

www.egacal.com

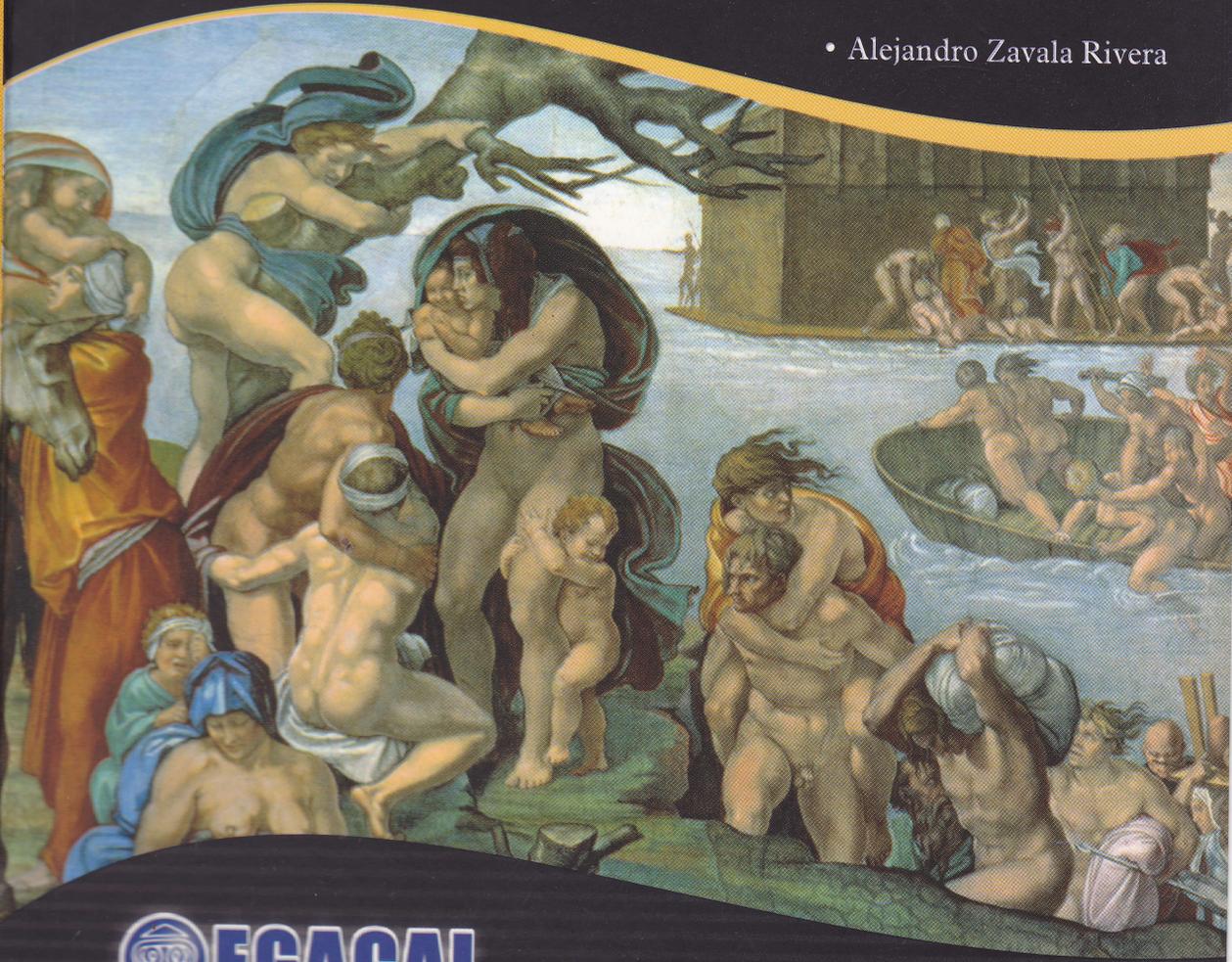
El ABC del Derecho

LABORAL Y PROCESAL LABORAL

• Alejandro Zavala Rivera

LABORAL Y PROCESAL LABORAL

El ABC del Derecho



 **EGACAL**
ESCUELA DE ALTOS ESTUDIOS JURÍDICOS

Más que enseñar Derecho, garantizamos su aprendizaje
FONDO EDITORIAL

Editorial
San
SM
marcos

Dirección: Ana Calderón Sumarriva • Guido Aguila Grados



El
ABC del Derecho

LABORAL Y

PROCESAL LABORAL

Editorial
San
SM
marcos

www.egacal.com



EI ABC DEL DERECHO | LABORAL Y PROCESAL LABORAL
ALEJANDRO ZAVALA RIVERA

© Alejandro Zavala Rivera

Diseño de portada: Sonia Gonzales Sutta
Composición de interiores: Sonia Gonzales Sutta
Responsables de edición: Ana Calderón Sumarriva - Guido Aguila Grados

© EGACAL

Escuela de Altos Estudios Jurídicos
Directores: Ana Calderón Sumarriva - Guido Aguila Grados

© Editorial San Marcos E.I.R.L., editor

Jr. Dávalos Lissón 135, Lima
Telefax: 331-1522
RUC 20260100808
E-mail: informes@editorialsanmarcos.com

Primera edición: 2011

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú

Reg. N.º 2011-10091

ISBN: 978-612-302-674-5

Reg. de proyecto editorial N.º 31501001101392

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra,
sin previa autorización escrita de los editores.

Impreso en el Perú / *Printed in Peru*

Pedidos:

Av. Garcilaso de la Vega 974, Lima

Telefax: 424-6563 / 331-1535

E-mail: ventas@editorialsanmarcos.com

002065

Impresión:

Editorial San Marcos de Aníbal Paredes Galván

Av. Las Lomas 1600, Urb. Mangamarca, S. J. L.

RUC 10090984344



PRESENTACIÓN

En el otoño de 1999 nació la Escuela de Graduandos Aguila & Calderón -**EGACAL** con el propósito de llenar el vacío que existía entre los conocimientos que tenía el bachiller al egresar de una facultad de Derecho y los que requería para afrontar exitosamente el Examen de Titulación. Para ello, **diseñamos una metodología de enseñanza-aprendizaje novedosa respecto de la enseñanza tradicional del Derecho.**

Desde aquella fecha ya han transcurrido doce años ... Hoy, **EGACAL** –ya convertida en Escuela de Altos Estudios Jurídicos- constituye una estación obligatoria para los bachilleres en Derecho que pretenden optar el título profesional de abogado. Y dos mil quinientos nuevos abogados pueden dar fe de la eficiencia de un método que ha revolucionado la enseñanza del Derecho: El Sistema Tridimensional.

Nuestra propuesta de enseñanza significativa del Derecho se denomina Sistema Tridimensional por el diseño triangular del proceso de capacitación. ¿Cómo funciona este sistema? Así:

- **El participante** se ubica en el vértice superior, con sus sueños e ilusiones profesionales. Este participante encontrará en **EGACAL** una motivación permanente y una voluntad inquebrantable para el logro de los objetivos propuestos.
- En el otro de los extremos se encuentra **el cuerpo docente de EGACAL** con su mística de servicio y su vocación pedagógica. Nuestro equipo de profesores y asesores está premunido de sapiencia y paciencia para ser el soporte académico y moral que el participante necesita.
- En el tercer extremo se encuentra **la bibliografía que brinda EGACAL**: nuestros libros didácticos, los cuales representan un compendio de decenas de textos nacionales y extranjeros, se convierten en facilitadores del aprendizaje de nuestros participantes.

El Sistema Tridimensional **EGACAL** de enseñanza del Derecho ha tenido una metodología que ha sido, desde su inicio, su marca registrada y que ha evolucionado sin pausa: **una enseñanza personalizada con instrumentos y recursos pedagógicos que permiten un aprendizaje significativo de las ciencias jurídicas.** Una piedra angular de esta arquitectura la constituyen los materiales de enseñanza que en un principio fueron separatas anilladas que, luego de seguir una rigurosa evolución académica, se transformaron en la “Colección ABC del Derecho”. Así, la presente colección nació con dos finalidades meridianamente claras: la primera, **concebir los primeros textos dirigidos exclusivamente a los estudiantes de pregrado y bachilleres en Derecho**; la segunda, **ser una forma de extender nuestro magisterio a un número indeterminado de personas que por razones económicas o de distancia no pueden pertenecer a nuestra institución.**

Tras haberse agotado más de cincuenta mil ejemplares de los diferentes títulos de esta colección –que en un inicio se circunscribió a 10 especialidades–, creemos que se han logrado, largamente, los objetivos propuestos. Por ello, en **EGACAL** nos sentimos con la responsabilidad de seguir perfeccionando nuestra propuesta con una colección renovada en la forma y el fondo. **La colección a partir del año 2011 presenta una nueva diagramación y presentación que permite una lectura más ágil y panorámica, con el propósito de que los conocimientos jurídicos no sólo estén precisos y actualizados, sino también sean de fácil asimilación por parte de nuestros lectores.**

Asimismo, este ambicioso proyecto triplica el número de títulos originales: 30 títulos propuestos en esta nueva etapa vital de una publicación ya clásica del aprendizaje jurídico, “El ABC del Derecho”. Los títulos que lo conforman son:



1. Teoría General del Derecho
2. Derecho Procesal Civil
3. Derecho Procesal Penal
4. Derecho Procesal Constitucional
5. Derecho Civil Extrapatrimonial
6. Derecho Civil Patrimonial
7. Derecho Notarial
8. Derecho Penal General
9. Derecho Constitucional
10. Derecho Internacional de los Derechos Humanos
11. Derecho Administrativo y Procedimiento Administrativo
12. Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral
13. Derecho Empresarial
14. Derecho Ambiental
15. Derecho Minero
16. Derecho de las Telecomunicaciones
17. Derecho de Internet
18. Arbitraje
19. Derecho de la Competencia
20. Derecho de Protección al Consumidor
21. Derecho de la Propiedad Intelectual
22. Derecho Concursal
23. Derecho Tributario
24. Contratación Estatal
25. Gestión Pública
26. Gobierno Local y Regional
27. Proceso Contencioso Administrativo
28. Oratoria Jurídica
29. Redacción Jurídica
30. Latín Jurídico

No queremos concluir esta presentación sin antes reservar unas líneas para nuestros dos mil quinientos abogados egacalinos. Reciban nuestro homenaje y gratitud infinita, ya que confiaron en un equipo de profesionales jóvenes que tiene como vocación el servicio y la enseñanza. Los deseos de éxitos interminables para quienes **prefirieron la decencia y la ética de capacitarse en una institución que no tiene ningún tipo de lazo con universidad o institución alguna y desecharon lo impropio de prepararse con catedráticos que al mismo tiempo son jurados en los exámenes de grado.** Nuestra pleitesía a quienes no tomaron el facilismo de un costoso curso de profesionalización promovidos por facultades que **buscan producir abogados en serie y cantidades industriales sin importar la solvencia profesional que exige nuestra sociedad; por el contrario, transitaron por el derrotero del “debe ser” al afrontar un examen de suficiencia profesional con toda la responsabilidad y la adrenalina que implica el momento académico más importante en la realización de toda persona.** Nuestro reconocimiento a quienes no optaron por formas de titulación que **no son caminos sino atajos de mediocridad que inventan y ofrecen impúdicamente las universidades bajo la solera de su autonomía.**

Por último, creemos que mediante esta renovada colección que ponemos al alcance del mundo jurídico estamos reafirmando nuestra misión institucional: **“Más que enseñar Derecho, garantizamos su aprendizaje”**, y sólo con este trajinar incansable demostrado en estos primeros doce años estaremos acercándonos a nuestra visión: **“Ser una Escuela de Posgrado con la mejor propuesta de enseñanza jurídica a nivel nacional”**.

Para quienes deseen realizar comentarios y críticas a esta colección o a nuestra institución, dejamos al pie nuestra dirección epistolar. Nuestra gratitud anticipada a quienes así lo hagan.

ANA CALDERÓN SUMARRIVA

acs@egacal.com

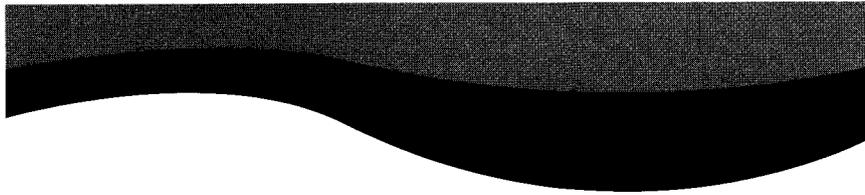
GUIDO AGUILA GRADOS

gag@egacal.com

Directores y Fundadores de **EGACAL**



Derecho Laboral



www.egacal.com



Capítulo

1

EL DERECHO
LABORAL

LECTURA MOTIVADORA

“La creación del Derecho del Trabajo supuso, en definitiva, que la regulación de las relaciones laborales que había estado tradicionalmente a cargo de fuentes de configuración – en los hechos – unilateral: el contrato de arrendamiento de servicios, el reglamento interno de trabajo y la costumbre, que expresaban la disparidad, se trasladara a las nuevas fuentes: la ley laboral y el convenio colectivo que buscan la paridad.

Como la relación laboral es, de un lado, conflictiva, porque los intereses de los trabajadores – como individuos y como categoría – son diferentes y a veces opuestos a los de los empresarios – como individuos y como categoría – siendo ambos legítimos, se requiere regulación, para que el conflicto discurra entre los márgenes del sistema; pero como, de otro lado, es estructuralmente desigual, porque los trabajadores no tienen poder económico y los empresarios sí, se requiere que esa regulación sea equilibrada, para balancear con la ventaja jurídica la desventaja material, de eses modo, contribuir a la materialización de la justicia y la paz”.

Introducción al Derecho Laboral. Javier Neves Mujica. Colección Textos Universitarios. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Segunda edición. Lima, 2003. Página 11.



1. GENERALIDADES

Pese a la progresiva constitucionalización y reconocimiento jurídico de los derechos económicos y sociales, cuestiones tan importantes como su fundamentación ético-política, naturaleza, valor normativo y modo de protección continúan siendo objeto de densos debates, tanto en el ámbito de diferentes dogmáticas, como en la teoría y filosofía jurídicas. En todos ellos, se pone de manifiesto que estos derechos ofrecen rasgos y peculiaridades que ensombrecen la conveniencia e, incluso, la posibilidad de reconocerles rango ius fundamental. A la impresión de encontrarnos “ante uno de los conceptos más inciertos y menos unívoco del derecho público”¹.

Todo ser humano realiza una serie de actividades, pero las que pueden ser objeto del derecho del Trabajo son aquellas que reúnen ciertas características que la convierten en objeto de protección, las que se constatan de:

- a) Trabajo humano, pues se trata de una acción consciente llevada a cabo por una persona con las capacidades de obtener un provecho económico legítimo por su aprovechamiento.
- b) Que dicho trabajo sea productivo, es decir, que se trate de una actividad generadora de bienes, generadora de ingresos que le permitan al trabajador procurarse de los ingresos suficientes para lograr su realización profesional y personal que persigue. Así, por medio de este concepto se sabe que el trabajo tiene una finalidad que es el beneficio económico directo para el trabajador.
- c) Que sea una potestad de la persona el obligarse a realizarlo. Lo que significa que el trabajador no se encuentra en condiciones de esclavitud, sino que ha decidido prestar su fuerza de trabajo e intercambiarla por una remuneración. Se trata de la libertad de trabajo por la cual se elige si se trabaja o no y, de hacerlo, en qué actividad se desempeñará.
- d) Que se desempeñe por cuenta ajena. Lo que implica que el trabajo lo hace para otra persona, ya sea persona natural o persona jurídica. Alguien le ha encargado que lo realice y se trata del empleador.
- e) Que se realice en circunstancias de subordinación. A cambio de su fuerza laboral, el trabajador desempeña sus labores bajo las órdenes y condiciones que el empleador formula ya sea desde la firma del contrato laboral o por intermedio de las disposiciones contenidas en el reglamento interno de trabajo o de las directivas que le son impartidas so pretexto de la relación laboral.

¹ Cascajo, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1999. Página 47.



