de la gratificación del Sr. Gastón Pérez, para lo cual, nos proporciona los siguientes datos:

Fecha de ingreso: 01/11/2009.

Fecha de cese: 31/03/2011

Remuneración fija: 3000

Asignación familiar: 60 [1]

Meses en los cuales percibió comisiones:

Cuadro Nº 1

Enero 2011 : 800

Febrero : 1200

Marzo : 300

Total comisiones : 2,300

Las comisiones percibidas por el trabajador son consideras remuneración de naturaleza imprecisa, por lo que la condición para que ingresen a la base de cálculo de la gratificación es haber sido percibido en tres oportunidades durante el semestre correspondiente, siendo igualmente exigible el requisito establecido si el período a liquidarse es inferior a seis meses, si se cumple con este requisito previsto en el artículo 4º del la ley Nº 27735, ley de gratificaciones, si deben ser considerados en la base de cálculo de la remuneración computable para percibir este beneficio.

[1] Según el Decreto Supremo N° 011-2010-TR se estipulo un aumento progresivo de la Remuneración Mínima Vital (RMV), señalándose que en el mes de diciembre 2010 la RMV sería S/.580, dándose un aumento de S/.30. Posteriormente a partir del 01 de febrero 2011 la RMV se determinó en S/.600, dándose un aumento de S/.20, siendo que actualmente la RMV se mantendrá en S/.600 y por consiguiente la asignación familiar en S/.60, puesto que se computa considerando el 10% de la RMV vigente.

Cálculo de la remuneración computable

Remuneración fija: 3000

Asignación familiar: 60

Promedio de comisiones: 766.67 (2300/3)

Remuneración computable: 3826.67

Cálculo de la gratificación

3826.67/6x 3= 1913.34

Monto total a pagar por gratificaciones truncas enero –marzo 2011: S/. 1913.34

CASO Nº 02

TRABAJADORA SUBSIDIADA - VIGENCIA DE LA LEY 29351

Para el cálculo de la gratificación de la trabajadora nos brinda los siguientes datos:

Fecha de ingreso: 15/01/2009

Fecha del subsidio 15/02/2010 al 15/05/2010.

Goce del descanso vacacional 16/05/2010 al 15/06/2010

Reincorporación 16/06/2010.

Forma de cálculo de las gratificaciones:

Remuneración fija: 800

Asignación familiar: 55 [2]

Monto de la gratificación: 855/6x 6= 855.00

Bonificación extraordinaria (artículo 3º de la Ley Nº 29351)

855+ 9%(855)

855+ 76.95=931.95

Monto a pagar gratificación julio 2010: S/ 931.95

En el caso de esta trabajadora le corresponderá percibir la totalidad de la gratificación porque el artículo 2º del Decreto Supremo N° 005-2002-TR, Reglamento de la Ley de Gratificaciones, considera como días efectivamente laborados a los siguientes días:

-El descanso vacacional.

-Los descansos o licencias establecidos por las normas de seguridad social y que originan el pago de subsidios.

[2] Antes de la emisión del Decreto Supremo N° 011-2010-TR.

Actualidad Empresarial
REVISTA DE INVESTIGACIÓN Y NEGOCIOS

CASO Nº 03

TRABAJADOR QUE PERCIBE HORAS EXTRAS - VIGENCIA DE LA LEY 29351.

Un suscriptor nos consulta cual es la forma de cálculo de la gratificación del mes de julio 2010 de un trabajador, con los siguientes datos:

Remuneración fija: 4000

Asignación familiar 55[3]

Meses en los cuales percibió horas extras:

Cuadro Nº 1

Febrero: 120

Marzo : 80

Abril : 70

Total de horas extras: S/. 270.00

Las horas extras percibidas por el trabajador son consideras remuneración de naturaleza imprecisa, por lo que la condición para que ingresen a la base de cálculo de la gratificación es haber sido percibido en tres oportunidades durante el semestre correspondiente, si se cumple con este último requisito previsto en el artículo 4º del la Ley Nº 27735, ley de gratificaciones, si deben ser considerados en la base de cálculo de la remuneración computable para percibir este beneficio.

Cálculo de la remuneración computable

Remuneración fija: S/ 4000

Asignación familiar: 55

Promedio de comisiones: 270/6: S/.45

Remuneración computable: 4100

Cálculo de la gratificación

4100/6x 6= 4100

Bonificación extraordinaria (artículo 3º de la Ley Nº 29351)

4100+ 9%(4100)

[3] Antes de la emisión del Decreto Supremo N° 011-2010-TR.

4100+ 369=4469

Monto total a pagar por gratificaciones de julio 2010= S/. 4469

CASO Nº 04

TRABAJADOR QUE TIENE FALTAS INJUSTIFICADAS EN EL SEMESTRE JULIO-DICIEMBRE 2010 - VIGENCIA DE LA LEY 29351

¿Cuál es la forma de cálculo de la gratificación trunca del siguiente trabajador que tiene faltas injustificadas en el semestre julio-diciembre 2010?

Fecha de ingreso: 01/01/2010.

Remuneración fija: 1800

Asignación familiar: 60

Falta injustificadas de mes de setiembre: 10 días.

Remuneración computable:

1/6 x 1860 x 6 = 1860.00

Menos 10 días de inasistencia:

1,860/6/30x10= S/103.33

Monto a pagar por gratificación= S/ 1860.00 – 103.33 = 1756.67

Bonificación extraordinaria (artículo 3º de la Ley Nº 29351)

1756.67+ 9%(1756.67) = 1756.67+ 158.10 = 1914.77

Total pago de gratificaciones diciembre 2010: S/. 1914.77

Actualidad Empresarial

DESCANSO VACACIONAL

1.- Introducción

El descanso vacacional es uno de los derechos de los trabajadores más importantes, y es parte de los llamados «descansos remunerados», que son el descanso semanal obligatorio, el descanso en días feriados y el descanso vacacional anual.

La característica de estos descansos, es que encajan en la figura de la suspensión imperfecta de labores, es decir, que los trabajadores dejan de prestar servicios, pero no pierden el derecho a la contraprestación económica, estando el empleador obligado a pagar la remuneración de esos días, como si hubieran sido laborados.

En el presente capitulo, abordamos uno de los descansos señalados: el descanso vacacional, tal como lo regula la legislación actual, básicamente, la Ley de Descanso Remunerados, aprobado por el Decreto Legislativo N.º 713 (8.11.91) y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 012-92- TR (3.12.92).

2.- El Descanso Vacacional

Las vacaciones son el derecho que tiene el trabajador, luego de cumplir con ciertos requisitos, a suspender la prestación de sus servicios durante un cierto número de días al año, sin pérdida de la remuneración habitual, a fin de restaurar sus fuerzas y entregarse a ocupaciones personales o a la distracción. Tiene derecho a descanso vacacional el trabajador que cumpla una jornada ordinaria mínima de cuatro horas, siempre que haya cumplido dentro del año de servicios, el récord vacacional.

De lo señalado en los párrafos anteriores, se colige que sólo tienen derecho a vacaciones aquellos trabajadores que ostentan tal calificación, es decir, que los vincula a un empleador un contrato de trabajo. Por tanto, no tienen derecho a vacaciones, aquellos que brindan servicios bajo modalidades no laborales, como son:

- Los que brindan servicios bajo otras modalidades contractuales, como son la locación de servicios, la comisión mercantil, y demás formas civiles o mercantiles, ajenas al Derecho Laboral.

Sin embargo, debe quedar claro, y por aplicación de los principios de Primacía de la Realidad y de Irrenunciabilidad de Derecho, que si una persona brinda servicios sujeto a vínculo de subordinación, cumpliendo horarios y jornada de trabajo, y con los demás elementos propios del contrato de trabajo, entonces sí tendrá derecho a las gratificaciones, aunque se hubiera suscrito un contrato de locación de servicios o cualquier otro, pues quedaría claro que se trataría de un trabajador, pero que se recurre a la simulación para privarlo de sus derechos.

- Los funcionarios y servidores públicos que brindan sus servicios sujetos al régimen laboral del Sector Público, quienes gozan del beneficio que se otorga de acuerdo con las normas propias de dicho régimen.

Por otro lado, tienen derecho a vacaciones, todos los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, sea que laboren bajo contratos de trabajo a plazo

indeterminado, o contratos de trabajo sujetos a modalidad (plazo fijo), sean peruanos o extranjeros los trabajadores.

En cambio, no tienen derecho los trabajadores con contratos de trabajo a tiempo parcial, quienes, si bien tienen la calidad jurídica de trabajadores, no lo perciben por laborar menos de cuatro horas diarias, que como se verá más adelante, es un requisito sin el cual no se requiere el derecho al descanso vacacional.

2. Requisitos para gozar de las Vacaciones

Para que el trabajador adquiera el derecho al descanso vacacional, tiene que cumplir dos requisitos indispensables que deben darse conjuntamente: un año de labor y acreditar un número determinados de días efectivos de labor dentro de ese año, con las peculiaridades que señalamos a continuación.

2.1. Año continuo de labor

El trabajador debe cumplir un año completo de servicios. El año de labor exigido se computará desde la fecha en que el trabajador ingresó al servicio del empleador o desde la fecha en que el empleador determine, si compensa la fracción de servicios laborado hasta dicha oportunidad por dozavos y treintavos o ambos, según corresponda, de la remuneración computable vigente a la fecha en que adopte tal decisión.

A manera de ejemplo, si un trabajador ingresó el 15 de abril del 2010, cumplirá el año de labor el 14 de abril del año 2011, y en ese momento adquiere derecho al descanso vacacional, que corresponde a ese primer año de servicios. Su siguiente año, del 15 de abril del 2011 al 14 de abril del 2012, es un nuevo año, que determinará el derecho a un segundo período vacacional, y así sucesivamente.

Es decir, cada año cronológico del trabajador, computado a partir de su fecha de ingreso, genera derecho a vacaciones, y cada año debe ser analizado de manera independiente.

a. Caso de despido nulo

El trabajador que se considera despedido por alguna de los causales de nulidad, debe interponer la demanda de nulidad de despido dentro del término de caducidad (30 días).

Si el trabajador gana el juicio, el juez ordena la reposición del trabajador en el empleo sin afectar su categoría anterior. Para efectos del descanso vacacional, El período dejado de laborar será considerado como de trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo los incrementos que por ley o convención colectiva le hubiera correspondido al trabajador, excepto para el récord vacacional, en ese caso, el trabajador podrá optar entre acumular al récord que quedó trunco por el despido con el que acumule a partir de la reposición, o que el record que quedó trunco por el despido le sea pagado por dozavos y treintavos.

2.2. Días efectivos de trabajo

Dentro del año de servicios el trabajador debe cumplir con un determinado número de días efectivos de labor o no sobrepasar ciertos límites de inasistencias injustificadas,

variando el requisito según los días que se labore semanalmente en la empresa o las paralizaciones temporales autorizadas que ésta sufra.

a. Jornada ordinaria de seis días a la semana
Los trabajadores deben haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos sesenta días en dicho período.

b. Jornada Ordinaria de cinco días a la semana
Los trabajadores deben haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos diez días en dicho período.

c. Si el plan de trabajo se desarrolla en sólo cuatro o tres días a la semana o sufre paralizaciones temporales autorizadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Los trabajadores tendrán derecho al goce vacacional siempre que sus faltas injustificadas no excedan de diez en dicho período. Se consideran faltas injustificadas las ausencias que no pueden considerarse como días efectivos de trabajo.

Cómputo de los días efectivos de trabajo
Para efectos del récord vacacional se considera como días efectivos de trabajo los siguientes:

a. La jornada ordinaria mínima de cuatro horas.
b. La jornada cumplida en día de descanso cualquiera que sea el número de horas laborado.
c. Las horas de sobretiempo en número de cuatro o más en un día.
d. Las inasistencias por enfermedad común, por accidente de trabajo o enfermedad profesional, en todos los casos solamente los primeros sesenta días dentro de cada año de servicios.
e. El descanso previo y posterior al parto.
f. El permiso sindical.
g. Las faltas o inasistencias autorizadas por ley, convenio individual o colectivo o decisión del empleador.
h. El período vacacional correspondiente al año anterior.
i. Los días de huelga, salvo que haya sido declarada improcedente o ilegal.

3. Duración del Descanso Vacacional

La duración del descanso vacacional es de treinta días continuos, sin embargo, se permite fraccionar su goce. Existen casos en los que el trabajador no disfruta de treinta días de descanso, sino de más o menos días, dependiendo de que se acuerde acumular o reducir las vacaciones.

3.1. Fraccionamiento

A solicitud escrita del trabajador, el empleador podrá autorizar el goce vacacional en períodos que no podrán ser inferiores a siete días naturales.

Como quiera que el descanso vacacional es de 30 días calendarios, se incluyen en ellos los sábados, domingos y feriado. Esa es la razón por la que se fija la fracción mínima en 7

días, porque debe incluirse en dicha fracción sábados, domingos y feriados. De ser períodos menores, los trabajadores podrían solicitar gozar 4 o 5 días, es decir, sólo por los días hábiles, con lo que se tergiversaría el sistema de descanso de las vacaciones.

3.2. Acumulación

El trabajador puede convenir por escrito con su empleador (sin necesidad de poner el acuerdo en conocimiento del MINTRA o de que sea aprobado por éste) en acumular hasta dos descansos consecutivos, siempre que después de un año de servicios continuo disfrute por lo menos de un descanso de siete días naturales (estos días son deducibles del total de días de descanso vacacional acumulados).

Tratándose de trabajadores contratados en el extranjero, podrán convenir por escrito la acumulación de períodos vacacionales por dos o más años.

3.3. Reducción

El descanso vacacional puede reducirse de treinta a quince días, con la respectiva compensación de quince días de remuneración. El acuerdo de reducción debe constar por escrito.

El dispositivo se refiere a la reducción de las vacaciones de treinta a quince días; consideramos que éste es un límite máximo y que por lo tanto no existiría inconveniente en que la reducción del descanso vacacional sea de menos días (que se descansen dieciséis o más días y se laboren los restantes). Los trabajadores de las Empresas de Propiedad Social pueden acordar la reducción del descanso vacacional a la mitad como máximo, sin remuneración adicional, si es para atender necesidades de la empresa.

4. Oportunidad del Descanso

Las vacaciones serán otorgadas al trabajador en el período anual sucesivo a aquel en que alcanzó el derecho al goce de dicho descanso.

Vale decir, cumplido el año de labor, el trabajador adquiere derecho a vacaciones, y ésta debe ser gozada dentro de los 12 meses siguientes de haber cumplido el año.

La oportunidad del Descanso vacacional será fijada de común acuerdo entre el empleador y el trabajador, teniendo en cuenta las necesidades de funcionamiento de la empresa y los intereses propios del trabajador. A falta de acuerdo decidirá el empleador en uso de su facultad directriz.

El descanso vacacional no podrá ser otorgado cuando el trabajador esté incapacitado por enfermedad o accidente, salvo que la incapacidad sobrevenga durante el período de vacaciones.

Excepto en caso de incapacidad del trabajador, establecida la oportunidad de descanso vacacional, ésta se inicia aún cuando coincida con el día de descanso semanal, feriado o día no laborable en el centro de trabajo.

La oportunidad del descanso vacacional de los profesores de los centros educativos particulares, en general, se regula por sus propias normas. Supletoriamente se aplica el Decreto Legislativo Nº 713 y su reglamento. Los períodos vacacionales de los educandos no suponen necesariamente descanso vacacional de los docentes.

La trabajadora gestante y el trabajador que goza de licencia por adopción tienen derecho a que el período de descanso vacacional por récord ya cumplido y aún pendiente de goce, se inicie a partir del día siguiente de vencido el descanso postnatal o de la licencia por adopción, según sea el caso.

Tal voluntad la deberá comunicar al empleador con una anticipación no menor de 15 días al inicio del goce vacacional.

5. Remuneración Vacacional

5.1. Monto y base de cálculo

El artículo 25º de la Constitución establece el derecho de los trabajadores a vacaciones anuales pagadas.

El principio que rige el pago de la remuneración vacacional es que el trabajador debe percibir como remuneración vacacional la que el trabajador hubiera percibido habitual y regularmente en caso de continuar laborando.

Se considera remuneración a este efecto, la computable para la compensación por tiempo de servicios, con excepción por su propia naturaleza de las remuneraciones periódicas a que se refiere el artículo 18º del Decreto Legislativo Nº 650 (gratificaciones, p.e).