2. EVOLUCIÓN

La evolución del Derecho del Trabajo corresponde al mismo tiempo con la historia de la denominada lucha de clases² pues parte de la aplicación de la evolución de la propiedad privada y por ende, de las condiciones en las cuales se prestan las actividades laborales a través del tiempo. La dignificación del hombre por medio de tomar conciencia de la dimensión humana fundamental de su trabajo involucró una evolución muy profunda y acelerada en la conciencia ciudadana y, particularmente, de quienes son trabajadores. Las personas debieron luchar para obtener de las autoridades y de los empleadores los derechos que emanaban de su condición de trabajadores. La deshumanización que se había dado sostenidamente hasta el siglo XIX respecto del trabajo debió ceder ante las demandas laborales de los trabajadores organizados.

De otro lado, el perfeccionamiento laboral cada vez más creciente hizo que las especialidades de los trabajadores comenzaran a cobrar una gran trascendencia y, con ello, se fueron modulando características cada vez más particulares de las diferentes modalidades laborales. Por tal razón, los tratos individuales del trabajo fueron cobrando cada vez más importancia y las modulaciones en los contratos se convirtieron en reglas particulares.

Finalmente, los diferentes ordenamientos fueron consagrando en ley los derechos obtenidos por los trabajadores bajo la premisa del reconocimiento de la desigualdad natural entre el empleador y el trabajador; razón por la cual era menester que se diera el carácter protector del derecho Laboral y que el Estado se convirtiera también en vigilante de las relaciones laborales para evitar el aprovechamiento de la parte más fuerte de la relación. Empero, a finales del siglo XX ya era evidente que la globalización había cambiado algunos de los parámetros laborales clásicos. El perfeccionamiento de las funciones laborales y los costos laborales de mantener las condiciones originarias de trabajo movieron a la búsqueda de nuevos paradigmas como la tercerización y la intermediación, los cuales suponían nuevos roles para los trabajadores y, al mismo tiempo, la acentuación en el denominado “trabajo decente” que se manifiesta como un concepto que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno. El trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo; no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso digno y proporcional al esfuerzo realizado sin discriminación de cualquier tipo³.

2 De la Cueva, Mario. *El nuevo derecho laboral mejicano*. Editorial Porrúa S.A. Méjico D.F. 1994. Página 11.

3 Somavía, Juan Antonio. *Trabajo decente*. Memoria del Director General de la OIT. Ginebra, 1999. Página 22.

Capítulo

2

**FUENTES DEL
DERECHO DEL
TRABAJO****LECTURA MOTIVADORA**

“Una aproximación fecunda al problema de las fuentes del Derecho distingue entre fuentes en sentido propio, poderes sociales con potestad normativa, y fuentes en sentido traslativo, modos a través de los cuales se exterioriza el poder de normar de quien lo posee. Los de las fuentes propias son básicamente temas de Derecho político que dicen de dónde están residenciados los poderes comunitarios y los describen; los de las fuentes traslativas lo son de teoría general del derecho cuyo estudio en nuestra tradición doctrinal acostumbra a hacerse en la parte general del Derecho Civil.

La simple remisión a uno y otro de los derechos citados bastaría si el de Trabajo no tuviera la muy importante particularidad de que en su seno han emergido poderes sociales típicos con facultad de normar y modos típicos de extériorización del poder normativo, cuyo tratamiento científico en otras disciplinas, sobre todo en lo referente a las fuentes traslativas, no suele ser lo completo que pudiera o debiera. Ello hace necesario renovar el estudio de las fuentes dentro del derecho del Trabajo, dedicando una especial atención, de un lado, justamente a las que le son peculiares, sean propias o traslativas, y de otro, por lo dicho, a estas últimas”.

Derecho del Trabajo. Manuel Alonso Olea. Editorial Thomsom - Civitas. Madrid, 2008. Página 414.



1. CONCEPTO

En la vida del Derecho del Trabajo se producen una serie de conceptos que dan origen a las normas y sustentan el ordenamiento jurídico en su conjunto. A ellas se les denomina Fuentes del Derecho. Del mismo modo, no solamente existen y modelan el contenido de las normas sino que además son susceptibles de crear un sistema de jerarquías. Dicha fórmula implica que también un sistema de competencias que permita asignar valor a unas instituciones y graduarlas en el sistema jurídico para lograr de ellas su mejor expresión. Incluso puede suceder que las fuentes puedan asociarse a la creación emitida por un órgano, lo que nos revela en toda su amplitud la capacidad y la importancia de las fuentes en la creación, modificación y consolidación de las normas jurídicas.

2. CLASIFICACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES

2.1. Fuentes en sentido propio

Están constituidas por dos formas en la creación de normas. De un lado, las que provienen de las estructuras formales; mientras que de otro lado, las que proceden de la costumbre. En el Derecho Laboral hay una fuente adicional, que es la proveniente de las organizaciones de los trabajadores en sus negociaciones con los empresarios.

2.2. Fuentes traslativas

Se trata de las expresiones concretas de las fuentes en sentido propio. Ya no son las potencialidades sino las normas precisas emanadas por los órganos legislativos y por los convenios colectivos.

2.3. Fuentes constitucionales

Se ha expresado en varias ocasiones que la norma fundacional del sistema jurídico es la Constitución, lo que determina el contenido básico de la estructura del Derecho Laboral porque consagra principios y sobre todo derechos que deben ser protegidos y auspiciados por las normas que desarrollan la Constitución y por toda la normativa en general que le debe respeto jerárquico.

2.4. Tratados internacionales

Tanta importancia tiene el Derecho Laboral que existe un conjunto de normas a nivel de derechos fundamentales, de derechos humanos que reconocen la relevancia suprema de la realización del hombre a través del trabajo. Se han celebrado una serie de instrumentos internacionales que compromete a los Estados a la preservación de las condiciones mínimas en las cuales el trabajo debe prestarse.



3. NIVELES DEL SISTEMA DE NORMAS DEL DERECHO LABORAL

3.1. Nivel primario

Constituido por una variedad de normas que se dan a partir del concepto de ley, que es la fuente básica de creación normativa, pero tiene una serie de variantes:

- La ley orgánica.
- La ley ordinaria.
- El decreto legislativo.
- El decreto ley.
- El decreto de urgencia.
- El convenio colectivo.

3.2. Nivel secundario

Conformada por las normas que dan soporte y coherencia a las normas fundamentales por sus características de desarrollo.

- El reglamento administrativo.

3.3. Nivel terciario

Conformada por la normativa aplicable a un centro laboral en la medida que se reconoce la especialidad de cada trabajo o rama laboral en particular.

- El reglamento interno de trabajo.

4. OTRAS FUENTES DEL DERECHO LABORAL

- El contrato.
- La costumbre.
- La jurisprudencia.

5. FUNCIONES DE LAS FUENTES DEL DERECHO LABORAL

El conjunto de fuentes, independientemente de la forma en que los clasifiquemos así como las condiciones en que se plantean, tiene una serie de funciones que podemos expresar de la siguiente manera:



- a) **Informadora.** Porque sirven de fuente creativa para el legislador, lo que permite que sirvan de fundamento del ordenamiento laboral.
- b) **Normativa.** Debido a la actuación supletoria en el caso de la inexistencia de norma expresa ya que, de alguna manera, actúa como capacidad integradora.
- c) **Interpretadora.** Porque se trata de un criterio orientador para el juez o para el intérprete de la norma laboral.

6. FUENTES DEL DERECHO LABORAL EN EL PERÚ

6.1. La Constitución Política del Perú

En plena vigencia desde 1993, nuestra actual constitución consagra al trabajo bajo una dualidad. De un lado es un derecho y de otro lado es un deber. Se trata de un medio de realización personal que constituye la base del bienestar social⁴. La Constitución señala, además, la libertad de trabajo⁵ entendida como la capacidad de toda persona para elegir su actividad ocupacional o profesional⁶, ya sea física o intelectual teniendo como límite a la ley⁷. Y es que se trata de establecer el contenido esencial de la institución jurídica por medio de la Constitución o, de lo contrario, hacer el seguimiento de su tratamiento por parte del Tribunal Constitucional para entender la manera en que se desarrolla y consagra a partir de casos concretos sometidos a su jurisdicción. Si bien el derecho al trabajo pertenece a los derechos económicos y sociales, sigue en el rango de constitucionalidad que le corresponde. La Constitución se ocupa de tres temas conformantes del núcleo del Derecho Individual del Trabajo: la cuantía de la remuneración, la duración de la jornada laboral y de los descansos y la duración de la relación laboral⁸.

6.2. Los tratados internacionales

La Constitución Política no tiene, a diferencia de la Carta Magna de 1979, una referencia a la jerarquía normativa de los tratados. Los tratados referidos a la materia laboral se encuentran bajo el ámbito de la aprobación del Poder Legislativo porque se trata de derechos humanos o desarrollan derechos reconocidos en la Constitución que necesitan de regulación por medio de ley.

4 Constitución Política del Perú. Artículo 22.

5 Constitución Política del Perú. Artículo 2 inciso 15.

6 Sentencia del Tribunal Constitucional al Expediente 0661 _ 2004 _ AA _ TC.

7 Rubio Correa, Marcial, Eguiguren Praeli, Francisco y Bernales Ballesteros, Enrique. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2010. Páginas 501 y 502.

8 Neves Mujica, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, 2003. Página 53.



6.3. La ley

El Congreso de la República tiene la potestad de crear las leyes mientras que el Poder Ejecutivo tiene el poder de reglamentar dichas leyes, salvo en los casos de delegación legislativa expresa y aun con cargo de dar cuenta al Congreso.

Los decretos de urgencia que contempla la Constitución no constituyen mecanismos para crear normas laborales pues están circunscritos a materia económica y financiera. Los únicos que podrían ser objeto de estas normas especiales podrían ser los trabajadores del Servicio Civil, puesto que ellos dependen de la regulación del Presupuesto General de la República.

6.4. El Convenio Colectivo

La Constitución reconoce el derecho a la negociación colectiva de trabajo con la consiguiente fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado⁹. En la medida que las partes involucradas (empleador y sindicato) han llegado a una serie de acuerdos que no van contra la ley, estos deberán no solamente aplicarse sino también ser considerados válidos y por ello, fuente de análisis para las posteriores demandas que los trabajadores presentan por medio de los pliegos de reclamos.

⁹ Constitución Política del Perú. Artículo 28 inciso 2.

Capítulo

3

PRINCIPIOS DEL
DERECHO LABORAL

LECTURA MOTIVADORA

“Transpolando la noción de principios generales del derecho, válidos en todo el derecho, a los principios del derecho del trabajo aplicables solo en el área del derecho laboral, podemos decir con De Castro que son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídico – laboral.

Otras definiciones, aunque propuestas para los principios de otras disciplinas, son fácilmente adaptables a la nuestra.

Realizando ese proceso de adaptación, puede aportarse la definición extraída por Couture en su Vocabulario Jurídico en la siguiente forma: “Enunciado lógico extraído de la ordenación sistemática y coherente de diversas normas de procedimiento, en forma de dar a la solución constante de estas el carácter de una regla de validez general”.

De igual manera resulta de interés recordar la noción expuesta por Real: “En todo sistema jurídico hay cantidad de reglas de gran generalidad, verdaderamente fundamentales en el sentido de que a ellas pueden vincularse, de un modo directo o indirecto, una serie de soluciones expresas del derecho positivo, a la vez que pueden resolverse, mediante su aplicación, casos no previstos, que dichas normas regulan implícitamente”.

Conjugando y armonizando ese conjunto de definiciones, podemos proponer la siguiente, que recoge, a nuestro juicio, la parte más acertada de cada una de las definiciones propuestas: “Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”.

**Los principios del derecho del trabajo. Américo Plá Rodríguez.
Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1978. Página 9.**

1. LAS FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS LABORALES

Se ha reconocido de manera muy amplia que los principios jurídicos son unos sistemas axiológicos de aplicación práctica que cumplen funciones bastante específicas como las que detallamos a continuación:

1. *Informativa*, porque sirven de parámetro para la creación de nuevas normas así como para evitar que las futuras normas resulten incoherentes con el sistema al cual se aplican.
2. *Interpretativa*, ya que se trata de normas que orientan el pensamiento jurídico en el ámbito laboral y permiten aplicar los criterios y métodos de interpretación en atención al aseguramiento de los derechos del trabajador y de la eficiencia del sistema.
3. *Normativa*, debido a que desempeñan labores de fuentes supletorias ante las deficiencias de la legislación y los vacíos que se presentan ante casos concretos por resolver.

2. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL

2.1. El Principio Protector

En términos generales y como una aspiración de la vida del Hombre en la sociedad, todas las personas somos iguales, pero la realidad ha demostrado que las desigualdades económicas pueden atentar contra esa consideración, por lo cual dentro del ámbito laboral, el Estado está facultado para la dación de normas que puedan compensar, morigerar o eliminar esas condiciones de desigualdad que lesionan los derechos del trabajador. García (2010)¹⁰ explica que esto se produce en tres momentos distintos, es decir: “ (i) Antes de iniciada la relación laboral. La mayor parte de personas que van a vincularse contractualmente en el trabajo carece de capacidad negociadora y debe aceptar las condiciones planteadas por el empleador. Así, el contrato de trabajo asume la forma de uno de adhesión. (ii) Durante la relación laboral. El empleador es el encargado de señalar las condiciones en las cuales se va a efectuar el trabajo. Es más, está planteado legalmente a través de la capacidad de dirección. (iii) Después de extinguida la relación laboral. Una vez que el trabajador empieza un proceso laboral le será más complejo la obtención de las pruebas que conformen su derecho y por tal motivo, la ley determina que existan condiciones especiales de probanza para que lo beneficien”.

¹⁰ García Manrique, Álvaro. *¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú?* En Soluciones Laborales. Manual Operativo 3. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2010. Página 9.



Este principio contiene, a su vez, tres modalidades:

2.1.1 La regla in dubio pro operario

En las relaciones laborales debe predominar la interpretación que favorezca al trabajador cuando la duda sea insalvable en el sentido de una norma. Empero, también es pertinente señalar que tal aplicación no puede producirse para la corrección de los alcances de una norma como tampoco para proceder a su integración ni para suplir la ausencia de una norma. Además, han de darse dos condiciones de operatividad: primero, que exista realmente una duda sobre los alcances legales de una norma y, segundo, que no se encuentre en contradicción con la voluntad plasmada en la ley pues siempre predomina la interpretación de la *ratio legis* que inspira una ley. Respecto de la duda insalvable García (2010)¹¹ explica que: *“A nuestro criterio, será duda insalvable aquella que persista de manera obstinada a pesar de haberse agotado previamente todos los mecanismos de interpretación normativa admitidos por el Derecho o la hermenéutica. Es decir, cuando el operador jurídico ha echado mano de todos los mecanismos interpretativos y todavía existe alguna duda sobre el sentido de la norma que impide emitir o arribar a una conclusión tajante o categórica, recién será de aplicación el principio in dubio pro operario.”*

2.1.2 La regla de la norma más favorable

Cuando se produce la existencia de distintas normas que son aplicables a una misma situación laboral, se deberá poner en uso la que conceda mayores beneficios o derechos al trabajador. Sin embargo, hay que dejar en claro que puede tratarse de normas del mismo rango y ámbito; normas de rango semejante, pero de ámbitos distintos; y normas de distinto rango tanto como de distinto ámbito. En cualquiera de los casos planteados, lo que deberá hacerse es aplicar la norma que más beneficios represente para el trabajador.

2.1.3. La regla de la condición más beneficiosa

En el decir de Plá (1998)¹² *“La regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser interpretada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se ha de aplicar”*. Se produce cuando surgen nuevas normas que alteran condiciones laborales, de tal forma que, al momento de aplicarse se hará sin causar menoscabo de los derechos del trabajador que existían anteriormente pues las normas no se piensan con la finalidad de recortar derechos de los trabajadores. No basta con citar el supuesto sino que además hay que constatar una serie de requisitos como: que se trate de condiciones laborales completamente; que al compararlas, se trate efectivamente de una condición más beneficiosa para el trabajador; y,

11 García Manrique, Álvaro. Op. cit. Página 64.

12 Plá Rodríguez, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1998. Página 61.

que le sean reconocidas al trabajador, lo que implica que el trabajador debe haber logrado los requisitos planteados para ser beneficiario del derecho. Cabe señalar que el trabajador puede acordar con su empleador la eliminación de tal derecho. Igualmente, se puede invocar la condición más beneficiosa si el convenio colectivo otorga más derechos de los estipulados en el contrato de trabajo. Finalmente, no existe una posición unánime en la doctrina en el caso que este supuesto se dé entre normas del mismo rango.

2.2. El principio de irrenunciabilidad de derechos

Consiste en tutelar al trabajador para que no se haga disposición de sus derechos laborales básicos y fundamentales por la circunstancia de ser la parte más débil dentro de una relación laboral, de allí que manda sancionar con la máxima pena: la nulidad, a todos los actos del trabajador que signifiquen renuncia de sus derechos laborales. Además, la propia Constitución Política del Perú consagra esta disposición en el inciso 2 del artículo 26. Ciertamente que llegar a la determinación de lo que puede ser materia de renuncia es un problema que requiere de análisis en cada caso concreto, pero la premisa fundamental es la incapacidad para poder hacer disposiciones acerca de derechos que la normativa constitucional y legal estima como básicos para el trabajador, ya sea en forma directa o indirecta, en forma expresa o tácita. Paralelamente, existe la posibilidad de disponer de ciertos derechos a lo que la normativa sí accede. Es el caso de la masa que comprende la remuneración, la cual puede ser entregada en parte en especie, algo que es disposición del trabajador; o la disposición que puede hacer la mujer trabajadora del periodo prenatal de 45 días a fecha posterior para acumularlo al periodo post natal.

2.3. El principio de continuidad de la relación laboral

No se puede usar la nomenclatura civilista en la cual se protegen los intereses de las partes, sino más bien un esquema distinto en el cual el empleador y el trabajador ponen fin a la relación laboral solamente cuando se produzcan circunstancias que hagan imposibles o incompatibles las relaciones entre las partes. Desde esta perspectiva, la relación laboral continúa en tanto el trabajador no manifieste en la forma prevista por la ley su voluntad de extinguir el contrato de trabajo; así como el empleador no podrá dar por terminada la relación laboral a no ser por una causal establecida también por la ley.

2.4. El principio de primacía de la realidad

Este principio opera cuando se produce una discrepancia entre los hechos y aquello que ha sido declarado en los documentos, en todo tipo de formalidades. En tal caso, se ha de preferir lo que sucedió en la realidad siempre. Así, existen diversas formas en las que puede presentarse, a saber:

- Para determinar la existencia de un contrato de trabajo. Se deberá analizar si existen los tres elementos del mismo en los hechos, es decir, si aparecen la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración.



- Para determinar si se ha desnaturalizado un contrato de locación de servicios pues con ellos se trata de evitar los costos laborales de contribuciones a la seguridad social o los pagos de beneficios sociales. En tales casos no debe existir forma alguna de subordinación, pues de sí aparecer se estaría frente a una relación laboral por primacía de la realidad. El Tribunal Constitucional¹³ ha señalado que deben darse las siguientes consideraciones:
 - a) Control sobre la prestación desarrollada o la forma en que esta se ejecuta.
 - b) Integración de la demandante en la estructura organizacional de la sociedad.
 - c) La prestación fue ejecutada dentro de un horario determinado.
 - d) La prestación fue de cierta duración y continuidad.
 - e) Suministro de herramientas y materiales a la demandante para la prestación del servicio.
 - f) Pago de remuneración a la demandante.
 - g) Reconocimiento de derechos laborales tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud.
- Para el caso del trabajo de sobretiempo, también llamado de horas extras. De existir una prestación de servicios fuera del horario determinado de trabajo sin que se deje constancia de ello, se entenderá que se ha otorgado en forma tácita, salvo que se demuestre lo contrario de manera objetiva y razonable¹⁴.
- Para el caso de los trabajadores de confianza y de dirección es menester que el empleador comunique efectivamente a los trabajadores que desempeñan cargos de la naturaleza y alcance de los mismos pues de lo contrario predomina el concepto de primacía de la realidad ante la ausencia de comunicación efectiva, aunque hay que dejar en claro que las nociones de confianza y de dirección se formulan en función del cargo y dirigidos a él y no a la persona del trabajador como explica García (2010)¹⁵.
- Para la determinación de los ingresos de los trabajadores. Es práctica común que se pague dinero fuera de planillas porque se pretende evitar el cálculo de beneficios con una cifra mayor que generará mayores costos laborales para el empleador. Por primacía de la realidad, las planillas deberán revisarse para que el monto total sea el que sea sujeto de cálculo, lo que suele suceder en el contexto de un proceso laboral.
- En el caso de las modalidades formativas laborales, se sabe que no hay relación laboral, pero puede suceder que se emplee esta figura precisamente para evitar la existencia de la relación laboral. Empero, si se produce falta de capacitación para el trabajo o si se produce exceso en el tiempo de la modalidad resulta

13 Sentencia al Expediente N° 02069- 2009 – PA/TC del 25 de marzo de 2010.

14 Decreto Supremo N° 004 – 2006 – TR, modificado por el Decreto Supremo 011 – 2006 – TR. Artículo 7.

15 García Manrique, Álvaro. Op. cit. Página 38.

evidente que al aplicar el concepto de primacía de la realidad, es evidente que sí se trata de una relación laboral.

- En el caso de las inspecciones laborales, la visita en sí misma plantea la aplicación dinámica del principio de primacía de la realidad porque determinará las reales condiciones en las que se prestan los servicios así como la congruencia con los tipos de contrato laboral que se estipularon y se dan en verdad.

2.5. El principio de razonabilidad

En la medida que las relaciones de trabajo son de por sí conflictivas, debe buscarse la razonabilidad tanto en las exigencias de una parte como en las de la otra. Si bien es cierto de trata de un freno, es además un límite elástico porque deberá ser apreciado en cada oportunidad ya que la ley no está en condiciones de poner parámetros rígidos pues no ayudaría precisamente a la razonabilidad que se pretende. De alguna forma este principio, busca el acercamiento de la partes para no caer en arbitrariedades abusivas.

2.6. El principio de la buena fe

Como la relación laboral es en el fondo una confluencia de intereses en la búsqueda de elementos concretos, la conducta de ambas partes debe generar las condiciones apropiadas para que los fines del contrato de trabajo se cumplan a cabalidad. La honradez, la confianza y el trato respetuoso permiten que las labores se puedan brindar dentro de un clima de asertividad. En la actualidad, las diversas doctrinas organizacionales se orientan hacia la permanencia y perfeccionamiento de los elementos de la buena fe laboral porque a través de ellos se consigue mayores productividad y competitividad.

2.7. El principio de no discriminación

Ninguna persona debe ser limitada en razón de sus creencias, costumbres, procedencia étnica, preferencias sexuales o cualquier otro atisbo de diferenciación para con los demás dentro de su centro de labores. Lo que se pretende en el ámbito laboral es que cada trabajador ofrezca lo mejor de sí, que es la razón del compromiso laboral, y pueda, al mismo tiempo, obtener la remuneración a la que es acreedor en las condiciones propias y ordinarias de cualquier otro trabajador de su categoría, lo que es amparado en todo nivel.



Capítulo

4

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

LECTURA MOTIVADORA

“En rigor, tratando de satisfacer el requisito de brevedad que debe observar, en lo posible, en toda definición, nos parece que sería aceptable definirlo como el conjunto de normas jurídicas relativas a la prestación del trabajo personal subordinado y remunerado. También sería aceptable a pesar de ser en cierto modo sofisticada la siguiente definición: El derecho de las relaciones individuales de trabajo.”

Derecho del Trabajo Néstor de Buen Lozano Editorial Porrúa.
Méjico D.F., 1994. Página 21.

1. CONCEPTO

Escribire De la Cueva:” *El derecho individual del trabajo es el conjunto de normas jurídicas que fijan las bases generales que deben regular las prestaciones individuales de servicios, a efecto de asegurar a los trabajadores la vida, la salud y un nivel decoroso de vida*”¹⁶

Sucede que el desempeño de las labores rentadas de una persona tiene un cúmulo de circunstancias que no deben escapar a una regulación uniforme que permita la aplicación de derechos y la demanda específica de los incumplimientos a los que

¹⁶ De la Cueva, Mario. Derecho mexicano del Trabajo. Editorial Porrúa S.A. Tomo I. 16° edición. México, 2000. Página 438.

tanto el trabajador como el empleador puedan haber incurrido en el transcurso de la relación laboral. Se trata de evitar la arbitrariedad que podría suscitarse en esos términos, asegurar las condiciones en que se realiza la prestación de servicios y dejar en claro las obligaciones y deberes de ambas partes.

Un elemento distintivo de esta situación es la pretensión de generalidad. Si bien es cierto que no todas las actividades laborales son o pueden ser iguales, sí se puede alcanzar cierto nivel de uniformidad en la manera de planear las obligaciones y deberes de las partes, lo que acarrea condiciones de simplicidad que permiten una mejor y mayor difusión de los derechos laborales de los trabajadores y de la tratativa de las soluciones por parte de quienes deben decidir al respecto.

Fue por eso que el Derecho Laboral se independizó del Derecho Privado, para crear otras condiciones donde las partes no se encuentran en una auténtica relación de igualdad y debe existir, normativamente, posibilidades de tutelar los derechos de los trabajadores.

2. EL CONTRATO DE TRABAJO

Citamos a Ferrari, quien escribe: “*Se define corrientemente al contrato de trabajo como aquel por el cual una persona se obliga a trabajar por cuenta y bajo la dependencia de otra o a estar simplemente a sus órdenes, recibiendo como compensación una retribución en dinero*”¹⁷.

En nuestro caso, la normativa¹⁸ define al contrato de trabajo a partir de la presunción de laboralidad, que es un mecanismo destinado a asegurar la aplicación efectiva de las normas laborales que evita los intentos de evadirlos que se puedan dar en la vida laboral cotidiana como en los casos de fraude y para evitar que se sostenga que una relación no es de carácter laboral y que predomine la subsistencia del vínculo¹⁹.

2.1. Elementos conformantes del contrato de trabajo

Es importante que se determinen los elementos conformantes del contrato laboral pues ello permite diferenciarlos de otros tipos de contrato como los civiles y los mercantiles, circunstancia que es importante para evitar confusiones que pueden perjudicar no solamente la aplicación de las normas sino, sobre todo, los derechos de los trabajadores.

Los elementos son los siguientes:

1. **Prestación personal.** El desempeño del trabajo es realizado por una persona natural ya que pone a disposición del empleador su propia fuerza de trabajo, que

17 De Ferrari, Francisco. Derecho del Trabajo. Volumen II. Ediciones Depalma. 6ª edición. Buenos Aires, 1992. Página 76.

18 Decreto Supremo N° 003 – 97 – TR. Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículo 4.

19 Sanguinetti, Raymond, Wilfredo. La presunción de laboralidad: pieza clave para la recuperación de la eficacia del Derecho del Trabajo en el Perú. En Manual de Actualización laboral Número 6. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2010. Páginas 69 y 70.



le es indesligable. En otros términos, se trata de una obligación personalísima. En principio, es él quien debe realizar la labor sin el concurso de otros, sin dependientes, lo que solamente es posible por medio de una situación de excepción. El hecho de poder contratar a otro u otros para el desempeño de la función constituye una desnaturalización de la institución y entraría en el terreno de un contrato de locación de conducción como está planteado en la legislación civil²⁰. De producirse la desaparición física (muerte) o una incapacidad del trabajador, la relación laboral puede extinguirse o suspenderse.

Anota Neves²¹ que en los contratos mercantiles existe la excepción pues en ellos la prestación personal de servicios no es esencial ya que el agente, el comisionista o el corredor podrían ser personas naturales o personas jurídicas pues pueden contar con auxiliares o sustitutos a su cargo.

En el caso del empleador, si se trataba de una persona natural, la relación laboral se extingue con la muerte de este; mientras que si se trata de una empresa, la relación persiste hasta que se produzca la disolución y liquidación. En caso haya traspase del negocio o sea asumido el negocio de una persona natural por su sucesión, la relación laboral persiste en virtud del principio de continuidad.

2. **La subordinación.** El acreedor del trabajo, que es el empleador, recibe la actividad del deudor de la relación laboral, que es el trabajador y por tal motivo se encuentra en la capacidad de conducir esa capacidad de trabajo. El empleador puede dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador²². El poder de dirección se limita a la capacidad laboral del trabajador y no se refiere a su persona que es el límite más claro. De invadir esa esfera, caería en el ejercicio irregular del derecho. Los elementos de tiempo y lugar cumplen al respecto un papel muy importante así como la determinación del contenido o la categoría de la función que se va a desempeñar, ya que mientras más precisa sea la definición, menores posibilidades de conflicto de interpretación se podrán suscitar. Una dificultad importante que se debe señalar corresponde con la actitud que puede asumir un trabajador con el incumplimiento de esta capacidad de dirección. Por un lado puede cumplir para reclamar luego de lo sucedido o, de otro lado, puede negarse al cumplimiento; lo que normalmente lleva a litigios debido a la inexistencia de normas precisas para estas ocurrencias. No se puede dejar de lado que esta capacidad en manos del empleador es un poder, y no implica que sea una obligación del empleador legislar al respecto por medio de directivas o protocolos de trabajo.
3. **La remuneración.** Como se produce la ajenidad, es decir, la prestación de un trabajo por cuenta ajena; el trabajador debe recibir un pago por la labor efectuada, lo que se entrega en dinero o en especie y es de libre disposición, lo que puede permitir suponer que, aunque pueda darse en los dos medios enunciados, debe predominar la forma dineraria. Existe la capacidad del trabajador de disponer de

20 Código Civil. Artículo 1766.

21 Neves Mujica, Javier. Op. cit. Página 30.

22 Decreto Supremo N° 003 - 97 - TR. Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículo 9.

los medios entregados en especie para su empleo personal o para su venta por lo que representan en dinero²³. No cabe la afectación injustificada de este derecho del trabajador por parte del empleador o de terceros. Empero, existen una serie de supuestos específicos que sí toleran ya sea el descuento o la retención de la remuneración. Primero, se pueden realizar los descuentos y retenciones por mandato de la ley; en segundo lugar, las que provienen de orden judicial y; en tercer lugar, las que tienen origen en la voluntad del trabajador. En caso quedara un monto restante se aplica la compensación del crédito bancario pues los depósitos se realizan en cuentas bancarias²⁴

Todos estos elementos deben reflejarse en la realidad, pues de no ser así, no estaríamos ante un contrato de trabajo, como ya hace mucho ha determinado con claridad nuestra jurisprudencia²⁵.

2.2. Figuras afines al contrato de trabajo

En la vida cotidiana, aparecen una serie de contratos que pueden parecerse al contrato de trabajo. Algunos de ellos, por su naturaleza específica, deben ser diferenciados.

Así, tenemos, por ejemplo:

1. **El contrato de locación de servicios.** Se trata de un contrato civil por medio del cual la prestación de servicios se realiza en forma independiente, pues no se produce el elemento subordinación, característico de los contratos laborales. Por ello, no existe un régimen horario para la prestación de servicios y no hay forma alguna de fiscalización²⁶.
2. **El contrato de “cuarta – quinta”²⁷.** Se trata del trabajo realizado en forma independiente por medio de contratos de prestación de servicios pactados bajo la legislación civil, pero cuando son prestados en el lugar y horario designados por quien lo requiere, quien además, proporciona los elementos de trabajo y asume los gastos que eroga la prestación de servicios. En general, Toyama las menciona como “zona gris”²⁸ porque no es fácil determinar la existencia de una relación laboral.
3. **Contratación Administrativa de Servicios.** Anteriormente, se legislaba la prestación de Servicios No Personales, pero su normativa fue derogada por la puesta en vigencia del Decreto Legislativo 1057, que creó una figura jurídica que explícitamente fue catalogada como una relación no laboral y que fue

23 Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo.