Por tanto, es remuneración computable para el descanso vacacional, todo pago que el trabajador percibe con carácter de contraprestación por haber puesto su capacidad de trabajo a disposición del empleador, a consecuencia de la ejecución del contrato de trabajo. Así, se incluye el básico, la Asignación Familiar, la alimentación principal, y en general, todo pago que el trabajador recibe de manera regular, como contraprestación por su trabajo, que es de libre disposición y no está obligado a rendir cuenta.

Las remuneraciones de carácter complementario, como las horas extras, se incluirán en la base de cálculo en tanto sean regulares, es decir, se perciban por lo menos en 3 oportunidades dentro de los seis meses anteriores al descanso vacacional.

Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición.

La alimentación otorgado en crudo o preparada y la suma que por tal concepto se abone a un concesionario o directamente al trabajador tienen naturaleza remuneratoria cuando constituyen la alimentación principal del trabajador en calidad de desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena.

5.2. Conceptos no computables

No constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los artículos 19º y 20º del D.Leg. Nº 650.

5.3. Casos especiales de remuneración vacacional

a. Comisionistas

La remuneración vacacional de los comisionistas se establece en base al promedio de las comisiones percibidas por el trabajador en el semestre.

b. Agentes de seguros

A la remuneración vacacional de los agentes exclusivos de seguros, debe añadirse el promedio de las comisiones provenientes de la renovación de pólizas obtenidas durante el semestre anterior al descanso vacacional.

c. Destajeros

Para establecer la remuneración vacacional de los trabajadores destajeros o que perciben remuneración principal mixta o imprecisa, se toma como base el salario diario promedio durante las cuatro semanas consecutivas anteriores a la semana que precede a la del descanso vacacional.

5.4. Oportunidad de pago

La remuneración vacacional será abonada al trabajador antes del inicio del descanso. Este pago no tiene incidencia en la oportunidad en que deben abonarse las aportaciones al Seguro Social en Salud(EsSalud) y a la ONP, ni la prima del Seguro de Vida, que deben ser canceladas en la fecha habitual.

El trabajador tiene derecho a percibir, a la conclusión de su descanso los incrementos de remuneración que se pudieran producir durante el goce de sus vacaciones.

Si el trabajador acordó la reducción del descanso recibirá antes de que se inicie éste, además del monto correspondiente a los días de descanso, el monto de la compensación extraordinaria.

5.5. Registro

El empleador está obligado a hacer constar expresamente en el PDT 601(o libro de planillas de ser el caso), la fecha del descanso vacacional y el pago de la remuneración correspondiente.

La remuneración vacacional debe figurar en la planilla del mes al que corresponda el descanso.

5.7. Intereses por remuneración vacacional impaga

Los intereses correspondientes a las remuneraciones de las vacaciones no gozadas se devengan en la siguiente forma:

a. Cuando el vínculo laboral se encuentren vigente, el pago de la remuneración vacacional adeudada generará intereses, a partir del día siguiente en que ocurrió el incumplimiento, sólo si desde la indicada fecha y hasta la oportunidad en que se hace efectivo el pago, no se produjo incremento de remuneración.

De haber ocurrido incremento de remuneración, entonces no procede el pago de intereses.

b. Si se ha producido el cese, el pago de la remuneración vacacional adeudada se efectúa con la remuneración vigente a la fecha de cese más los intereses legales que se generan a partir del día siguiente del mismo, y hasta de su pago efectivo.

De no haber ocurrido incremento de remuneraciones desde el vencimiento de la oportunidad del goce del descanso vacacional hasta el del cese del trabajador, entonces procederá el pago de intereses desde el día siguiente en que ocurrió dicho incumplimiento.

6. Trabajadores que no gozan del Descanso: Triple Remuneración Vacacional

Puede ocurrir que el trabajador cumpla con el récord vacacional pero no disfrute del descanso físico en el período anual en el que le corresponde, en ese caso, percibirá triple remuneración que se computará en la forma siguiente: una por el trabajo realizado, otra por el descanso vacacional adquirido y no gozado y, una indemnización por no haber disfrutado del descanso.

La indemnización no está sujeta a pago o retención de ninguna aportación, contribución o tributo.

Esta indemnización no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional.

El monto de las remuneraciones indicadas será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectúe el pago. En ningún caso la indemnización incluye a la bonificación por tiempo de servicios.

7. Terminación del Vínculo Laboral

Al momento del cese, cualquiera que sea la causa, pueden presentarse, conjuntamente o por separado, tres situaciones:

a. Que el trabajador haya cumplido el récord vacacional y no haya disfrutado del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquél en el que adquirió el derecho y ya acumuló otro récord vacacional.

En este caso, tendrá derecho a percibir lo siguiente: una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado, otra por la labor realizada en esos treinta días, y una tercera, como indemnización, equivalente a una remuneración, por no haber disfrutado del descanso.

b. Que el trabajador haya cumplido un año de servicios, el correspondiente récord y esté dentro del año en que le corresponde gozar de sus vacaciones, en este caso percibirá el íntegro de la remuneración vacacional.

c. Récord Trunco Vacacional
Que el trabajador aún no haya cumplido el récord vacacional, en cuyo caso recibirá, por concepto de récord trunco vacacional, tantos dozavos y treintavos de la remuneración como meses y días computables hubiera laborado, respectivamente.

Para que proceda el pago del récord trunco vacacional el trabajador debe acreditar mínimo un mes de servicios a su empleador. Cumplido ese requisito tiene derecho al récord trunco.

CASOS PRACTICOS VACACIONES

CASO Nº 01

TRABAJADORES QUE PERCIBEN REMUNERACIÓN FIJA

Un grupo de trabajadores cumplió con el récord vacacional y el departamento de Recursos Humanos está procediendo a calcular la remuneración vacacional de tres de sus trabajadores que van a salir en el mes de julio. A continuación, se detalla los conceptos remunerativos de cada trabajador:

Nombre	Fecha de Ingreso	Remuner. Básica	Asignación Familiar
Trabajador 1	01-11-05	S/ 1,800.00	S/. 60.00
Trabajador 2	01-06-08	S/ 1,300.00	S/. 60.00
Trabajador 3	01-03-05	S/ 2,200.00	S/. 60.00

a. Determinar de acuerdo a la legislación laboral las remuneraciones vacacionales de cada trabajador.

Desarrollo
a. El trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios.

Cálculo de las remuneraciones vacacionales

Trabajador 1
Remun. Básica: S/ 1,800.00
Asignac. Familiar S/ 60.00
S/ 1,860.00
Remun. Vacacional: S/ 1,860 / 12 x 12 = S/ 1,860.00

Trabajador 2
Remun. Básica: S/ 1,300.00

Asignac. Familiar: S/ 60.00

S/ 1,360.00

Remuner. Vacacional: S/ 1360.00 /12 x12 = S/ 1,360.00

Trabajador 3

Remun. Básica: S/ 2,200.00
Asignac. Familiar S/ 60.00

S/ 2,260.00

Remuner. Vacacional: S/ 2,260.00 /12 x 12 = S/ 2,260.00

La remuneración vacacional será abonada al trabajador antes del inicio del descanso.

El empleador está obligado a hacer constar expresamente en el PDT 601, la fecha del descanso vacacional, y el pago de la remuneración correspondiente.

CASO Nº 02

TRABAJADORES QUE PERCIBEN REMUNERACIÓN FIJA Y COMISIONES

El señor Manuel Santos Bolívar, viene laborando como vendedor de la empresa "Fiestas Patrias SRL". Quiere saber, a cuánto ascenderá el monto de su descanso vacacional, teniendo en cuenta los siguientes datos:

Fecha de ingreso	:	01.12.2010
Remuneración Básica	:	S/. 600.00 Nuevos Soles
Asignación Familiar	:	S/. 60.00 Nuevos Soles
Movilidad (condición de Trabajo)	:	S/. 100.00 Nuevos Soles
Comisiones		
Junio 2011	:	S/. 2 200.00 Nuevos Soles.
Julio 2011	:	S/. 2 300.00 Nuevos Soles.
Agosto 2011	:	S/. 2 300.00 Nuevos Soles
Setiembre 2011	:	S/. 1 800.00 Nuevos Soles.
Octubre 2011	:	S/. 1600.00 Nuevos Soles.
Noviembre 2011	:	S/. 2 000.00 Nuevos Soles.

En principio, según lo establecido en el artículo 15º del Decreto Legislativo Nº 713 (08/11/91), la remuneración vacacional es equivalente a la que el trabajador hubiera percibido habitualmente en caso de continuar laborando.

Se considera remuneración, a este efecto, la computable para la compensación por tiempo de servicios, aplicándose analógicamente los criterios establecidas en la misma.

En concordancia con lo establecido en el primer párrafo del artículo 16º del D.S. Nº 001-97-TR (01.03.97), se considera remuneración regular aquella percibida habitualmente por el trabajador, aún cuando sus montos puedan variar en razón de incrementos u otros motivos. En lo referente, a la asignación familiar, al ser un concepto remunerativo percibido de manera habitual, será tomado en cuenta para el cálculo de la remuneración vacacional.

Asimismo, según lo señalado en el inciso i) del artículo 19º del D.S. Nº 001-97-TR (01.03.97), no se considera remuneración computable todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor. En este caso, la movilidad otorgada al trabajador es indispensable para la realización de sus labores de ventas. Por lo tanto, no será tomada en cuenta para el cálculo de la remuneración vacacional.

En lo referente a las comisiones percibidas por el trabajador, es menester tener en cuenta lo establecido en el artículo 17º del D.S. Nº 001-97-TR (01.03.97) que señala que en el caso de los comisionistas, destajeros y en general de trabajadores que perciban remuneración principal imprecisa, la remuneración computable se establece en base al promedio de las comisiones, destajo o remuneración principal imprecisa percibidas por el trabajador en el semestre respectivo.

En base a lo expuesto, en los párrafos precedentes, el cálculo de la remuneración vacacional será el siguiente:

Remuneración Básica	:	S/. 600.00
Asig. Familiar	:	S/ 60.00

Promedio de comisiones

Junio 2011	:	S/. 2 200.00 Nuevos Soles.
Julio 2011	:	S/. 2 300.00 Nuevos Soles.
Agosto 2011	:	S/. 2 300.00 Nuevos Soles
Setiembre 2011	:	S/. 1 800.00 Nuevos Soles.
Octubre 2011	:	S/. 1600.00 Nuevos Soles.
Noviembre 2011	:	S/. 2 000.00 Nuevos Soles.

S/. 12,200.00 / 6 = S/ 2033.33

Total: S/. 2693.33 /12 x 12= S/ 2693.33

El monto por concepto de remuneración vacacional, que le corresponde al señor Manuel Santos, ascenderá a S/ 2693.33 Nuevos Soles.

CASO Nº 03

REMUNERACIÓN VACACIONAL DE TRABAJADORES COMISIONISTAS PUROS (NO TIENEN HABER BÁSICO)

Una empresa cuenta con comisionistas. Uno de ellos iniciará su descanso vacacional a partir del 2 de julio de 2010; y el otro culmina su contrato de trabajo el mismo día. A

continuación se muestra las comisiones percibidas en los seis últimos meses de ambos trabajadores:

Comisiones	Comisionista 1	Comisionista 2
Junio	S/ 1,500.00	S/ 2,516.00
Mayo	S/ 1,200.00	S/ 2,100.00
Abril	S/ 1,600.00	S/ 2,300.00
Marzo	S/ 1,700.00	--------
Febrero	S/ 2,100.00	--------
Enero	S/ 1,650.00	--------
Fecha de ingreso:	01-01-05	01-04-2010

Se pide

a. Determinar la remuneración vacacional de los comisionistas.
El art. 17 del D. Leg. N.° 650 se refiere al Decreto Supremo N.° 001-97-TR TUO LCTS que señala textualmente lo siguiente:

"En el caso de comisionistas, destajeros y en general de trabajadores que perciban remuneración principal imprecisa, la remuneración computable se establece en base al promedio de las comisiones, destajo o remuneración principal imprecisa percibidas por el trabajador en el semestre respectivo.

Si el período a liquidarse fuere inferior a seis meses la remuneración computable se establecerá en base al promedio diario de lo percibido durante dicho período."

Cálculo de las remuneraciones vacacionales

Comisionista 1

Junio	S/ 1,500.00
Mayo	S/ 1,200.00
Abril	S/ 1,600.00
Marzo	S/ 1,700.00
Febrero	S/ 2,100.00
Enero	S/ 1,650.00
Total	S/ 9,750.00

Total N.º de Prom.
comisiones meses Comis.
S/ 9,750.00 ÷ 6 = S/ 1,625.00

Remunerac. Vacacional: S/ 1,625.00/ 12 x 12 = S/ 1625.00

Comisionista 2

Comisiones:		**Número de días:**
Junio	S/ 2,516.00	30
Mayo	S/ 2,100.00	31
Abril	S/ 2,300.00	30
Total	S/ 6,916.00	91

Total comisiones	**N.º de días**		**Promedio Diario**
S/ 6,916.00 ÷	91	=	S/ 76.00

Promedio diario	**N.º de días**		**Promedio Mensual**
S/ 76.00 x	30	=	S/ 2,280.00

Tiempo Computable: tres meses

Remun. Comput.	**N.º de meses**		**Total Comput.**
S/ 2,280.00 ÷ 12	x 3	=	S/. 570.00

CASO Nº 04

DESCANSO VACACIONAL DE UN TRABAJADOR DESTAJERO

El Sr. Antúnez Suárez trabaja como obrero destajero en una compañía. Él desea hacer efectivo su descanso vacacional por 15 días. A continuación, se muestran los siguientes datos:

Datos:

Monto por unidad producida	1.50
Jornada laboral	Lun. a Vier.
Fecha de ingreso a la compañía:	01/07/08
Fecha de inicio del descanso vacacional	01-agosto.
Fecha de término del descanso vacacional	15-agosto.
Remuneración semanal percibida:	
del 25 al 31 de julio	S/ 400.00
del 18 al 24 de julio	S/ 370.00
del 11 al 17 de julio	S/ 450.00
del 04 al 10 de julio	S/ 400.00

Se pide:
Determinar el monto de la remuneración vacacional.

Desarrollo:
Para establecer la remuneración vacacional de los trabajadores destajeros o que perciben remuneración principal mixta o imprecisa, se toma como base el salario diario promedio durante las cuatro (04) semanas consecutivas anteriores a la semana que precede a la del descanso vacacional.

Base legal:
Art. 18° D.S. N° 012-92-TR

Cálculo de la remuneración vacacional (por 15 días)
Remuneración semanal percibida:

del 25 al 31 de julio	S/ 400.00
del 18 al 24 de julio	S/ 370.00
del 11 al 17 de julio	S/ 450.00
del 04 al 10 de julio	S/ 400.00
Total:	**S/ 1 620.00**

Promedio diario: S/ 1 620.00 / 30 = S/ 54.00
Remun. vacacional S/ 54.00 x 15 = **S/. 810.00**
La remuneración vacacional será abonada al trabajador antes del inicio del descanso.

CASO Nº 05

TRABAJADOR QUE NO GOZÓ DE SU DESCANSO VACACIONAL Y ADQUIRIÓ EL DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN

El Sr. Antonio Canterac, contador general de la empresa, a la fecha ha acumulado dos períodos vacacionales y no hizo efectivo su descanso vacacional. La gerencia ha decidido cancelar los adeudos laborales. A continuación, se muestran los conceptos remunerativos vigentes a la fecha de pago (01.08.2011).

Fecha de incorporación:	01/04/03
Remuneración básica:	S/ 4,650.00
Asignación Familiar	S/ 60.00
Alimentación principal	S/ 200.00

Período anual
(Primer año) del 01.04.06 al 31.03.07
(Segundo año) del 01.04.07 al 31.03.08

Se pide:
1. Determinar de acuerdo a la legislación laboral cuanto le corresponde al Sr. Canterac por vacaciones no gozadas.

Desarrollo:

Los trabajadores, en caso de no disfrutar del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquél en el que adquieren el derecho, percibirán lo siguiente:

a) Una remuneración por el trabajo realizado;
b) Una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado; y,
c) Una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso. Esta indemnización no está sujeta a pago o retención de ninguna aportación, contribución o tributo.

El monto de las remuneraciones indicadas será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectúe el pago.

Base legal:
Art. 23° del D. Leg. Nº 713

Cálculo de la remuneración vacacional:

Remuneración básica:	S/ 4650.00
Asignación Familiar	S/ 60.00
Alimentación principal	S/ 200.00
	_____
Remuneración vacacional	S/ 4910.00
	========

La remuneración a tomar en cuenta para establecer la triple remuneración vacacional, por los periodos 01.04.06 al 31.03.07 y 01.04.07 al 31.03.08 es de **S/ 4,910.00.**

Por lo que, el adeudo a pagar será:

Período anual
(Primer año) del 01.04.06 al 31.03.07 = 4,910 x 2 = 9,820.00

(Segundo año) del 01.04.07 al 31.03.08 = 4,910 x 2 = 9,820.00

Total adeudo por los dos periodos = 19,640.00 (*)

(*) La remuneración por el trabajo realizado fue pagada en su momento. No incluye intereses.