24 Toyama Miyagusuku, Jorge y Feliciano Nishikawa, Magaly. *La ¿intangibilidad? de las remuneraciones y beneficios sociales*. En Revista Iuris Omnes de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Número 2. Arequipa, 2009. Página 46.

25 Sentencia del Expediente N° 1581 – 97 de la Sala de derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República.

26 Toyama Miyagusuku, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica S.A. 1° edición. Lima, 2004. Páginas 93 y 94.

27 Ley del Impuesto a la Renta. Artículo 34 inciso e).

28 Toyama Miyagusuku, Jorge. Op. cit. Página 95.



interpretada de la misma manera por el Tribunal Constitucional. Se trata de servicios personales brindados con ciertos derechos laborales en función de una necesidad objetiva de la Administración Pública y por un tiempo determinado que no debe exceder de un año fiscal con opción de renovación.

2.3. Estipulaciones del contrato de trabajo²⁹

1. **El consentimiento.** Implica el concurso de la oferta y la demanda a resultas de la cual, el trabajador acepta voluntariamente las condiciones de trabajo que le presenta el empleador y firma conscientemente su adhesión. El consentimiento fue ser verbal o escrito, lo que no libra de las eventualidades de los vicios de la voluntad que pueden ser invocados y probados ante la instancia correspondiente.
2. **El objeto.** Se trata de un interés práctico, preciso y determinado que se especifica a través del negocio jurídico que encierra el contrato. Normalmente, comprende consideración de la prestación de servicios. Además, debe cumplir los requisitos básicos de ser posible, lícito y determinado o determinable.
3. **La causa de la obligación.** Conceptuada como la función económico – social que cumple el contrato y estipula la equivalencia entre la prestación de la capacidad laboral y la retribución económica que se dará por ella así como la forma de la misma.

2.4. Características del contrato de trabajo

1. **Consensual.** Significa que se perfecciona por el consentimiento de las partes, lo que los obliga en adelante al cumplimiento de lo que se ha estipulado en su contenido. Ciertamente es que la determinación del contenido de las cláusulas de estos contratos corre normalmente a cuenta del empleador o se trata de contratos de modelo que se siguen a pie juntillas cada vez que se formula un contrato, sin embargo, ello ni implica la inexistencia de íter contractual que puede darse en muchos casos, sin que represente la generalidad de los mismos.
2. **Sinalagmático.** Consiste en determinar las condiciones de reciprocidad de las prestaciones de las partes, las que también se convierten en interdependientes para su vigencia efectiva. Pese a tratarse de condiciones normalmente estipuladas por el empleador, las obligaciones son recíprocas pues la entrega de la fuerza de trabajo supone la contraprestación de una remuneración y de una serie de beneficios sociales que debe sufragar el empleador para no desnaturalizar la relación laboral y hacerla efectiva.
3. **Bilateralidad.** Por la procedencia de una relación entre dos partes. La consideración de la ventaja económica de una sobre la otra en razón de la desproporción evidente le más, más bien, consistencia a esta característica pues

²⁹ Alonso García. Manual. Curso de Derecho del Trabajo. 9ª edición. Madrid, 1998. Páginas 395 – 430.

enfatisa que las partes son dependientes entre sí en la existencia de la relación laboral.

4. **Oneroso.** Cada parte debe cumplir una prestación y obtiene de ella una ventaja, lo que debe traducirse en un equilibrio entre las prestaciones. La cuantificación se produce por medio del establecimiento de un monto en dinero que se entregará al trabajador. Pese a que existe la posibilidad de entregar una parte de la remuneración en especie, la misma también corresponde a una valuación de índole monetaria.
5. **Conmutativo.** Las prestaciones que se deben las partes son ciertas y cada parte está en condiciones de apreciar el beneficio o la pérdida que puede resultar de la aplicación de las condiciones laborales. El trabajador debe hallarse en capacidad de contar con la información suficiente para saber los parámetros del vínculo laboral al que se encuentra sometido con la finalidad de establecer correctamente su decisión y mantenerla durante la vigencia del contrato de trabajo.
6. **Ejecución continuada.** Se forma la relación laboral con la vocación de continuar en ella, de permanecer los vínculos estipulados; algo que también puede denominarse de tracto sucesivo. En tanto que se trate de un contrato a plazo determinado o indeterminado, durante la vigencia del mismo es menester que las prestaciones de una y otra parte sean periódicas y representen la realización de las condiciones estipuladas libremente entre ambos.
7. **Principal.** Su existencia no depende de ningún otro parámetro o contrato, vale por sí mismo. Representaría un contrasentido suponer que una relación laboral forma parte de algún otro tipo de acuerdo contractual en el que signifique que tiene un valor relativo, subordinado o complementario. La relación laboral vale por sí misma y no se halla en condiciones de formar parte de cualquier otro acuerdo entre partes.
8. **Personal.** Por parte del trabajador que presta su capacidad laboral a cambio de una contraprestación que es una suma de dinero que representa su esfuerzo. Es una característica propia de la condición del trabajador pues la prestación de su fuerza de trabajo, de su capacidad laboral es - en principio y salvo contadas excepciones - de naturaleza personalísima.

2.5. Clases de contratos laborales

Un primer grupo de contratos laborales forman parte de la contratación directa, la cual agrupa dos modalidades:

- I. **Relación directa entre el trabajador y el empleador.** En este grupo existen relaciones jurídicas con efectos laborales, que son los contratos laborales; y, relaciones jurídicas con efectos no laborales como son los convenios de formación y capacitación laboral.



I.1. Contratos laborales

- a) **Contrato de trabajo a plazo indeterminado.** Si bien es cierto existe una relación de desigualdad económica entre el trabajador y el empleador, ello también sucede con la relación jurídica. El trabajador decide aceptar la capacidad de dirección del empleador. El tiempo indefinido proporciona al trabajador la estabilidad en el empleo, lo que genera para el empleador un mayor costo y le impide acabar con la relación laboral con facilidad. Existe, por ello, la presunción legal, de que ante el silencio acerca de la duración del contrato de trabajo, se supondrá que es a tiempo indeterminado. Para que se trate de un contrato a tiempo determinado será necesario que se acuda a alguna de las modalidades específicas establecidas para tal supuesto. En caso se produzcan supuestos de desnaturalización, se tendrá en cuenta que se trata de un contrato a tiempo indeterminado. El tema de los costos laborales que esto puede representar desde una perspectiva empresarial ha motivado el surgimiento de la intermediación y la tercerización como soluciones a los problemas concretos de la sociedad globalizada ante los retos de la eficiencia y la competitividad, sin embargo, desde la perspectiva laboral otra es la realidad pues lo que se busca es la duración en el empleo.
- b) **Contrato a tiempo parcial.** Se trata de una prestación regular o permanente de servicios pero con un empleo de tiempo menor a la jornada ordinaria de trabajo, estipulado en cuatro horas o menos de trabajo. Quien está sujeto a este régimen no tiene acceso a la Compensación por Tiempo de Servicios ni a la estabilidad laboral. Si hubiera utilidades laborales o la remuneración mínima vital los recibirán, pero en cuantías menores. Es necesario que este tipo de contrato se realice por escrito, lo que se estipula como una obligación formal. Tampoco es indispensable que se dé una explicación sobre las razones para contratar de esta manera.
- c) **Contratos a plazo fijo o sujetos a modalidad.** Se trata de contratar en función a la necesidad concreta que expresa el empleador. En ellos se aplica el criterio de temporalidad por lo cuales se fijan fechas para la extinción del contrato; sujetarlo a un acontecimiento determinado; insertar una condición resolutoria. Por otro lado, los trabajadores acceden a todos los beneficios existentes durante la vigencia de su relación. Además, es un contrato donde se está obligado a expresar una causa de contratación y debe configurarse efectivamente para que este contrato pueda ser considerado válido. Por último, es indispensable que no supere los cinco años y puede desagregarse de la siguiente forma:
- **Contratos de inicio de actividad: tres años.** Se trata de los contratos celebrados con ocasión de la apertura de un área nueva para el empleador, donde, pese a los estudios previos realizados, no se sabe si se continuará y por ello los contratos de trabajo cubren una etapa de búsqueda de sitio en el mercado con la opción de continuación bajo otras condiciones en caso de lograr afianzarse en el nuevo rubro.

- **Contratos por necesidades de mercado: cinco años.** Se pacta con la finalidad de atender incrementos ocasionales de la producción que tienen su causa en las oscilaciones de la demanda en el mercado y en la medida que se trate de las actividades ordinarias de la empresa, para lo cual el personal existente resulta insuficiente. No puede confundirse con el contrato de temporada porque se trata de una causa objetiva distinta ya que el incremento es temporal y fue imprevisible respecto del ritmo normal de la empresa, dejando de lado la posibilidad de algún carácter cíclico en los casos de actividades productivas que son estacionales. El elemento más importante para una determinación adecuada es la transitoriedad. Precisamente por esta característica diferenciadora no es posible que pueda formularse una teoría muy amplia referente a su ocurrencia ya que esto es susceptible de llevarnos a entrar en supuestos de actividades ordinarias. Hay que tomar en consideración a los incrementos en la actividad empresarial. Debe tenerse en cuenta que puede tratarse de labores que en el fondo sean fijas, pero que son discontinuas en el tiempo. El concepto formulado como “lo imprevisible”³⁰ es el instrumento para efectuar una delimitación esencial con, por ejemplo, el contrato de temporada, el cual si resulta previsible. Además, la variación que se produce en la descripción de la norma debe ser no solo sustancial sino particularmente grande y para ello hay que agregar las dimensiones que tiene la empresa donde sucede la contratación. Por último, no debe tratarse de incrementos en la producción por decisión de la empresa como parte de sus actividades de expansión sino precisamente en situaciones de mercado.
- **Contratos de reconversión empresarial: dos años.** Se producen cuando el empleador ha decidido cambiar la modalidad de permanecer en el mercado. Es una suerte de mutación en la forma de prestar los servicios empresariales, que requiere de un periodo de adaptación.
- **Contratos ocasionales.** Seis meses a un año. El plazo indica que se trata de una condición resolutoria. Se trata de contratos en los cuales un empleador contrata con un trabajador en razón de necesidades transitorias que no son las habituales en el centro laboral. El supuesto esencial de la norma³¹ nos lleva a pensar en un solo trabajador ya que el supuesto es la inexistencia de quien habitualmente pueda realizar esa labor.

I.2. Por la causa de contratación se pueden dar:

- **Contrato de suplencia:** hasta el retorno del trabajador. Así, el empleador contrata a un trabajador con la finalidad de reemplazar en forma temporal a otro trabajador que es estable en tanto que el vínculo se mantiene suspendido fundado en alguna causal legalmente existente. El contrato de suplencia se extingue cuando el trabajador titular se reincorpora al centro de labores, lo que significa que se trata de un contrato a tiempo determinado aunque en

³⁰ Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículo 71.

³¹ Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículo 60.



principio pueda parecer incierto. Ningún empleador deberá recurrir a esta figura para reemplazar a trabajadores sujetos a contratos a modalidad, lo que haría obligatorio que contrate al nuevo trabajador de manera indefinida. Empero, en otra parte de la norma³², se cambia el espectro cuando se habla de la estabilidad del puesto de trabajo y ya no del trabajador, lo que permite que se pueda contratar para suplir tanto a un trabajador estable como a un trabajador sujeto a modalidad en tanto que lo estable sea su puesto de trabajo³³.

- **Contrato de obra o servicio específico:** hasta el fin de la obra o servicio. La duración será la que resulte necesaria, lo que permite que se practiquen las renovaciones a que hubiere lugar para llegar al término de la obra o servicio que es el objeto de la contratación. Por la forma de la descripción que realiza la norma podrían entrar en este supuesto tanto las necesidades transitorias como las actividades permanentes a través de la fragmentación, lo que podría llevar a poner en riesgo a la contratación indefinida. Dejar en libertad al objeto del contrato implica asumir una gama inmensa de posibilidades que no son necesariamente el espíritu de la norma que no se debe usar para atentar contra las actividades permanentes de una empresa que podrían desnaturalizar al servicio o a la obra por la sola voluntad de quienes dirigen empresas.
- **Contrato de emergencia:** hasta el fin de la obra. Con este contrato se tratan de cubrir las necesidades que se han generado en el caso fortuito o la fuerza mayor, por lo cual su duración ha de coincidir con la duración de la emergencia³⁴. La problemática de este tipo de contrato estriba en la amplitud de circunstancias que pueden parecer que están involucradas en él. El otro gran problema que puede aparecer estriba en la finalización de este contrato. La fecha de la emergencia puede ser definida con facilidad, pero la fecha de finalización es en verdad incierta porque se ata al fin de la emergencia.
- **Contrato de causa abierta:** fin de la causa. Estos contratos no tienen plazo máximo.
- **Contratos a plazo determinado:**
 - Contratos intermitentes: no hay plazo.
 - Contratos de temporada: no hay plazo.

II. Relación indirecta entre el empleador y el trabajador a través de otro. Lo que se denomina mecanismo de intermediación laboral, que comúnmente se conoce como “services” y, en segundo lugar, la tercerización también conocida como “outsourcing”.

32 Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículo 61.

33 Arce Ortiz, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú*. Palestra Editores S.A.C. Lima, 2008. Página 182.

34 Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículo 62.

II.1. La subcontratación constituye la forma en la que las empresas ponen en práctica un esquema de descentralización productiva, como señala Puntriano (2010)³⁵. De allí que el mismo autor sostenga que existen dos perspectivas para estudiar este acontecimiento:

- *La subcontratación de bienes o servicios*, conocida también como subcontratación de empresas, consiste en que una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, lo que la empresa encargada realiza por su cuenta y riesgo, por medio de sus propios recursos. Los trabajadores que prestan sus servicios en este caso se encuentran bajo la subordinación de la empresa empleadora y se hace cargo del pago de las remuneraciones, los beneficios sociales y todas las demás obligaciones que le son inherentes a su calidad de empleador. El destinatario de los servicios es el encargado de retribuir los servicios en tanto que se produzca el resultado pactado. Así, el esquema gira en torno a los resultados pues no resulta relevante la cantidad de trabajadores de los que hubo que echar mano para cumplir con lo estipulado originalmente³⁶. Es menester precisar que se pueden dar dos supuestos para esta modalidad. La primera, en la cual el tercero realiza el servicio con el personal que es suyo y bajo subordinación exclusiva para los fines previstos, que forma parte de lo dispuesto exclusivamente por el D.S. 008 - 2008 - TR; mientras que en los casos de la tercerización sin desplazamiento se efectuarán por medio de la normativa prevista en el Código Civil como por normativa específica.
- De otro lado, *la subcontratación de mano de obra* se produce cuando el objeto único de la relación contractual pactada es la intermediación laboral, que consiste en el destaque de personal de una empresa de intermediación o de una cooperativa de trabajadores - autorizada para la prestación de servicios temporales, complementarios o de gran nivel de especialización - para el cumplimiento de los fines acordados³⁷.

¿Por qué existe la subcontratación? Para responder a esta interrogante hay que recurrir al análisis de la situación laboral actual y de esta visión es posible concluir que la especialización del mundo laboral que tiende a encargar las actividades periféricas de la producción así como el costo menor que se genera por hacerlo y las limitaciones legales a los empleadores para que puedan ajustar sus planillas a sus rentabilidades y objetivos son las razones más evidentes para la implantación de sistemas que pretenden la denominada maximización de las jornadas laborales así como de los medios que deben gastarse - o invertirse - en la generación del recurso.

35 Puntriano Rosas, César. *Intermediación laboral y tercerización de servicios*. En Manual de Actualización Laboral N° 6. Gaceta Jurídica S. A. Lima, 2010. Página 156.

36 La base legal de este sistema es la Ley que regula los servicios de tercerización, ley 29245; el Decreto Legislativo 1038 y el Decreto Supremo 006 - 2008 - TR.