Actualidad Empresarial
REVISTA DE INVESTIGACIÓN Y NEGOCIOS

COMPENSACION POR TIEMPO DE SERVICIOS (CTS)

Generalidades

La Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) tiene como propósito fundamental prever el riesgo que origina el cese de una relación laboral y la consecuente pérdida de ingresos en la vida de una persona y su familia.

Este beneficio social es depositado por los empleadores en la primera quincena de los meses de mayo y noviembre de cada año, respectivamente.

La CTS se encuentra regulada en el Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (Decreto Supremo Nº 001-97-TR) y Reglamento de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (Decreto Supremo Nº 004-97-TR) y normas complementarias.

1. Trabajadores con derecho a este beneficio

Tienen derecho a percibir la CTS los trabajadores del sector privado que laboren en promedio – como mínimo – una jornada de 4 horas diarias.

Se considera cumplido el requisito de 4 horas diarias, 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.

Así mismo, si la jornada semanal es inferior a cinco (5) días, el requisito a que se refiere el párrafo anterior se considerará cumplido cuando el trabajador labore veinte (20) horas a la semana, como mínimo.

Cabe indicar, que los trabajadores y los socios trabajadores de las empresas de servicios y de las cooperativas gozan de los derechos y beneficios que corresponden a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, por lo que, también le corresponderán el beneficio de la CTS, si cumplen con los requisitos señalados para su percepción.

2. Trabajadores excluidos

No todos los trabajadores percibirán este beneficio social, por lo que, en algunos casos la norma prevé el no pago o, en otros, regula su percepción mediante una norma especializada.

Se encuentran excluidos del pago de la CTS:

- Los trabajadores que hayan laborado menos de un mes completo de servicios.
- Los trabajadores que no tengan en promedio una jornada – mínima - inferior a 4 horas diarias.
- los trabajadores sujetos a regímenes especiales de Compensación por Tiempo de Servicios, tales como construcción civil, pescadores, artistas, trabajadores del hogar,

etc; puesto que, se rigen por sus propias normas, las cuales podrán tener derecho o no a este beneficio social.

Por ejemplo, en el caso de los trabajadores de la microempresa no perciben CTS, puesto que, estos trabajadores se rigen por las normas especiales, las cuales excluye la percepción de este beneficio social y los trabajadores de la pequeña empresa sólo percibirán 15 remuneraciones diarias por cada año de servicios

- Los trabajadores que perciben el 30 % o más del importe de las tarifas que paga el público por los servicios, no tendrán derecho al pago de la CTS. No se considera tarifa las remuneraciones de naturaleza imprecisa tales como la comisión y el destajo.
- Aquellos trabajadores que hubieran suscrito un convenio de remuneración integral anual que incluya a este beneficio, no tendrán derecho a percibir la CTS en las fechas señaladas para su percepción; puesto que, estos trabajadores la percibirán de acuerdo con el convenio suscrito.

3. Días computables y excepciones

Son computables los días de trabajo efectivo, por lo que, los días de inasistencia injustificada, así como los días no computables se deducirán a razón de un treintavo por cada uno de estos días, es decir, estos días no serán computables para el cálculo de la CTS, sin embargo el artículo 8º del Decreto Supremo Nº 001-97-TR establece los días que por excepción, se considerarán computables:

- Las inasistencias motivadas por accidentes de trabajo o enfermedad profesional o por enfermedades debidamente comprobadas, en todos los casos hasta por 60 días al año. Se computan en cada periodo anual comprendido entre el 1 de noviembre de un año y el 31 de octubre del año siguiente.
- Los días de descanso pre y post natal.
- Los días de suspensión de la relación laboral con pago de remuneración por el empleador.
- Los días de huelga, siempre que no se haya sido declarada improcedente o ilegal
- Los días que devenguen remuneraciones en un procedimiento de calificación de despido.

En ese sentido, si el trabajador se encuentre en cualquiera de los supuestos antes señalados, deberá considerarse estos días como efectivamente laborados, tomándose en cuenta para el computo de la CTS.

4. Remuneración computable

Se determinará en base a la remuneración que perciba el trabajador en los meses de abril y octubre de cada año, respectivamente ó en base a treinta jornales; según sea el caso.
Para obtener la remuneración computable las remuneraciones diarias se multiplicarán por treinta. La equivalencia diaria se obtiene dividiendo ente treinta el monto mensual correspondiente.

En el depósito que se debe efectuar a más tardar el 15 de mayo, se tomará como base la remuneración que haya percibido el trabajador en el mes de abril y el depósito que se

debe efectuar a más tardar el 15 de noviembre se tomará como base la remuneración que haya percibido el trabajador en el mes de octubre, además, de los conceptos remunerativos conforme a lo establecido en el Decreto Supremo Nº 001-97- TR y reglamento.

5. Conceptos remunerativos

El trabajador como contraprestación de sus servicios por el empleador debe percibir una remuneración que se establece conforme lo hayan pactado las partes: en dinero o en especie.

Fernández Avilés cita a Hernando Nieto "El salario, dentro del ordenamiento jurídico, se nos presenta como una figura *poliédrica,* pero eje de todo un sistema de medidas legales de alcance, finalidades y naturaleza jurídica distintos, las cuales corresponden a su vez con los diversos aspectos que integran y componen esta compleja figura"1 El artículo 9º del Decreto Supremo Nº 001-97-TR señala que "Son remuneración computable la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador en dinero o en especie como contraprestación de su labor, cualquiera sea la denominación que se les dé, siempre que sean de su libre disposición…" Así mismo, la norma citada señala que se incluya en la remuneración computable el valor de la alimentación principal cuando es proporcionada en especie por el empleador y se excluye los conceptos señalados en los artículos 19º y 20º de la misma norma. La alimentación principal lo constituye el desayuno, almuerzo o refrigerio de mediodía, cuando lo sustituya y la cena o comida, en forma indistinta. La alimentación principal otorgada en especie se valorizará de común acuerdo y su importe se consignará en el PDT 601-Planillas electrónicas y en las boletas de pago del trabajador. Si no se llegase a un acuerdo, regirá la que establezca el Instituto Nacional de Alimentación y Nutrición u organismo que lo sustituya. Si se pacta remuneración en especie (bienes que recibe el trabajador como contraprestación de su servicio) se valorizará de común acuerdo o por el valor del mercado, siendo también materia de declaración en el PDT 601.

1 Fernández Avilés, José Antonio, "*Configuración Jurídica del Salario",* Granada, 2001, pp.82. 2 Arce Ortiz, Elmer; "*Derecho individual del trabajo en el Perú"*, Lima, Palestra Editores, 2008, pp. 340.

Al respeto, el autor Elmer Arce señala que "Aunque comúnmente el pago de la remuneración se realiza en dinero, el pago en especie es el que más complicaciones pueda presentar a efecto de ser calificado como remuneración. Y ello, porque un bien o servicio, puede entenderse en unos casos remunerativos y en otros no…"2 - Remuneraciones de naturaleza variables o imprecisas Se considera cumplido el requisito de regularidad, tratándose de remuneraciones complementarias, de naturaleza variable o imprecisa, si el trabajador las ha percibido cuando menos tres veces en cada período de seis. Para su incorporación a la remuneración computable se suman los montos percibidos y su resultado se divide entre seis. Si el periodo a liquidar, fuere inferior a los seis meses, se exigirá de igual forma, el requisito señalado en el primer párrafo.

- Remuneraciones periódicas

Estas remuneraciones periódicas se incorporarán a la remuneración, de acuerdo a lo siguiente:

- Remuneraciones de periodicidad semestral: Se incluyen a razón de un sexto de lo percibido en el semestre respectivo. Por ejemplo, es el caso de las gratificaciones de Fiestas Patrias y Navidad.
- Remuneración superior a los seis (6) meses: Se incorporan a razón de 1/12 de lo percibido en el semestre respectivo.
- Remuneraciones en periodos superiores a un año: No se incluyen en la remuneración computable.
- Remuneración fijas de periodicidad menor a un semestre pero superior a un (1) mes.