37 La base legal se encuentra en la ley 27626 y en el reglamento de la ley, el decreto supremo 003 - 2002 - TR



II.2. El outsourcing o tercerización de servicios es el proceso de desplazamiento o externalización hacia actividades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades de ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa³⁸. Bravo (2003)³⁹ agrega que: “... alude al uso estratégico de los recursos externos, sistemas que se han convertido en una de las herramientas empresariales más utilizadas en los pasados años noventa. El contrato en mención es una manifestación de cambios profundos. Especialización, alianzas e innovación; esas tres palabras enmarcan la esencia de lo que actualmente se precisa para el éxito. Especializarse en corebusiness, el desarrollo del negocio central de la empresa”.

a) Características:

- Prestación de servicios que refleje algo más que el uso de trabajadores externos.
- Prestación de servicios integrales y autónomos.
- Estructura de personal que no labora en la empresa.
- Constitución jurídica y formal del contratista.
- Patrimonio y capital del contratista suficientes con relación al objeto de los servicios prestados.
- Organización administrativa, productiva y de gestión diferenciados del contratista con respecto de las empresas contratantes.

b) Los procesos de externalización por medio del outsourcing pueden realizarse de las siguientes maneras:

- Por medio de transformación societaria como sucede con la escisión, la fusión y la reorganización.
- Venta de activos.
- Concesión de obra y servicio.
- Procesos de privatización del Estado.
- Las formas de colaboración empresarial.

³⁸ Toyama Miyagusuku, Jorge. *Tercerización e intermediación laboral: diferencias y tendencias*. Derecho y Sociedad N° 30. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2008. Página 87.

³⁹ Bravo Melgar, Sidney. *Contratos atípicos e innominados*. Ediciones Legales Iberoamericanas E.I.R.L. Lima, 2003. Páginas 766 y 767.

c) Toyama (2007)⁴⁰ establece un listado de mecanismos de outsourcing:

1. Sub contratación de obras o servicios: construcción o elaboración de una obra (contrata minera) o inmaterial (estudio de mercado).
2. Operación y mantenimiento: administración, operación y ejecución de una parte o toda la actividad productiva.
3. Gerencia y/o administración: gerencia general, management, servicios gerenciales y administrativos estratégicos de soporte.
4. Comercio: ventas, comisión, mediación, agencia, concesión, franquicia (filialización).
5. Informático: contrato de servicios informáticos.
6. Factoring: facturación más gestión de cobros.
7. Promoción: marketing, merchandising y publicidad.
8. Comercialización: distribución, colaboración, comercialización.
9. Transporte: transporte, redes de distribución.
10. Colaboración: asociación en participación, joint venture, consorcio.

d) Los servicios de tercerización presentan una serie de requisitos:

- Servicios bajo cuenta y riesgo del contratista.
- Recursos financieros, técnicos y materiales del contratista que respalden los beneficios laborales del personal.
- Los trabajadores del contratista están bajo su dirección y supervisión.
- Contrato escrito con indicación de objeto y lugar de servicio.

e) Rasgos típicos de la tercerización:

- Pluralidad de clientes de la contratista.
- Equipamiento propio del contratista.
- Forma de la retribución del precio del servicio.

f) Ventajas de la tercerización.

Puntriano (2010)⁴¹ cita a Raso Delgue para explicar las causas que han generado la externalización del trabajo y apunta:

1. La reducción de costos, porque el trabajo externo es menos costoso que el interno, lo que genera saludables condiciones de ahorro porque los beneficios no son asumidos por la empresa sino por quien presta el servicio para él.

40 Toyama Miyagusuku, Jorge. Op. cit. Página 88.

41 Puntriano Rosas, César. *Apuntes sobre la tercerización de servicios*. En Jus. Doctrina & Práctica. Mayo 2008. Páginas 20 y 21.

2. La mayor flexibilidad, pues se rompe el esquema de rigidez de la estructura de la producción, lo que redundaría en un mejor posicionamiento en la competitividad de la empresa, lo que se ha dado en llamar “centrifugismo empresarial”. Todo esto contribuye a elevados niveles de especialización de la empresa lo que le da un posicionamiento expectático en el rubro en el cual se desempeña.
 3. La mayor productividad, porque los trabajadores independientes así como los sub contratistas pugnan por otorgar mejores condiciones en la prestación de los servicios que ofertan. Los proveedores que resultan menos eficientes salen del mercado. Las condiciones de eficiencia que se generan en realidad producen un cambio positivo en el mercado de trabajo tan lleno de retos que se actualizan en forma vertiginosa por los medios cada vez más sofisticados con los cuales se puede llevar adelante el trabajo cotidiano.
- g) Se han determinado varios supuestos para la tercerización, anotados por Espinoza (2008)⁴²:
1. Los contratos de gerencia estipulados en el artículo 193 de la Ley General de Sociedades. Consiste en la designación de un gerente que es una persona jurídica, la cual contrata a una persona natural para que desempeñe la función en condiciones de subordinación.
 2. Los contratos de obra, llamados también contratos de empresa o contrata, en los cuales el contratista – que es una empresa – emplea a trabajadores, quienes realizan el servicio para el empleador original por medio de sus materiales y en asunción de los consiguientes riesgos empresariales.
 3. Los procesos de tercerización externa, es decir, los trabajos realizados fuera de la locación de la empresa así como también fuera de la locación del trabajo del cliente. Las denominadas tercerizaciones interna y externa tienen en nuestra reglamentación el mismo nivel y tratamiento.
 4. Los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa, que es más bien la definición de la tercerización y por tal motivo podría, incluso, agrupar a los casos precedentes.
 5. Los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas que se refiere a los contratos de prestación de servicios distintos de los contratos de obra o de los contratos de gerencia.
- h) Anomalías de la tercerización.
- Toyama (2007)⁴³ consigna las desnaturalizaciones más frecuentes que presenta la tercerización:
- Ocultamiento del destaque de obra.

42 Espinoza Laureano, Frank. *¿El fin de la intermediación laboral?* En Jus. Doctrina & Práctica. Mayo 2008. Páginas 33 – 35.

43 Toyama Miyagusuku, Jorge. Op. cit. Página 90



- Empresas que persisten en el control de la labor productiva pese a realizarse por medio de una tercerización.
- Empresas de tercerización que no poseen patrimonio y ocultan al verdadero empleador bajo esta modalidad.

Por eso mismo, el citado autor⁴⁴ sostiene que: *“En suma, en tanto el outsourcing es una figura contractual que no está sujeta a los límites laborales, puede generarse toda una tendencia hacia su utilización indebida y desmesurada. Los aspectos que se pueden evaluar para determinar la existencia de una relación laboral directa son, entre otros, los siguientes: una mera provisión de personal bajo las órdenes de los jefes y supervisores de la usuaria; una mezcla de actividades del trabajador destacado con los de la usuaria sin diferenciación alguna; ausencia de servicios y bienes que se requieren para la prestación de servicios; no diferenciación entre las actividades desarrolladas por el contratista con las de la usuaria; tratamiento de los trabajadores del contratista como personal propio de la usuaria, etc. En suma, se trata de apreciar si, en la práctica, el outsourcing es una mera formalidad porque los servicios prestados se reducen al envío de trabajadores destacados a la empresa usuaria en la que esta última mantiene todas las facultades inherentes de un empleador.”*

Es importante recalcar que la tercerización podría entenderse como una simple provisión de trabajadores si en la ejecución de los contratos así denominados no encontráramos un valor agregado que marcara la diferencia. En tanto que el aporte se produzca ya sea en términos de organización o medios materiales se estará ante una tercerización real; de no ser así y se tratara de las actividades principales de la empresa ni existiera un aporte entonces se podrá considerar que se ha dado una cesión que resulta ilegal por donde se le analice⁴⁵. En la mayoría de ordenamientos en las que se legisla sobre tercerización se le permite en tanto que no se produzca el encubrimiento de la provisión de trabajadores con el solo objetivo de reducir costos en contra de los derechos laborales de los trabajadores.

3. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

Se trata de la provisión de trabajadores de una entidad que es el empleador ya sea que se trate de una empresa de servicios especiales o de una cooperativa de trabajadores, para que ellos presten sus servicios bajo la sujeción y dirección de un tercero que es la empresa usuaria. Esto supone la desaparición de la ruptura de la bilateralidad natural de una relación laboral por la existencia de uno adicional, que es el empleador formal, que es la empresa de intermediación laboral.

3.1. Requisitos

1. Verificación del destaque exclusivamente de trabajadores al centro de trabajo de la empresa usuaria.

⁴⁴ Toyama Miyagusuku, Jorge. Op. cit. Página 90

⁴⁵ Espiñoza Laureano, Frank. Op. cit. Página 36.



2. Los trabajadores cumplirán sus funciones bajo las órdenes de los jefes y supervisores de la empresa usuaria, que define el contenido de la prestación laboral.

3.2. Relaciones

Hay que señalar que se producen en realidad tres relaciones:

1. **Una relación civil**, entre la entidad intermediadora y la usuaria para la ejecución de la prestación de servicios.
2. **Una relación laboral** o en todo caso asociativo – laboral entre los trabajadores.
3. **Una relación de sujeción laboral** entre la empresa usuaria y el trabajador destacado.

Originalmente, esta figura surgió para el empleo irrestricto, pero al cabo de varios años se decidió encasillar y limitar la figura dejando de lado la regulación flexible para arribar a una normativa muy rígida que apenas permite que se haga posible en actividades que no son esenciales o temporales o de gran especialización⁴⁶. Curiosamente, la Organización Internacional del Trabajo ha desarrollado la tendencia inversa. En nuestro país, por ejemplo, si se trata de la contratación de personal destacado ante la existencia de una huelga, en tanto que la intermediación significa que se pretende la limitación de derechos sindicales resulta nula.

3.3. Diferencias entre la intermediación y la tercerización

En la intermediación laboral se produce un destaque de trabajadores para que ellos laboren dentro de otra empresa usuaria y bajo sus órdenes. En cambio, en la tercerización se presta un servicio de naturaleza integral y suficiente y en ella los trabajadores prestan sus labores sin la configuración de una distribución de los poderes del empleador.

En la intermediación laboral, los trabajadores de este tipo de empresa prestan sus servicios por cuenta ajena a favor de la usuaria. En cambio, en la tercerización los trabajadores realizan sus servicios por cuenta ajena del contratista.

La intermediación laboral se encuentra regulada pues las empresas deben contar con autorizaciones. En cambio, la tercerización no cuenta con escrupulosa regulación.

En la intermediación, se produce una relación triangular, pero una de las relaciones es laboral pues involucra al trabajador como tal. Por el contrario, también hay una relación triangular en la tercerización, pero no existe vínculo laboral alguno en las relaciones jurídicas existentes entre ellos.

46 Ley 27626 y su reglamento Decreto Supremo N° 003 – 2002 – TR.

4. LOS CONVENIOS DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN LABORAL

De un tiempo a esta parte se trata de una forma que ha cobrado gran importancia y constituye uno de los ejes para acceder a lo que se ha denominado “trabajo decente”. Por estos medios, el Estado busca la normativa con la cual insertar de mejor manera a los trabajadores a la actividad productiva así como a la población más afectada por la falta de empleo. Sin embargo, en el fondo existen una serie de condiciones más importantes que deben ser evaluadas en esta parte. Para nadie es un secreto que el surgimiento de nuevas tecnologías así como la diversificación de la mano de obra ha llevado a la necesidad de mantener condiciones de eficiencia en la actualización de los trabajadores en cualquier centro de labores. La formación laboral de cualquier trabajador representa un aspecto clave en su permanencia en el trabajo y en el mejoramiento de sus potencialidades. De esta forma el trabajador se hallaría en condiciones de asumir diversas funciones dentro de su trabajo y sería de mayor utilidad para los fines de la empresa en que presta labores. Por ello no escapa a la consideración que respecto de ella hace la Organización Internacional del Trabajo (2003)⁴⁷ como el “conjunto de actividades destinadas a proporcionar los conocimientos teóricos y prácticos y la capacidad que se requieren para ejercer una ocupación o diversas funciones con competencia y eficacia profesionales. Pueden corresponder a diferentes modalidades: formación inicial actualización de conocimientos, formación específicamente adaptadas a un puesto de trabajo, etc. La formación profesional puede también comprender disciplinas de educación general”. En realidad, se trata de asimilar los conceptos del aprendizaje laboral, que han cobrado – como ya hemos descrito- una gran relevancia en el mundo laboral actual. Nuestra norma señala que el convenio de aprendizaje se realiza en las unidades de producción de la empresa, previa formación inicial y complementación en un centro de formación profesional, lo que representa un anhelo por la inclusión al acceso productivo como una manifestación de una política estatal y, en ella, se compromete a las empresas⁴⁸. En una vertiente distinta en la conceptualización de los alcances de la norma bajo análisis, Arce (2007)⁴⁹ comenta que: “El problema de la ley peruana es que desde el texto original de la Ley de Fomento del Empleo, aprobada por Decreto Legislativo 728 en 1991, se viene negando sistemáticamente la naturaleza mixta. El legislador peruano ha sobredimensionado el valor formativo dentro de la empresa, hasta el punto de negar la existencia de trabajo efectivo del beneficiario de la capacitación. Así como el texto original del Decreto Legislativo 728 negó la presencia de vínculo laboral en la formación laboral juvenil y en las prácticas pre profesionales, el actual artículo 7 de la ley 28518, Ley de Modalidades Formativas Laborales, ha seguido el mismo camino cuando advierte que las modalidades formativas no están sujetas a la normatividad laboral vigente, sino a la específica que la ley contiene”.

47 Organización Internacional del Trabajo. *Formación profesional: glosario de términos escogidos*. OIT. Ginebra, 2003. Página 157.

48 García Granara, Fernando. *Aprendizaje y modalidades formativas laborales*. En Actualidad Jurídica N° 138. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2005. Página 30.

49 Arce Ortiz, Elmer. *Naturaleza jurídica de las modalidades formativas laborales*. En Foro Jurídico N° 7. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007. Páginas 170, 171.

No debemos olvidar que si existe esta normativa es porque se trata de condiciones que la propia Constitución Política ha determinado que se den. Así pues, así como el trabajo es al mismo tiempo un deber y un derecho⁵⁰; goza también de una atención prioritaria del Estado⁵¹ quien ejerce un rol promotor a través de políticas de fomento del empleo productivo y de la educación para el trabajo. Es por ello que se dictan medidas de esta naturaleza, aunque en sus plasmaciones definitivas se note una suerte de consensos para su vigencia que no necesariamente le brindan coherencia normativa aunque tratan de crear las condiciones necesarias para el acceso al trabajo así como para las necesidades de las empresas para no aumentar sus costos laborales, lo que en el contexto económico mundial actual, resultaría nefasto para la supervivencia de las mismas.

La naturaleza de los contratos formativos laborales debe ser analizada previamente. En primer lugar, el beneficiario de la formación laboral tiene carácter personal y realiza la formación en condiciones de subordinación porque el empleador es quien dirige la capacitación y el contenido de la misma. El trabajador debe someterse a las reglas que se le imponen en la capacitación, que en buena cuenta es el mismo poder de dirección al que está sometido cualquier trabajador en el régimen de la normatividad laboral común⁵². En segundo lugar, se ha considerado que durante la vigencia de la capacitación formativa laboral no existen fines productivos, lo que solamente es posible cuando el capacitado solamente adquirirá conocimientos teóricos y no habrá utilidad alguna para la empresa así como la voluntad expresa del beneficiario de aceptar la capacitación práctica en un centro laboral solamente por el tiempo que dure la misma⁵³. Por eso Arce (2007)⁵⁴ concluye que: *“Lo que debe quedar claro, a mi juicio, es que el legislador no puede presumir la ausencia de finalidad productiva en el beneficiario de la formación, sobre todo cuando esta acaba y la persona continúa al servicio de la empresa. No se puede negar que las modalidades formativas laborales mezclan capacitación y trabajo. Y, por ende, el beneficiario tendrá derecho a tener un fin productivo en la parte de trabajo efectivo que preste”*.

La norma presenta también un conjunto de cuestionamientos que resultan interesantes pues pese a considerar que no se trata de una relación laboral concede una serie de beneficios que son similares a los de un trabajador cuando se refiere al seguro de salud, a las gratificaciones, a los descansos semanales, entre otros. Del mismo modo, la norma estipula que los derechos y obligaciones derivados de la ley se deben interpretar de acuerdo con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo⁵⁵, lo que resulta extraño precisamente porque se trata de relaciones que no son laborales.

El derecho a la formación profesional tiene una serie de normas a las cuales debemos ceñirnos porque se trata de convenios de la Organización Internacional del Trabajo

50 Constitución Política del Perú. Artículo 22.

51 Constitución Política del Perú. Artículo 23.

52 Ley 28518. Artículo 41.

53 Arce Ortiz, Elmer. Op. cit. Página 171.

54 Arce Ortiz, Elmer. Op. cit. Página 171.

55 Ley 28518, Primera disposición complementaria.

que hemos ratificado⁵⁶. Además, Dolorier y Vargas (2005)⁵⁷ citan los principios esenciales que reconoce la Organización Internacional del Trabajo como base del desarrollo de los recursos humanos - contenidos en el Convenio OIT N° 142 y la Recomendación N° 150, que plantean lo siguiente:

- Principio de adecuación a la realidad. Las medidas adoptadas para la orientación y fomento profesional deben ser determinadas en función de las necesidades, posibilidades y problemas en materia de empleo, considerando el nivel de desarrollo económico, social y cultural; así como las relaciones existentes entre el desarrollo de los recursos humanos y otros objetivos económicos, sociales y culturales. Se pretende vincular el desarrollo de todo individuo con la interacción práctica que se realiza en una empresa.
- Principio de integralidad. Mediante el cual resulta necesario que el desarrollo de los recursos humanos se produzca en condiciones de programas coordinados y planificados pues se trata de obtener el máximo operativo de las capacidades académicas y prácticas que pueda alcanzar un trabajador y que le permitan subsistir en el mercado.
- Principio de antropocentrismo. La capacitación implica que se descubra en cada trabajador las aptitudes humanas y desarrollarlas con la aspiración de una vida activa, productiva y satisfactoria. El objetivo es la consecución de un desarrollo integral de la persona a partir de su relación con el trabajo que le da sustento.
- Principio de instrumentalidad. El sistema de formación profesional debe encarar las diversas dificultades, las ventajas y los requerimientos que se presentan en el empleo contemporáneo de tal manera que no se genere un desfase entre la fase formativa y la realidad laboral que se deberá enfrentar al terminar la capacitación.
- Principio de igualdad y no discriminación. Los convenios de formación deben encuadrarse dentro de políticas nacionales de promoción de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo, ocupación y colocación lo que tiene como objetivo la supresión de cualquier modalidad de discriminación. Es posible que existan tratamientos especiales, pero de ninguna manera se podrán deber a razones de índole subjetivo, sino a consideraciones objetivas que sustenten y permitan dichas situaciones, en tanto no puedan ser revertidas.
- Principio de participación. El sistema de formación profesional no debe provenir exclusivamente de la voluntad del legislador, sino más bien debe ser el resultado del consenso y participación de los participantes en el medio social. En ella deben participar las empresas, los centros de estudio, los participantes, las organizaciones gremiales y los legisladores; y, con ello, se asegura la vitalidad de la ley y el compromiso de los intervinientes en el proceso en su conjunto.

56 Convenio OIT N° 111, artículo 1, inciso 3 (sobre discriminación en el empleo y la ocupación); Convenio OIT N° 122, artículo 1, inciso 1 (sobre la política de empleo); Convenio OIT N° 159, artículo 9 (sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas).

57 Dolorier Torres, Javier y Vargas Llaury, Cecilia. *¿Fomento o desaliento a la capacitación?* En Actualidad Jurídica N° 139. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2005. Páginas 14 y 15.



El ámbito de aplicación de la ley se da respecto de todas las empresas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, lo que deja de lado a las entidades públicas y a las organizaciones privadas no lucrativas.

Nuestra norma, la ley 28518 ha reconocido una serie de principios expuestos, que describimos a continuación⁵⁸:

- Toda persona es el fundamento central del sistema formativo, este tiene por objeto lograr que la persona alcance a comprender su medio social en general y su medio de trabajo particular, a fin de poder incidir en ellos de manera individual y colectiva.
- El personal en formación tiene derecho a acceder en igualdad y sin discriminación alguna a la formación profesional.
- La participación de los beneficiarios en las diversas modalidades formativas laborales debe permitir mejorar su empleabilidad en el mercado laboral.
- La formación académica recibida debe ser complementada con una adecuada y real formación práctica en la empresa, debidamente programada por las partes intervinientes.

Las personas contratadas en las modalidades formativas laborales no tienen la condición de trabajadores⁵⁹, pero además de la subvención económica – nombre que representaría lo que en un contrato de trabajo se llama remuneración – se han dispuesto una serie de beneficios, a saber:

- Descanso semanal y feriados debidamente subvencionados.
- Descanso de quince días debidamente subvencionados, en la medida que la duración de la modalidad formativa sea superior a doce meses.
- Subvención adicional equivalente a media subvención económica mensual cada seis meses de duración continua de la modalidad formativa, que es un beneficio equivalente al de las gratificaciones establecidas para los trabajadores subordinados⁶⁰.
- Cobertura de los riesgos de enfermedad y accidentes a través de Essalud o de un seguro privado por un monto ascendente a catorce subvenciones mensuales en caso de enfermedad y treinta por accidentes.

Dolorier y Vargas (2005)⁶¹ se preguntan si en realidad estas disposiciones no colaboran más con la informalidad ya que suponen que las empresas asuman mayores costos laborales que lo que sucedía con la normativa anterior contenida en el Decreto Legislativo 728 que no contenía estos supuestos y no generaba costos adicionales a las empresas.

58 Dolorier Torres, Javier y Vargas Llaury, Cecilia. Op. cit. Páginas 16 y 17.

59 Ley 28518. Artículo 3

60 Dolorier Torres, Javier y Vargas Llaury, Cecilia. Op. cit. Página 18.

61 Dolorier Torres, Javier y Vargas Llaury, Cecilia. Op. cit. Página 18.

La ley 28518 estipula las condiciones en las cuales las modalidades formativas laborales se dan en nuestra legislación, en las formas siguientes:

a) Los convenios de prácticas pre profesionales.

Se estipulan para los egresados de algún centro de estudios y son asimiladas por empresas para realizar labores relacionadas con la formación profesional que han recibido por medio de situaciones reales de trabajo. La duración máxima de este contrato es de 12 meses y solamente si el centro de formación profesional haya dispuesto reglamentariamente que el plazo sea mayor, podrá producirse la vigencia del contrato por más tiempo del normado originalmente. Los comprometidos en este contrato carecen de relación laboral, pero sirve como requisito para acceder a la obtención de un título profesional, mas no para insertarse laboralmente. Poseen los tres elementos del contrato de trabajo, pero no constituye motivo para la percepción de beneficios laborales, salvo que se demuestre que sí efectuó labores que no eran de capacitación profesional sino de naturaleza ordinaria, en cuyo caso se aplica el criterio de Primacía de la Realidad.

b) Los convenios de formación laboral juvenil.

Se trata de un mecanismo de inserción al trabajo sin el reconocimiento de derechos laborales, pues se deja de lado el elemento formativo en privilegio de la sola inserción al mercado laboral. Así, no se perciben beneficios sociales, de allí que la terminología cambie. No se usa contrato y se reemplaza por convenio ni se utiliza remuneración sino que se emplea el término subvención. Se trata de una figura que no genera costos para el empleador lo que se suele llamar promoción del empleo. La edad de los jóvenes para estos casos va de los 16 a los 23 años, no deben haber desempeñado funciones laborales en otro centro. Vencido el plazo de la edad, ya no se puede continuar bajo este régimen y de continuar así, se entenderá – nuevamente por aplicación del Principio de Primacía de la Realidad – que existe relación laboral. El proceso formativo se realiza del todo o en gran parte en las unidades productivas de las empresas así como el proceso de adquisición de conocimientos teóricos y prácticos es simultáneo. La empresa asume el rol que en las demás formas corresponden a un Centro de Formación Profesional, de allí que resulte obligatorio que la empresa formule un Programa Específico de Capacitación laboral Juvenil⁶². Arce (2007)⁶³ comenta al respecto: *“Como se ve, el legislador encarga la formación del beneficiario al empresario, sin desconocer que aquel prestará sus servicios a favor de los fines de la organización económica que representa este. Al cumplir tareas productivas dirigidas por la empresa, el joven en formación también está trabajando. Aquí nuevamente salta a la vista el hecho de que se mezcla formación y trabajo.”*

c) La pasantía.

Por medio de este convenio se busca que el beneficiario refuerce la capacitación laboral recibida en un centro de formación y con ello se relacione con el ámbito

62 Ley 28518, Artículo 16.

63 Arce Ortiz, Elmer. Op. cit. Página 175



de trabajo y la empresa. Comprende en esta modalidad a los estudiantes de los últimos años de la educación secundaria así como a los docentes y catedráticos. La pasantía en la empresa se lleva a cabo en las unidades productivas de las empresas para relacionar por medio de la implementación, actualización y contraste con lo que se ha aprendido con la finalidad de informarse de las posibilidades de empleo así como de la dinámica de los procesos productivos⁶⁴. Está dirigida a beneficiarios que tengan más de 14 años, con una subvención económica no menor al 5% de la remuneración mínima cuando se trate de estudiantes secundarios y con ocho horas de trabajo diarios y con un máximo de 48 horas semanales y hasta por tres meses en total. Por otro lado, la pasantía de catedráticos y docentes se produce para vincular a estos profesionales con los cambios socio económicos, tecnológicos y organizacionales que se dan en los procesos productivos con la finalidad que pueden asimilar toda esa información e incorporarlas a su trabajo académico. Así, se puede lograr un nivel óptimo de actualización que también genera vínculos entre la empresa y los centros de formación. En este caso la subvención no puede ser menor al 30% de la remuneración mínima. Además no cabe recibir subvención económica en tanto que la pasantía se realice por las necesidades propias de un curso obligatorio que es requerido por el Centro de Formación. Los convenios de pasantía se celebran en forma individual y por escrito, lo que debe ser puesto en conocimiento del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dentro de los quince días de suscripción del convenio a través de un libro especial a cargo de la empresa y autorizado por la Autoridad Administrativa de Trabajo. Se desnaturaliza la pasantía cuando no existe convenio suscrito, de no producirse capacitación efectiva, en caso de realizarse actividades ajenas a los estudios que se cursan, cuando se continúa con la finalidad formativa tras haber vencido el plazo de sus duración, cuando se incluye a beneficiarios que tengan relación con la empresa contratante en forma directa o por medio de cualquier otra intermediación laboral o cuando se produce la simulación o el fraude a la ley, en cuyo caso será de aplicación el Principio de Primacía de la Realidad y, de ser el caso, la empresa deberá sufragar todas las obligaciones laborales contenidas en una relación laboral⁶⁵ y además puede considerarse como un contrato de trabajo a tiempo indefinido⁶⁶.

d) Convenios de actualización para la reinserción laboral.

Se busca un proceso de actualización para la reinserción en el trabajo de las empresas, quienes están autorizadas para contratar personas entre los 45 a 65 años de edad en la medida que se encuentren en una situación de desempleo prolongado por un periodo que no puede exceder los 12 meses continuos. Del mismo modo el convenio puede durar hasta 12 meses y con la posibilidad de estipular una prórroga hasta por otro periodo de 12 meses, para lo cual es indispensable que se encuentre previsto anteladamente en el plan de entrenamiento y reinserción

64 Puntriano Rosas, César. *Apuntes preliminares sobre la pasantía*. En Actualidad Jurídica N° 139. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2005. Página 24.

65 Puntriano Rosas, César. Op. cit. Página 26.

66 Arce Ortiz, Elmer. Op. cit. Página 177.

previamente elaborado por la empresa y el beneficiario. Arce (2007)⁶⁷ es el más crítico de esta figura cuando escribe que: *“A pesar de la trascendencia de este objetivo formativo, el problema que se presenta en el caso de la actualización para la reinserción laboral es el mismo que destacamos a la hora de mencionar la capacitación laboral juvenil: la formación la realiza la empresa en sus propias unidades productivas. Si bien nadie niega las dificultades que pueden tener las personas mayores de 45 años para insertarse en el mercado de trabajo, la deslaborización de estas relaciones jurídicas no es el camino idóneo. Como ya se dijo, una vez que el beneficiario ingresa al engranaje empresarial va a producir utilidades a la empresa. Así lo dice el propio artículo 31 de la Ley “el beneficiario se obliga a cumplir las tareas productivas de la empresa”. Es por eso, que no puede resaltarse hipócritamente el fin formativo hasta el punto de negar la existencia de un fin económico del beneficiario”.*

e) Convenios de aprendizaje con predominio en la empresa.

El Centro de Formación profesional formula un plan de capacitación de los estudiantes y lo somete a una empresa. De ser aceptado es el Centro de Formación quien lleva adelante el programa de tal forma que forma parte del periodo de aprendizaje necesario en contacto con la vida laboral práctica. Se pueden impartir conocimientos teóricos también en la empresa pero siempre bajo el conocimiento, dirección y anuencia del Centro de Formación, quien es el verdadero artífice de esta modalidad. La empresa puede encontrarse en la capacidad de seleccionar a los mejores cuadros entre los estudiantes que se encuentran en esta modalidad e incluso luego emplearlos por medio de una relación laboral.

Las modalidades formativas laborales se presentan en un contexto de altas tasas de desempleo y subempleo así como de la existencia de elevados porcentajes de informalidad laboral. Ya no se trata, como antaño, de la cercanía de un aprendiz a un maestro así que debemos tomar en consideración la lógica de la globalización en el empleo mundial. Los altos niveles de avances tecnológicos y las formas tan diversas y especializadas de oficios en el mundo contemporáneo traen consigo la necesidad de amoldarse de formas creativas a la demanda de empleo efectivo y siempre creciente. Empero, Toyama (2005)⁶⁸ plantea sus dudas de la siguiente forma: *“Los convenios regulados no tienen naturaleza laboral por la exclusión legal en el sistema peruano, en tanto que se le reconoce su inminente naturaleza formativa; pese a ello, no existen mecanismos que permitan que la empresa contrate al capacitado y no opte por, al término del periodo de capacitación, contratar a otra persona para capacitarlo sin costo laboral. Creemos que esta es la principal deficiencia de la norma que hemos analizado brevemente, pero a su vez, es la piedra esencial en cualquier programa de formación y capacitación laboral”.*

67 Arce Ortiz, Elmer. Op. cit. Página 177.

68 Toyama Miyagusuku, Jorge. *Nuevo sistema legal de formación y capacitación laboral*. En Actualidad Jurídica N° 138. Gaceta Jurídica S. A. Lima, 2005. Página 21.

Capítulo

5

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DEL TRABAJADOR

LECTURA MOTIVADORA

“El objeto del contrato de trabajo se compone de dos prestaciones recíprocas. De un lado, el trabajador se obliga a prestar sus servicios. Y, de otro, el empresario se obliga a pagar una remuneración como contraprestación por los mencionados servicios.

Tratando de definir las características principales de la prestación de trabajo, se debe empezar por calificarla como una prestación de actividad. El trabajador mediante el contrato de trabajo se obliga a ceder al empresario su energía o, simplemente, su fuerza de trabajo, quien debe organizarla adecuadamente en función de sus objetivos empresariales. Esto es, el trabajador no responde por la eventual frustración del fin empresarial. En atención al principio de ajenidad de los riesgos, pues el trabajador goza de un salario garantizado, el empleador no remunera los frutos, sino el trabajo mismo”.

Derecho individual del trabajo en el Perú. Elmer Arce Ortiz.
Palestra Editores S.A.C. Primera edición. Lima, 2008. Páginas 417 y 418.

1. LUGAR

El lugar de servicios del trabajador.

Es muy importante que se fije el lugar en el cual se hará la prestación de servicios del trabajador. Normalmente, una cláusula del contrato de trabajo señala el lugar de la prestación bajo la modalidad de la cláusula contractual de lugar; pero en otros casos sencillamente el empleador lo impone y el trabajador cumple en forma tácita pues no consta en documento alguno⁶⁹. Uno de los problemas que puede presentarse es la determinación que tendría que hacerse del concepto de "habitualidad" que trasunta la prestación de servicios, aunque se trataría de un tema de mayor importancia de llegarse a un proceso laboral donde el concepto se discutiera.