6. Remuneración no computable

El artículo 19º del Decreto Supremo Nº 001-97-TR señala las remuneraciones que no se consideran remuneración computable:

a) Gratificaciones extraordinarias u otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente a título de liberalidad del empleador.

Se entiende que esta remuneración percibe el trabajador no es otorgada como contraprestación por el prestación servicio, sino es otorgada a titulo de liberalidad del empleador o de manera extraordinaria.

Este concepto no remunerativo sólo está sujeto a renta de quinta categoría, es decir, no está sujeto a los demás descuentos ni aportaciones.

También se incluyen aquellos que hayan sido materia de convención colectiva o aceptadas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo o por laudo arbitral. Así como, a la bonificación por cierre de pliego.

b) Participación de las utilidades.

La norma precisa “cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa” por lo que, entendemos que incluye a las utilidades entregadas al trabajador en virtud del Decreto Legislativo Nº 892, así como, las entregadas en forma voluntaria por el empleador o por medio de un convenio.

c) El costo o valor de las condiciones de trabajo

Las condiciones de trabajo son aquellos conceptos que el empleador otorga a sus trabajadores para el cabal desempeño de sus labores. Su otorgamiento no es consecuencia de la contraprestación de servicios prestados por el trabajador y no son de su libre disposición.

Las condiciones de trabajo no están sujetos a ningún aporte ni contribución. Ejemplo de condiciones de trabajo: movilidad relacionada con el trasporte del trabajador para la realización de cobranzas, movilidad para visitar a la cartera de clientes del empleador, los gastos generados producto de un viaje con ocasión de prestación de servicios o generados por representar a la empresa en una convención de negocios, etc.

Así mismo también puede incluirse al uniforme especializado del personal, accesorios especializados propios de la labor desempeñada, alimentación de los trabajadores que laboran en una minería, etc. Cabe indicar, que no podrán incluirse como condición de trabajo aquella remuneración que se paga al trabajador administrativo, para el alquiler de un lugar de vivienda en la ciudad de Lima, por ejemplo, ya que, no constituiría una condición de trabajo propio de la función que desempeña.

Con respecto a las condiciones de trabajo el autor Elmer Arce Ortiz señala que "son excluidos del concepto de remuneración, por cuanto no suponen una ventaja patrimonial para el trabajador. En cambio, si una persona es contratada para tareas de limpieza de la puerta, escaleras, pasillos, sótanos, patios, etc; y por ello recibe como contraprestación por estos servicios el disfrute de un departamento dentro del edificio, me parece que sí estaríamos ante una percepción remunerativa"3 d) La canasta de navidad o similares Este concepto se considera como remuneración no computable debido a que se otorga con motivo con una ocasión especial por Fiestas navideñas (canasta de navidad), no es como producto de la contraprestación prestada por el trabajador, sino como producto de esta festividad. e) El valor del trasporte Se considera remuneración no computable al valor de transporte siempre que razonablemente el transporte del trabajador desde su domicilio al centro de trabajo y viceversa. Cabe indicar, que este valor de transporte debe ser abonado de manera razonable al trabajador, pues, dicho monto no debe ser otorgado de tal forma que exceda la finalidad prevista. Se incluye en este concepto el monto fijo que el empleador otorgue por pacto individual o convención colectiva. f) Bonificación por educación La asignación o bonificación por educación, siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada. Este concepto puede ser otorgado a favor de los trabajadores o de los hijos de éstos, ya sea para cubrir estudios de pre – escolar, escolar, universitarios o técnicos, etc. En el caso de los trabajadores podrán cubrirse, por ejemplo, estudios de maestrías, cursos de especialización o post-grados, etc; para mayor precisión de esta cobertura de estudios, se recomienda que se elabore un convenio con el trabajador a fin de precisar los gastos a cubrirse y además se deberá sustentar dichos montos a efectos de una Fiscalización.
3 Op. Cit. pp. 341

g) Las asignaciones o bonificaciones con motivos de una contingencia o festividad

Este monto es otorgado al trabajador con motivo de alguna contingencia o acontecimiento, como cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquella de semejante naturaleza o determinadas festividades como consecuencia de una negociación colectiva.

h) Bienes entregados por la empresa de su propia producción

Son los bienes de la propia producción de la empresa entregados a sus trabajadores en una cantidad razonable para su consumo directo y de su familia.

Para que estos bienes sean considerados como no remunerativos se debe tener en cuenta que se otorguen en forma razonable, de lo contrario, podrán ser considerados como parte de la remuneración del trabajador.

i) Alimentación como condición de trabajo

La alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo, por ser indispensable para la prestación de servicios y las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto -vales de consumo otorgados por el empleador- o cuando se derive de mandato legal, no ingresan a la remuneración computable.

Así mismo, el artículo 20º del Decreto Supremo Nº 001-97-TR señala que tampoco se incluirá en la remuneración computable la alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de servicios o cuando se derive de mandato legal.

7. Depósitos

La CTS se deposita en la institución elegida por el trabajador. Efectuado el depósito, queda cumplida y pagada la obligación. El trabajador deberá comunicar a su empleador, por escrito y bajo cargo, en un plazo que no excederá del 30 de abril o 31 de octubre, según su fecha de ingreso, el nombre del depositario que ha elegido, el tipo de cuenta y moneda en que deberá efectuarse el depósito.

En caso que el trabajador no cumple con lo dispuesto en el párrafo anterior, efectuará el depósito en cualquiera de las instituciones permitidas por Ley, bajo la modalidad de depósito a plazo fijo por el periodo más largo permitido.

Se depositará tantos dozavos de la remuneración computable percibida por el trabajador en los meses de abril y octubre, respectivamente, como meses completos haya laborado en el semestre respectivo. La fracción de mes será depositada por treintavos.

8. Liquidación de CTS

Dentro de los cinco días de efectuado el depósito el empleador entregará al trabajador -bajo cargo – una liquidación debidamente firmada, que contenga como mínimo la siguiente información:

- Fecha y número u otra seña otorgada por el depositario que indique que se ha realizado el depósito.
- Nombre o razón social del empleador y su domicilio.
- Nombre completo del trabajador.
- Información detallada de la remuneración computable.
- Periodo de servicios que se cancela.
- Nombre completo del representante del empleador que suscribe la liquidación.

Se entiende realizado el depósito, en la fecha en que el empleador lleva a cabo dicha operación.

Así mismo, el depositario deberá informar al trabajador titular de la cuenta CTS sobre su nuevo saldo, indicando la fecha del último depósito, en un plazo no mayor de 15 días calendario de efectuado este.

9. Intangibilidad e inembargabilidad

El artículo 37º del Decreto Supremo Nº 001-97-TR señala que "Los depósitos de la CTS, incluidos sus intereses, son intangibles e inembargables, salvo por alimentos y hasta el cincuenta por ciento (50 %). Su abono sólo procede al cese del trabajador cualquiera sea la causa que lo motive, con las únicas excepciones previstas en los artículos 41º y 43º de esta Ley. Todo pacto en contrario es nulo de pleno derecho"

En ese sentido, sólo procede el embargo de la CTS en el caso de alimentos y hasta un cincuenta por ciento (50%). Para ello, el empleador deberá informar al Juez competente sobre el depósito- una vez que haya sido notificado- para que éste pueda dictar el embargo correspondiente, mediante una resolución que señale el o los conceptos afectados por la medida y el porcentaje correspondiente a embargar.

Así mismo, el abono de los depósitos al cien por ciento (100%) procederá al cese del trabajador, para ello, el trabajador deberá de acudir a la institución bancaria o financiera con la constancia de cese. El empleador deberá entregar dicha constancia en el plazo de 48 horas de haberse producido el cese.

Mediante la Ley de la CTS se estableció que el trabajador podrá efectuar retiros parciales hasta por el cincuenta por ciento (50%) con cargo a su depósito de CTS e intereses acumulados, salvo excepciones. Sin embargo, con la dación de la Ley Nº 29352, se estableció la Libre disponibilidad temporal y la posterior intangibilidad de la CTS, que trataremos en el siguiente punto.

10. Libre disponibilidad temporal y posterior intangibilidad de CTS (Ley Nº 29352)

Mediante la Ley Nº 29352 publicada el 1 de mayo de 2009 se dispuso la libre disponibilidad (100 %) de los depósitos que se efectúen en mayo y noviembre de 2009.

A partir de 2010, se restringirá progresivamente la libre disposición de los depósitos por concepto de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), de acuerdo con el siguiente cronograma:

-De los depósitos efectuados en mayo de 2010, podrá disponerse hasta del cuarenta por ciento (40%).