2. LA JORNADA DE TRABAJO

La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho horas semanales como máximo⁷⁰, lo que implica la obligación de respetar ese parámetro. Lo que sí es posible es que se pacte un horario de trabajo de menos horas en atención a la naturaleza del trabajo por desempeñar.

Lo que ha sido zanjado por el Tribunal Constitucional es la obligación de entender que la jornada máxima es de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho horas semanales⁷¹ (cumplimiento simultáneo) lo que impide que se puedan dar jornadas máximas de doce horas y cumplir con ello no pasar de cuarenta y ocho horas semanales.

Por otro lado, el artículo 5 del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, horario y trabajo en sobretiempo, sostiene que los trabajadores de dirección no están sometidos al horario rígido, lo que es además congruente con lo dispuesto por la Organización Internacional del Trabajo⁷² ya que se trata de trabajadores que están comprometidos con el poder de dirección de las empresas. En segundo lugar, tampoco están en este supuesto de tope máximo los trabajadores sujetos a fiscalización inmediata pues realizan su labor fuera del espacio físico del centro de labores y por ello acuden a la empresa a dar cuenta de sus labores o a coordinar a que hubiere lugar. Esto corresponde con los denominados puestos de confianza. Asimismo, tampoco están sujetos al tope máximo los trabajadores que prestan servicios intermitentes, de espera, de vigilancia y de custodia.

En las posibilidades de reducción de la jornada de trabajo se encuentran los trabajadores menores de edad pues el Código del Niño y del Adolescente⁷³ determina que su jornada será de cuatro horas diarias y veinticuatro horas semanales.

69 Arce Ortiz, Elmer. Op. cit. Página 431.

70 Constitución Política. Artículo 25.

71 Sentencia al Expediente 4635 - 2004 - AA/TC

72 Organización Internacional del Trabajo. Convenio 1.

73 Ley 27337. Artículo 56.



Además, existen horarios asimétricos o de índole compensatorio, según el cual, el empleador puede establecer jornadas compensatorias de tal manera que en ciertos días la jornada laboral pueda ser menor de ocho horas, pero con la mantención de la jornada semanal de cuarenta y ocho horas.

3. LAS HORAS EXTRAS

Las labores realizadas por encima del horario establecido se considerarán horas extras y su cálculo habrá de hacerse respecto de cada jornada diaria y no de las jornadas semanales. Las horas extras pueden efectuarse antes de la hora de ingreso o después de la hora de salida que ha establecido el empleador, lo que debe conjugarse con la normativa particular que ordena mantener un registro de control de asistencia y salida de trabajadores de orden permanente⁷⁴. Debe darse un acto voluntario del trabajador de querer realizar labores de sobretiempo así como del trabajador de aceptar que se den y pagar por ello en forma proporcional. Si hay coacción y el trabajador la prueba, el empleador deberá pagar una multa así como sufragará el 100% del valor de la hora extra al trabajador además del pago del 100% de la hora trabajada, donde una de las sumas representa una indemnización.

Se ha fijado que el pago por las dos primeras horas extras corresponde al 25% en tanto que para las demás horas extras trabajadas será del 35% bajo el concepto de "valor hora ordinaria" que se obtiene de la remuneración de un día dividida entre el número de horas de la jornada del trabajador⁷⁵.

4. EL HORARIO DE TRABAJO

Se trata de la facultad que tiene el empleador – y de la cual hace uso – para establecer el margen de las horas del día en que se prestan las labores delimitando la hora de inicio y la hora de término.

El horario es continuado o corrido cuando la prestación se realiza en forma ininterrumpida. En cambio, el horario partido consiste en dividir en fracciones el tiempo de trabajo. La ingesta de los alimentos (refrigerio) se da en un periodo que no puede ser inferior a los 45 minutos.

El horario nocturno es aquel que se realiza dentro del rango de las 10 pm hasta las 6 am. Únicamente los trabajadores que perciben una remuneración mínima vital podrán ver incrementada dicha remuneración en un 35%, mientras que los demás trabajadores no tienen derecho a una sobretasa.

Por último, es posible que en determinadas circunstancias de naturaleza personal se pueda pactar un horario flexible en el cual, por acuerdo explícito entre las partes, el trabajador pueda prestar sus servicios con intermitencias durante la jornada diaria.

74 Decreto Supremo 004 – 2006 – TR.

75 Arce Ortiz, Elmer. Op. cit. Página 450



5. LOS DESCANSOS REMUNERADOS

Desde la Constitución ha quedado precisado el derecho que tiene los trabajadores de gozar de un descanso remunerado en forma semanal y anual⁷⁶,

Semanalmente, el trabajador debe gozar de veinticuatro horas consecutivas de descanso físico, que no pueden fraccionarse y que ordinariamente se darán el día domingo. Esta circunstancia debe aparecer en el contrato de trabajo, pues resulta posible que se acuerde un día distinto y también se debe hacer constar en el contrato de trabajo. La remuneración de tal día es la misma que un día ordinario, pero se respetará la proporcionalidad con el número de días que se trabajaron efectivamente. El pago de este concepto se efectúa con las fechas señaladas para la remuneración del trabajador. Cuando se trata de los pagos a fin de mes, los cálculos son simples, pero no es igual al caso de los pagos quincenales o semanales pues los cálculos pues las ocurrencias del calendario no permiten hacer cálculos precisos y sobre ello la normativa no ha proporcionado soluciones específicas.

En caso el trabajador labore en su día de descanso, deberá indicar fehacientemente su decisión de hacerlo como parte de su liberalidad y albedrío. En tal caso, hay dos soluciones aplicables. Se paga el día laborado con una sobretasa del 100% o se compensa con otro día de la semana.

Por último hay una serie de días que el legislador ha previsto como feriados para toda la población, como también hay feriados por especialidad y solamente para ellos. En el caso de los feriados que no son de ámbito general, el descanso se hará efectivo el lunes siguiente de la fecha que correspondía. En ambos casos, la remuneración que percibe el trabajador es la ordinaria y se percibe en la fecha de pagos del trabajador. De laborar en tal fecha, el trabajador puede recibir su descanso en otra fecha o recibir una sobretasa del 100% de la remuneración ordinaria del día trabajado.

6. LAS VACACIONES

El reparo físico, la distracción, la oportunidad de pasar tiempo reparador al lado de los familiares son varias de las razones que apoyan la existencia del descanso vacacional anual en beneficio del trabajador. Empero, no goza de este derecho el trabajador que labora menos de cuatro horas diarias.

6.1. Requisitos

Los requisitos para gozar del descanso físico anual son:

- a) El cumplimiento de un año completo de servicios, contado desde la fecha de ingreso del trabajador al empleo.

⁷⁶ Constitución Política. Artículo 25.



- b) El cumplimiento de un número de días efectivos de trabajo al año, es decir, lo que la ley denomina record vacacional.

Los requisitos descritos tienen, sin embargo, una serie de peculiaridades respecto de los días efectivamente trabajados. En primer lugar, si la jornada de trabajo es de seis días a la semana, se necesita que haya laborado 260 días para el acceso; si la jornada es de cinco horas diarias, debe haber trabajado 210 días para el acceso, y si se trata de jornadas de cuatro o tres días a la semana, las faltas injustificadas no pueden pasar de diez días en el periodo para el acceso. En segundo lugar, cabe adicionar algunas ausencias específicas como enfermedad común o profesional, accidente de trabajo (solo los primeros sesenta días de inasistencia), el descanso pre y post natal, el permiso sindical, las faltas autorizadas por ley o por convenio colectivo.

6.2. Duración

La duración del periodo vacacional es de treinta días, pero es posible ampliar por acuerdo, pero no es susceptible de disminución.

Ambas partes fijan la oportunidad del descanso físico, pero si no hay acuerdo el empleador es quien toma la decisión como parte de su capacidad de dirección. Empero, es recomendable que las vacaciones se tomen por periodos rotativos. Adicionalmente hay circunstancias particulares como las citadas por Arce (2009)⁷⁷: *“según el artículo 13 de la ley el descanso vacacional no podrá ser otorgado cuando el trabajador esté incapacitado por enfermedad o accidente. Otro ejemplo, la madre gestante tiene derecho a pedir que su descanso vacacional se inicie al término de su descanso post natal”*.

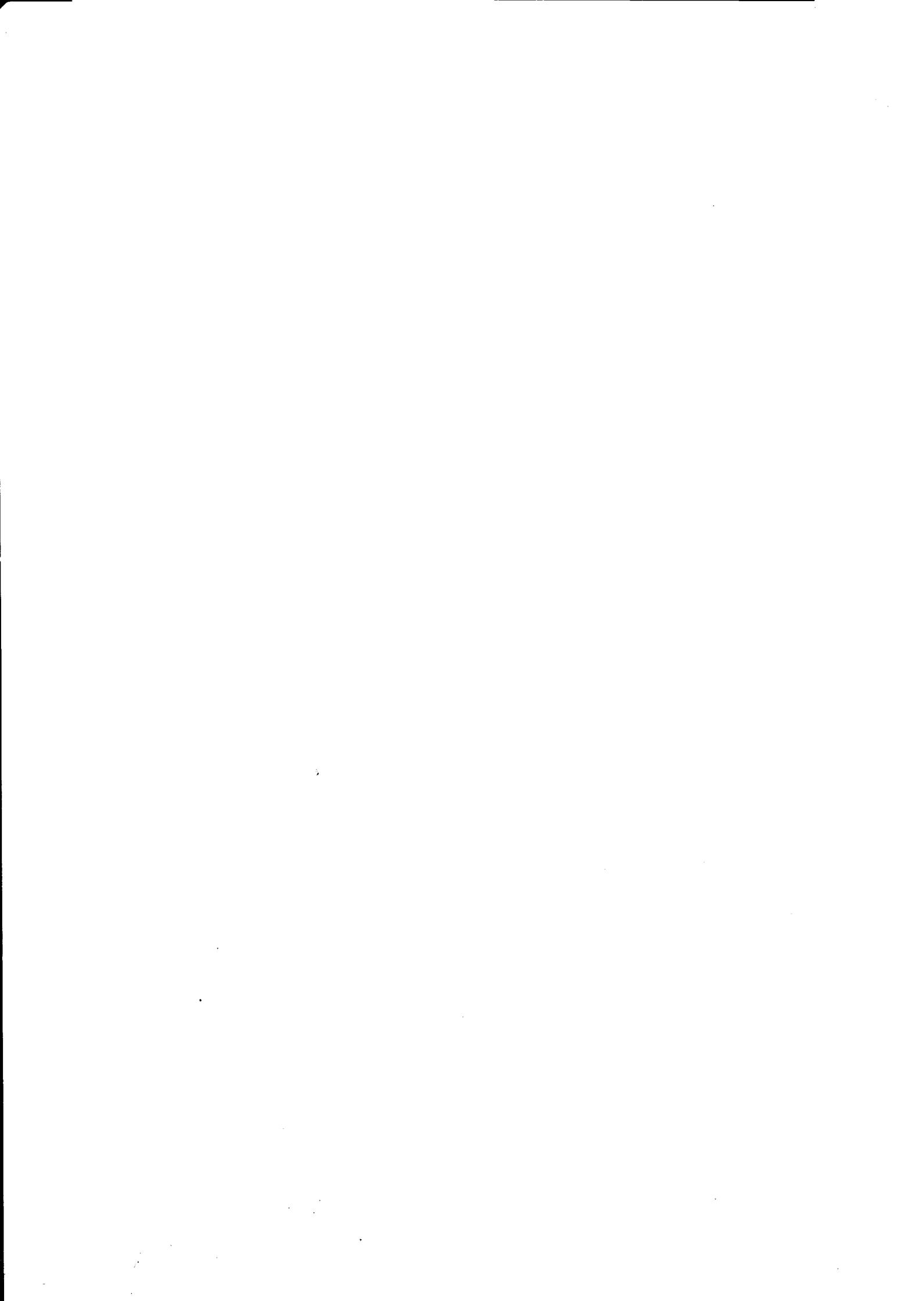
6.3. Fecha de pago

El pago por la remuneración vacacional se efectuará antes del inicio del descanso sin que ello indique que pudiera perder los aumentos salariales si se hubieran producido.

Si el trabajador labora dentro de su periodo vacacional, es decir, no gozó del descanso físico estipulado por ley; entonces el trabajador percibirá una remuneración por el trabajo efectuado, una remuneración por el descanso obtenido y no concretado en su salida, y una indemnización que equivale a una remuneración por no habersele otorgado el descanso vacacional; lo que es conocido como la triple remuneración vacacional.

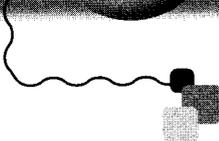
Cuando el trabajo cesa en el trabajo y por ende ya no puede gozar de las vacaciones pasan a denominarse truncas y entonces habrá que abonarle el íntegro de la remuneración. Cuando no se alcanzó el íntegro del cómputo, será necesario que se formule un cálculo proporcional que se ha ido deduciendo hasta el cese del trabajador.

⁷⁷ Arce Ortiz, Elmer. Op. cit. Página 509.



Capítulo

6



EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

LECTURA MOTIVADORA

“La extinción del contrato de trabajo supone la ruptura definitiva del vínculo obligacional entre trabajador y empleador. La terminación de la relación cesa la obligación empresarial de seguir abonando la remuneración así como cesa la obligación del trabajador de seguir prestando sus servicios.

Son muchas las causas de extinción del contrato que el legislador peruano ha previsto. Y en casi todas ellas existe un hecho externo a la voluntad de las partes o un acuerdo conjunto de las mismas que permite la terminación del contrato. Ejemplo del primer tipo de extinción viene a ser el caso fortuito o fuerza mayor que impide continuar las actividades empresariales de forma permanente. O el caso del fallecimiento del trabajador o del empleador persona natural. Ejemplo del segundo tipo de extinción sería la terminación del contrato por mutuo acuerdo o la imposición de un término resolutorio a la hora de firmar el contrato temporal.”

Derecho individual del trabajo en el Perú. Elmer Arce Ortiz.
Palestra Editores S.A.C. Primera edición. Lima, 2008. Páginas 517 y 518.

1. GENERALIDADES

Por medio de la extinción de la relación laboral, esta llega a su fin. Lo importante es la determinación de la forma en que se produce con la finalidad de establecer con cabalidad las obligaciones y roles que corresponden al empleador y al trabajador en este desenlace. Ya sea que se trate del acuerdo al pueden arribar las partes o a circunstancias ajenas a ambos que llevan al fin de la relación laboral, es preciso que se sepa el origen del cese de las obligaciones entre ambos. Nuestra legislación actual ha normado una serie de supuestos en los que se evidencia el rumbo económico de la globalización con la consiguiente flexibilización que se ha dado a las relaciones laborales en aras a los postulados de la existencia de empleo en condiciones de competitividad.

En la medida que nos encontramos ante los supuestos de posibles arbitrariedades por parte de los empleadores para deshacerse de trabajadores bajo ciertas condiciones es que tanto la ley como la jurisprudencia han tratado permanentemente de encontrar los elementos de causa y procedimiento como los más relevantes para el análisis del despido⁷⁸. Si bien es cierto no se puede postular actualmente la inamovilidad absoluta de un trabajador de un puesto de trabajo tampoco se trata de ir al extremo opuesto para permitir que las necesidades económicas de las empresas permitan que se prescindiera de los trabajadores sin razones justificadas, lo que implicaría la desprotección del menos favorecido en este tipo de relación. Por eso, es preferible que tenga plena vigencia la técnica de la ponderación de intereses con la finalidad de evitar actuaciones empresariales abusivas, pero de ninguna manera tampoco permitir el entronizamiento de algún trabajador allí donde ya no puede rendir ni para él ni para la empresa ni para la sociedad.

2. ANÁLISIS DE LAS CAUSALES DE EXTINCIÓN

2.1. El fallecimiento del trabajador

Debemos recordar que la prestación de servicios es personal en la inmensa mayoría de los casos de relación laboral. Por eso, la desaparición física del trabajador acaba con la relación laboral ya que lo debe hacer una persona natural y además se trata de una prestación individual de servicios⁷⁹.