-De los depósitos efectuados en noviembre de 2010 podrá disponerse hasta del treinta por ciento (30%).

A partir de mayo de 2011, se dispuso que los trabajadores podrán disponer de sus cuentas individuales de CTS, sólo del setenta por ciento (70 %) del excedente de seis (06) remuneraciones brutas que se encuentren depositados en su cuenta individual de depósito de CTS.

Esta libre disponibilidad y posterior intangibilidad de la CTS se ha dispuesto con la finalidad de tener una contingencia asegurada para la eventualidad de la pérdida de empleo.

Así mismo, los empleadores deberán comunicar a las instituciones financieras respecto del equivalente del monto intangible de cada trabajador.

11. Decreto Supremo Nº 016-2010-TR (Reglamento de la ley Nº 29352, que establece la Libre Disponibilidad Temporal y posterior intangibilidad de la CTS)

La presente normativa precisa los alcances de la Ley Nº 29352, manteniéndose el porcentaje de intangibilidad e inembargabilidad en el 100 % de los depósitos de la CTS incluidos sus intereses, salvo alimentos y hasta el máximo del 50 %.

Las entidades depositarias de la CTS deberán verificar que el monto total que mantienen los trabajadores en sus cuentas individuales de depósito de CTS supere las seis (6) remuneraciones mensuales brutas establecidas en el artículo 3º de la Ley Nº 29352, caso contrario, los trabajadores no podrán disponer de suma alguna, para ello, al 30 de abril de 2011, los empleadores deberán comunicar obligatoriamente a las entidades donde se encuentra depositada la CTS de sus trabajadores, el importe de las seis últimas remuneraciones mensuales brutas de cada trabajador.

Las entidades depositarias de la CTS realizarán el cálculo del monto intangible, tomando en cuenta la información proporcionada por el empleador. Para tal efecto, la comunicación de los empleadores a las entidades depositarias de la CTS se efectuará obligatoriamente al 30 de abril y al 31 de octubre de cada año.

Para efectos de los depósitos de CTS a realizarse a partir de mayo del 2011, se deberá tomar en cuenta lo siguiente:

- En el caso de trabajadores con más de una cuenta individual de depósito de la CTS activa del mismo empleador, en una misma entidad depositaria, el 70% del excedente de seis remuneraciones mensuales brutas se calcula sobre la suma de los montos depositados en cada una de las cuentas individuales de CTS que el trabajador posee, debiendo registrarse el íntegro del saldo disponible en la cuenta que recibe el abono de la CTS.

- -En el caso de trabajadores que tienen más de una cuenta individual de depósito de CTS activa que correspondan a distinto empleador, para efectos de los límites establecidos por la Ley, cada cuenta se administrará de manera independiente; no debiendo sumarse sus saldos.

- En caso existan cuentas en diferentes tipos de monedas, el monto total de las cuentas deberá convertirse al tipo de moneda elegida por el trabajador para calcular el monto del saldo disponible. La conversión se realizará al tipo de cambio vigente en la entidad depositaria al momento del abono de la CTS.

Cabe indicar, que si el trabajador ha dejado de laborar y no ha retirado su CTS proveniente de una relación laboral anterior, se sujetará a lo dispuesto en los artículos 44º, 45º y 46º del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios.

12. Disponibilidad de La Compensación por tiempo de Servicios para la adquisición de vivienda o terreno

La Ley Nº 28461 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nº 009-2005-VIVIENDA, regulan la disponibilidad del 80% de la Compensación por Tiempo de servicios para la adquisición de vivienda o terreno en el marco de los programas promovidos por el Ministerio de Vivienda y Construcción o por el Sector Privado.

La disponibilidad del 80% del total de la Compensación por Tiempo de Servicios e intereses, es sólo a solicitud del trabajador y será en forma excepcional y por una sola vez, es necesario que este dinero sea destinado a la adquisición, construcción, mejoramiento de vivienda o adquisición de terreno que se efectúe, a su elección, en el marco de los programas Techo Propio, MIVIVIENDA y cualquier otro promovido por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, en el marco del Plan Nacional de Vivienda "Vivienda para Todos", u otro plan que sea directamente promovido por el Sector Privado, o para la adquisición de terrenos. Cabe señalar que este beneficio no es otorgado a las entidades del Sector Público.

El porcentaje de disponibilidad mencionado, está compuesto por el cincuenta por ciento (50%) de libre disposición regulado en el artículo 41 del Decreto Supremo Nº 001-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios y un treinta por ciento (30%) excepcional.

Cabe precisar, que se respeta aquellos casos de embargo o retención de la Compensación por Tiempo de Servicios decretados por el Poder Judicial o contenidos en Acuerdos Conciliatorios Extrajudiciales, destinados a atender obligaciones de naturaleza alimentaria, dentro de los montos o porcentajes establecidos.

Antes de iniciar los trámites de la disponibilidad, el trabajador debe acudir a la institución depositaria de su CTS a fin de que la misma emita una constancia que permita conocer el importe de su CTS disponible.

Asimismo, el trabajador a su libre elección podrá disponer el traslado de su cuenta de CTS de la institución depositaria original a la que el trabajador designe como nueva depositaria, la misma que puede coincidir con aquella que le otorgue el crédito, a fin de facilitar las operaciones de transferencia de fondos.

Finalmente, se debe señalar que el trabajador para la adquisición de vivienda, utilizará el importe solicitando de su CTS, de las siguientes formas:

- Para la cancelación del valor total de la vivienda.
- Para la cancelación de parte del valor de la vivienda, cuando parte del precio haya sido cubierto por el trabajador.
- Para la cancelación de parte del valor de la vivienda, cuando el saldo de precio sea cubierto mediante un crédito otorgado por una empresa del Sistema Financiero Nacional.

13. MODELO DE LIQUIDACIÓN DE CTS

Una trabajadora que ha laborado desde el 01.11.2009. Se le ha depositado su CTS el 15.05.2010.

Su liquidación de CTS, es como sigue:

La Empresa "M & M" domiciliada en Jr. Los Ruiseñores Nº 522, Distrito de Los Olivos, Lima, representado por el Gerente General Sr. Jerónimo Bustamante Reynoso, identificado con DNI Nº 08526323, otorga a la Sra. María del Pilar Álvarez Suárez la presente Constancia del Depósito de su Compensación por Tiempo de Servicios en la Cuenta CTS Nº 052862365588 del Banco de Crédito del Perú, por los siguientes montos y periodos:

1. Periodos que se liquidan
Del 01.05.2010 al 31.10. 2010.

2. Remuneración computable
-Básico S/. 2,000.00
-Asignación Familiar S/. 55.00
-Comisiones (promedio semestral) S/. 300.00
-Horas extras (promedio semestral) S/. 200.00
-1/6 de la gratificación S/. 350.00

TOTAL S/. 2,905.00

3. Cálculo
- Por los meses completos laborados
(*) 1/12 X 2,905.00 X 6 meses S/. 1452.50

4. Monto Depositado S/. 1452.50

Lima, 15 de Noviembre de 2010

_____ _____
Firma del Trabajador Firma del Empleador

(*) Si hubiera días laborados, se agregarían al cálculo (1/12 x 1/30 x remuneración computable x días laborados)

14. CASOS PRÁCTICOS

CASO Nº 01

TRABAJADOR QUE LABORO DURANTE EL SEMESTRE (mayo-octubre)

El contador de la empresa “Sol & Mar S.A.C.” nos consulta sobre el cálculo de la CTS de una trabajadora -con carga familiar- que labora desde el 01 de mayo de 2010, con una remuneración fija de S/.1,800.00 y percibió horas extras durante los meses de julio, agosto y octubre por un monto de S/. 100.00, S/. 150.00 y S/. 200.00, respectivamente.

Solución

Datos:

Remuneración computable:

- Remuneración fija mensual: S/. 1,800.00
- Horas extras: S/. 75.00 (*)
- Asignación familiar: S/. 55.00
- 1/6 de la gratificación del mes de julio: S/. 103.05 (**)

Total: S/. 2,033.05

(*) Ingresan al cómputo el total de las horas extras, al haberse cumplido el requisito de regularidad –como mínimo tres veces en el semestre a computar.

Se suman las horas extras y el resultado se divide entre seis: 100+150+200 = 450/6 =75
(**) El sexto de la gratificación percibida en el mes de julio: 618.33/6= 103.05

Cálculo del monto de la CTS:
1/12 x 2033.05 x 6 = 1016.53

CASO Nº 02

FALTAS INJUSTIFICADAS Y BONIFICACIONES

El jefe de Recursos Humanos nos consulta sobre la CTS de un trabajador que ingreso a laborar el 01 de noviembre de 2010 y ceso el 28 de febrero de 2011. Sabiendo que percibe una remuneración fija mensual de S/. 1,500.00 y tuvo durante el tiempo que laboró cinco (05) faltas injustificadas y percibió una bonificación por cumpleaños de S/. 200.00 y movilidad supeditada a la asistencia del trabajador por un monto total de S/. 300.00.

Solución

Datos:
- Remuneración fija mensual S/. 1500.00
- Faltas injustificadas : cinco (05)

- Bonificación por cumpleaños: S/. 200.00 (*)
- Movilidad supeditada a la asistencia del trabajador S/. 300.00 (**)
- Gratificación del mes de diciembre: 500.00 (***)

(*) (**) No ingresan a la remuneración computable a efectos del cálculo de la CTS, conforme lo señala el artículo 19º del Decreto Supremo Nº 001-97-TR.
(***) Al ingresar el 01 de noviembre, le correspondió por la gratificación del mes de diciembre: 1/6 x 1500 x 2 = 500

Remuneración computable:

- Remuneración fija mensual: S/. 1500.00
- 1/6 de la gratificación de Navidad: S/. 83.00 (500/6 = 83.00)

Total: S/. 1583.00

Cálculo de la CTS por el semestre incompleto:
1/12 x 1583 x 4 = 528.00

Cálculo de faltas injustificadas:
528 /12 = 131.92
131.92/30= 4.40
4.40 x 5 =22.00

Total de CTS trunca:
528 – 22 =506.00

CASO Nº 03

REMUNERACIÓN FIJA Y VARIABLE

La Srta. Andrea Gonzáles labora en la empresa inmobiliaria “Los Álamos de Monterrico S.A.C.” percibiendo una remuneración básica de S/. 1,200.00 en forma mensual. Así mismo durante los meses de mayo, julio y setiembre ha realizado horas extras por la suma de S/. 100.00, S/. 180.00 y S/. 150.00 respectivamente. Nos consulta sobre el pago de su CTS para el mes de noviembre.

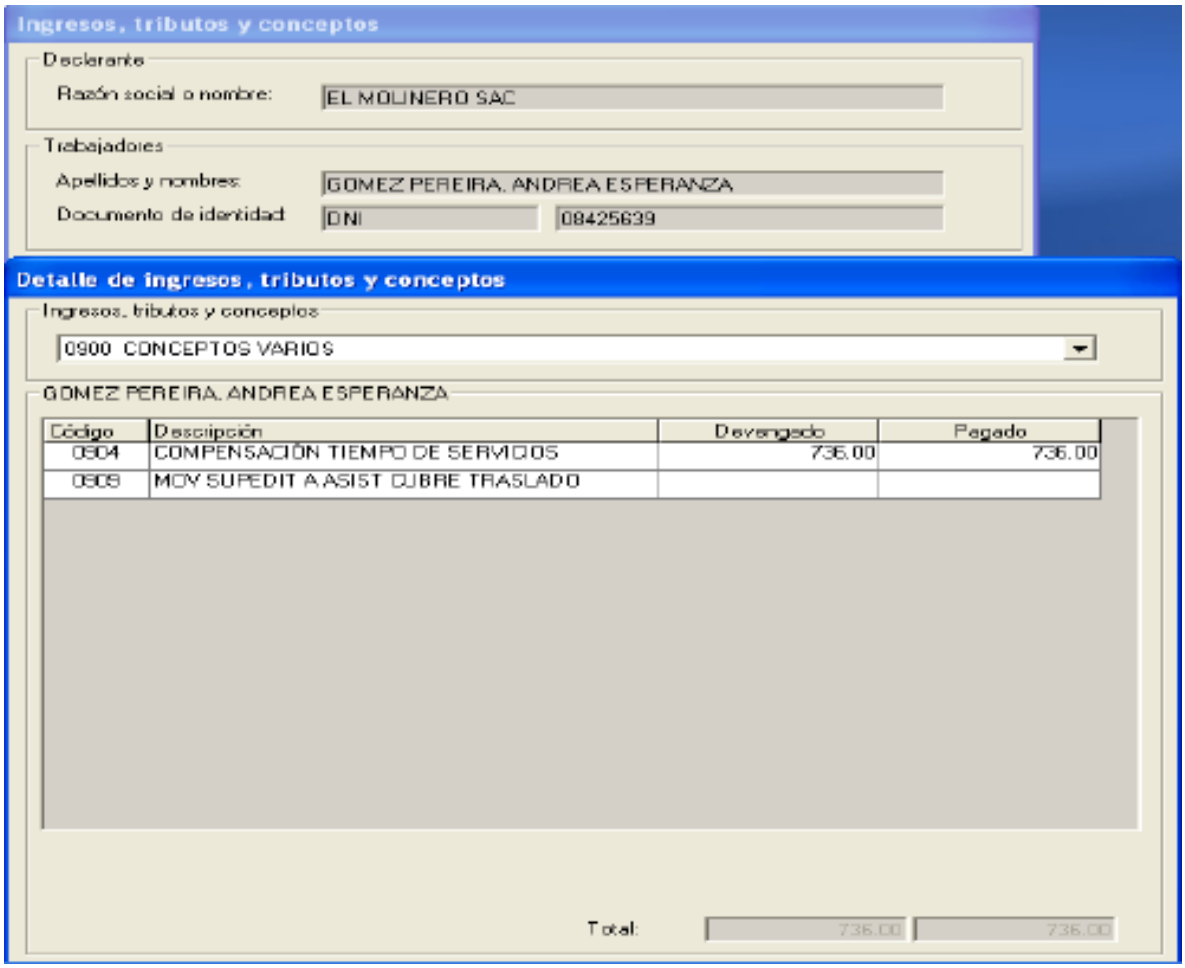
Solución
Datos:
Remuneración básica: S/. 1,200.00
Horas Extras por los 3 meses: S/. 430.00
Gratificación julio.: S/. 1,200.00

Cálculo de las horas extras
Las horas extras ingresan a la remuneración computable, al haberse percibido tres meses en el semestre a computar. Para su incorporación, se suman los montos percibidos y el resultado se divide entre seis.
De esta manera:
100 + 180 + 150 = 430

430 /6 = 72.00

Remuneración computable:
Remuneración básica: S/. 1200.00
Horas Extras: S/. 72.00
1/6 gratificación: S/. 200.00
Total S/. 1472.00

Cálculo de la CTS
1/12 X 1472 X 6 meses = 736.00
Declaración PDT 601- Planillas electrónicas



CASO Nº 04

CTS TRUNCAS

Un trabajador (con carga familiar) ingreso a laborar el 01 de noviembre de 2010 y ceso el 30 de marzo de 2011, percibiendo una remuneración mensual de S/. 1,500.00 y además percibió una movilidad supeditada al traslado de S/. 200.00 mensuales y comisiones por los meses de noviembre y diciembre por los montos de S/ 300.00 y S/. 400.00 respectivamente.
Datos :

Fecha de ingreso: 01 de noviembre
Remuneración básica: S/. 1,500.00
Asignación familiar: S/. 60.00 (*)
Gratificación Dic: S/. 500.00
Movilidad supeditada al traslado: S/. 200.00 (**)
Total de comisiones nov. y dic.: S/. 700.00 (***)

(**) No ingresan a la remuneración computable a efectos del cálculo de la CTS, conforme lo señala el artículo 19º del Decreto Supremo Nº 001-97-TR.
(***) No ingresan a la remuneración computable, toda vez, que no cumple con el requisito de regularidad, de conformidad con el artículo 16º del Decreto Supremo Nº 001-97-TR, al haberse percibido las comisiones sólo por 2 meses en el semestre a computar.

Remuneración computable:

Remuneración básica: S/. 1500.00
Asignación familiar: S/. 60.00
1/6 de la gratificación: S/. 83.00
Total: S/. 1643.00

Cálculo de la CTS
1/12 X 1643 X 5 meses = 684.58

(*) Mediante Decreto Supremo Nº 011-2010-TR se incrementó la remuneración mínima vital a S/. 600.00 nuevos soles, por lo tanto, la asignación familiar se incremento en S/.60.00 nuevos soles.