La muerte del trabajador puede producirse por:

- Muerte natural.
- Muerte presunta.
- Enfermedad. La variante de enfermedad profesional es la consecuencia de estados patológicos que tienen su origen en el desempeño directo de las labores profesionales. Lo que otorga una relación de causalidad a estos hechos. Para casos en los cuales se tiene previsto que exista riesgo es menester que el trabajador

⁷⁸ Arce Ortiz, Elmer. Op. cit. Página 518.

⁷⁹ Rodríguez García, Fernando y Quispe Chávez, Gustavo. *La extinción del contrato de trabajo*. Soluciones laborales. Manual operativo 1. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2009. Página 9.



se encuentre dentro del Seguro de Complementariedad en Trabajo de Riesgo (SCTR), que brinda una cobertura adicional a los trabajadores inscritos ya sea para accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. Hay que registrar el lugar donde se opera. Igualmente, este seguro comprende a las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios especiales, contratistas, sub contratistas y cualquier tipo de entidad que destaque personal a centros laborales donde se practican actividades de riesgo. Se ha dispuesto que los empleadores contraten las prestaciones médicas y las prestaciones económicas que sean necesarias por estas actividades ya sea por medio del SCTR o por Empresas Prestadoras de Salud (EPS), las cuales deberán contar con asistencia y asesoramiento preventivo promocional, atención médica, farmacológica, hospitalaria y quirúrgica; la readaptación y rehabilitación así como los aparatos de prótesis que sean necesarios. En los contrataos al respecto deberán estipularse condiciones de cobertura de capa simple y capa compleja, condiciones similares para todos los trabajadores sin distinción por las remuneraciones que reciben individualmente y que no se puedan pactar condiciones de exclusión de dolencias o enfermedades pre existentes (salvo las lesiones auto infringidas, las enfermedades que no hubiesen sido declaradas por la entidad empleadora, las terapias u operaciones de índole estético – lo que no incluye a la cirugía plástica reconstructiva).

- **Accidente.** Si ocurre dentro del ámbito laboral es debido al cumplimiento de las órdenes de los superiores jerárquicos en el desempeño de sus labores, aunque se tratase de algo sucedido fuera del centro de trabajo y del horario de trabajo en tanto sucedió en condiciones de subordinación. Cuando se trata de la muerte como consecuencia del accidente, de tratarse de un accidente de tránsito será de aplicación el pago determinado por el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), mientras que ESSALUD se ocupa de las situaciones asistenciales en tanto no se produzca el desenlace fatal⁸⁰ y en la medida que el empleador realice los pagos de aportaciones a la entidad. El SOAT asume ciertos pagos hasta por un tope. En caso de fallecimiento, el SOAT reconoce en no más de 1 UIT el gasto del sepelio. ESSALUD sufraga pagos a los beneficiarios del fallecido en tanto que sea un asegurado regular titular ya sea en la forma de activo o de pensionista. Los beneficiarios pueden ser el designado por el titular, quienes figuren en los RR.PP como herederos testamentarios o declarados como tales mediante sucesión intestada, quienes acrediten los gastos del sepelio efectuados; lo que no sucede con los dos primeros de los beneficiarios. En el caso del accidente de trabajo se trata de cualquier lesión orgánica o perturbación funcional que pueda haber sufrido un trabajador con motivo del desarrollo de sus labores. Es indispensable que se produzca el nexo causal⁸¹. De allí que exista una amplia gama de ocurrencias que no representan accidentes de trabajo como, por ejemplo, los producidos en los trayectos de ida y venida del centro laboral; si se generan por el incumplimiento de una orden escrita dada al trabajador; los producidos por efecto de terremotos o maremotos; los que proviene de actividades recreativas; los acontecidos durante periodos de licencia o permiso; entre otras formas.

80 Lcy 26790. Artículo 10.

81 Rodríguez García, Fernando y Quispe Chávez, Gustavo. Op. cit. Página 17.

En el caso que se produzca la muerte del empleador también se genera la extinción de la relación laboral⁸². Lo que sí puede darse es que los herederos del empleador decidan continuar la relación laboral en tanto se proceda a la liquidación de la empresa.

2.2. Jubilación

La jubilación es la terminación de la relación laboral que se funda en la edad del trabajador. Nuestro sistema contiene tres tipos de jubilación, que se describen a continuación en sus diversas dimensiones:

- La jubilación voluntaria. Se produce cuando el trabajador ha cumplido con los requisitos para poder acceder a ella.
 - En el Sistema Nacional de Pensiones se obtiene al alcanzar los 65 años y tener 20 años de aportes.
 - En el Sistema Privado de Pensiones se obtiene al cumplir 65 años.
- La jubilación que es obligatoria por decisión del empleador. Una vez que el trabajador ha cumplido con los requisitos para jubilarse, pero no lo hace; el empleador está en condiciones de poder hacerlo en tanto que asuma la diferencia entre la pensión a que es acreedor y el 80% de la última remuneración ordinaria que perciba el trabajador. El monto no deberá sobrepasar el íntegro de la pensión, la que sufrirá un reajuste periódico en similar proporción en que se reajuste la pensión. Se extingue por el fallecimiento del beneficiario. El empleador deberá comunicar por escrito al trabajador la decisión tomada con la finalidad que este pueda iniciar el trámite correspondiente para que se le otorgue la pensión. El cese tiene como fecha el de reconocimiento que hace el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones.
- La jubilación obligatoria por mandato legal. Cuando el trabajador ha cumplido los setenta años, la jubilación es automática y obligatoria. Ya no cabe realizar examen alguno acerca de la capacidad del trabajador pues se considera que es una persona cuya edad lo deja en condiciones inferiores para la ejecución adecuada y cabal de sus labores cotidianas. Empero, no necesariamente el llegar a esta edad puede significar una disminución ostensible de las capacidades de un trabajador. Así, una vez producida la llegada de la edad tipificada por la ley, el trabajador decide cuándo se retira ya sea porque él mismo considera que hay una merma de sus capacidades o porque sencillamente ya no desea seguir laborando. Por eso, la norma ha establecido⁸³ que es posible que exista pacto en contrario respecto de la edad de 70 años. Al respecto explican Rodríguez y Quispe (2009)⁸⁴: *“En ese sentido, cabe dilucidar qué debe entenderse por “pacto en contrario”. Sobre el particular, tanto la doctrina como la jurisprudencia*

82 Decreto Supremo N° 003 – 97 – TR.

83 Decreto Supremo N° 003 – 97 – TR. Artículo 21.

84 Rodríguez García, Fernando y Quispe Chávez, Gustavo. Op. cit. Página 34.



entienden que dicha regla de jubilación debe leerse en sentido estricto y que, la jubilación "automática" procede únicamente al cumplimiento de los setenta años de edad. En tal sentido, el acuerdo de cese debe celebrarse previamente al cumplimiento de ese hecho, pues de no haberse roto el vínculo laboral en ese momento se entenderá que existe un pacto en contrario tácito debido a que la ley autoriza la jubilación al cumplimiento de la referida edad y no a partir de ella".

2.3. La invalidez absoluta permanente

Se trata de la incapacidad del trabajador que se generó por la afectación producida por una enfermedad o por haber acontecido algún accidente que le impide continuar las labores ordinarias para las que fue contratado en un centro laboral. Empero, no se trata de una incapacidad sentida por el trabajador, sino que operará por la declaración que de ella hace ESSALUD, el Ministerio de Salud, una Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú en tanto que la haya solicitado el empleador.

Dentro de ESSALUD existe la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades, la cual es la encargada de realizar el informe que dictamina la naturaleza de la incapacidad. Cuando dictamina que es absoluta y permanente, entonces el Departamento de Prestaciones Económicas de ESSALUD procederá al reconocimiento del pago de los subsidios por incapacidad temporal hasta la fecha en que se produjo la notificación al empleador.

Esta invalidez permanente y absoluta determina que se extinga la relación laboral, lo que configura la prueba del despido justo. El empleador deberá cumplir con poner en manos del trabajador la liquidación de sus correspondientes beneficios sociales dentro de las siguientes 48 horas. Esta circunstancia permite que el trabajador dé inicio a los trámites para solicitar su jubilación por invalidez permanente ante el sistema pensionario en que se encuentre afiliado.

2.4. La renuncia del trabajador

El trabajador puede decidir, por su propia cuenta, acabar con la relación laboral con la existencia de una causa e incluso sin ella, lo que convierte a su decisión en una potestad exclusiva ya que el empleador carece de la misma liberalidad.

El trabajador debe acreditar de manera indudable su decisión de abandonar la relación laboral y para ello no está en la obligación de precisar causa alguna para adoptar semejante determinación.

En doctrina se han establecido cuatro modalidades distintas para esta causal⁸⁵:

1. *La dimisión causal.* Que se produce cuando el trabajador funda su decisión en el incumplimiento del empleador. Se le adscribe a los actos de hostilidad o despido indirecto.

85 Rodríguez García, Fernando y Quispe Chávez, Gustavo. Op. cit. Página 42.

2. *La dimisión sin causa ni preaviso.* El trabajador concluye con la relación laboral sin expresión de causa y sin cumplir con los plazos del preaviso correspondiente ya sea que estaban estipulados en un convenio colectivo o se trataba de la costumbre estilada en tales casos.
3. *La dimisión sin causa con preaviso.* En este supuesto el trabajador también decide extinguir la relación laboral sin causa alguna, pero cumple con el preaviso y el plazo previsto para la ocurrencia definitiva del cese de sus labores.
4. *El abandono del trabajo.* El trabajador desaparece del lugar en que le corresponde realizar sus labores sin que se produzca alguna comunicación al respecto frente al empleador, aunque este pueda continuar a la espera de la reincorporación del trabajador en la jornada siguiente.

El trámite de la renuncia que usa nuestro sistema – dimisión sin causa con preaviso – consiste en la emisión de una carta al empleador, con 30 días naturales de anticipación. En dicha carta se podrá solicitar la exoneración del plazo de preaviso. El empleador también deberá responder por escrito y se entenderá que ha aceptado la exoneración si no cursa comunicación por escrito en contrario al trabajador.

Puede suceder que el trabajador haya recibido la comunicación por escrito que no acepta la exoneración y, pese a ello, el trabajador decida dejar de laborar. Si no concurre al centro de labores durante tres días consecutivos, se habrá producido la causal de abandono de trabajo, lo que representa falta grave y habilita al empleador para cesarlo por la comisión de tal falta. El motivo del cese debe hacerse constar en la liquidación de los correspondientes beneficios sociales.

Sucede también ⁸⁶que el empleador decide “comprar” la renuncia del trabajador a cambio de algún tipo de incentivo económico, en cuyo caso deberá tomarse en cuenta que no exista alguna forma de coacción.

2.5. El mutuo disenso

Se trata del acto de naturaleza bilateral por medio del cual el trabajador y el empleador dan por finalizado el contrato de trabajo en cualquiera de las modalidades en que se hubiera pactado originalmente. El acuerdo debe constar por escrito y con la liquidación de los beneficios sociales correspondientes⁸⁷ pues ambas partes podrían perder ciertos beneficios en atención al tipo de contrato de trabajo que existía entre ellos.

El documento por escrito debe contener la voluntad inequívoca y recíproca de las partes para concluir la relación laboral, que no se produzca algún vicio de la voluntad y las condiciones del pago de los beneficios sociales.

⁸⁶ Rodríguez García, Fernando y Quispe Chávez, Gustavo. Op. cit. Página 43.

⁸⁷ Decreto Supremo N° 003 – 97 – TR. Artículo 19.



2.6. El despido

Consiste en la forma de extinción de la relación laboral por acción imputable al empleador que cubre una gama muy variada de ocurrencias en las que se puede configurar. En tanto que pone de manifiesto la voluntad unilateral del empleador deberá tomarse en cuenta la existencia de causales, es decir, pone en funcionamiento el poder disciplinario del empleador y por ende, no se trata de la sola voluntad del mismo.

Es la causal más relevante de las existentes para la terminación de la relación laboral y respecto de él se trata siempre de evitar que se emplee con abuso por parte del empleador, de allí que ponga de manifiesto la capacidad del Derecho para poner equilibrio en una desigualdad evidente que se hace más patente en estos casos.

3. CARACTERÍSTICAS DEL DESPIDO

- Acto unilateral. El empleador, solamente fundado en las causales existentes, decide dar fin a la relación laboral. En caso lo hiciera por su simple decisión, se considerará que el despido es nulo.
- Acto recepticio. Se tiene que producir una efectiva comunicación del empleador al trabajador, sin que exista posibilidad de revocación de esta decisión.
- Acto constitutivo. El empleador configura el despido por sí mismo ya que no debe recurrir a instancia alguna para consignarlo.
- Acto extintivo. No se puede practicar un despido retroactivo, sino que fenece la relación laboral de allí en adelante en el tiempo.

4. REQUISITOS DEL DESPIDO

- El trabajador debe ser uno que labora en el régimen de la actividad privada al menos durante cuatro horas diarias en el centro laboral para un mismo empleador en la medida que exista causa justa y se encuentre comprobada efectivamente. Los demás trabajadores de otros regímenes no se encuentran protegidos contra los despidos arbitrarios.
- El trabajador debe haber pasado el periodo de prueba pues antes de dicho plazo no cabe que el trabajador pueda ser despedido sin razón justificada. Antes del vencimiento del plazo del periodo de prueba se puede proceder a la extinción de la relación laboral sin que constituya responsabilidad de algún tipo para el empleador.
- La causal de despido debe constar expresamente en la ley y además debe haber sido materia de comprobación ya que es fundamental que verse sobre la conducta o la capacidad del trabajador.

5. LAS CAUSALES DE DESPIDO

Existen dos tipos de causa justa:

5.1. Las causas basadas en la capacidad del trabajador.

5.2. Las causas basadas en la conducta del trabajador.

5.1. Las causas que se sustentan en la capacidad del trabajador

Parten del principio de la posibilidad de que la capacidad del trabajador pueda sufrir una serie de alteraciones que puedan afectar efectivamente y de manera cualitativa el desempeño de la labor y, por consiguiente, la idoneidad de los servicios que originalmente fueron pactados.

Estas causales son las siguientes:

- a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el cumplimiento de las tareas. Durante la vigencia del contrato - y nunca antes - ocurre una degradación de las condiciones del trabajador ya sea en lo físico o en lo mental, que originalmente podrían haberse visto como invalidez parcial temporal, pero que determinan que el desmedro sea de tal nivel que las autoridades consignadas para tales fines (ESSALUD, el Ministerio de Salud, una Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú) declaren que es así y emitan el certificado correspondiente que debe obrar en poder del empleador para proceder por esta causal.
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares. Se trata de la constatación de que la actividad promedio del trabajador se halla sostenidamente por debajo de del rendimiento de los demás trabajadores en la medida de que no se trate de una decisión intencional del trabajador sino más bien de la imposibilidad del mismo para alcanzar los estándares adecuados que antes había mostrado. El empleador deberá ser muy específico al momento de establecer la causal pues debe estar en condiciones de probar lo que sostiene al respecto. Hay que subrayar que no pueden tomarse en cuenta aquellas labores que el trabajador pudo haber realizado, pero que no corresponden a sus labores habituales. Además, el análisis de la causal debe darse en condiciones similares referente a los demás trabajadores y a la propia actividad normal del trabajador. De no existir un rendimiento promedio en el centro de labores que pueda servir como el modelo a seguir por los trabajadores, ninguno de ellos podrá ser despedido basado en esta causal.
- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por ley, determinante de la relación laboral o a medir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes. Se trata de configurar una causal en la cual se había previsto un sistema de auxilio para evitar la pérdida de las capacidades del tra-

bajador por el incumplimiento de él mismo. El empleador debe cumplir con sus obligaciones de proporcionar las condiciones de seguridad y salud que le corresponden dentro del centro laboral, las que no son aceptadas por el trabajador. Los exámenes médicos son compulsivos cuando se han establecido en forma previa por pacto o mandato de la ley o porque se ha producido una necesidad justificada.

5.2. Las causas que se sustentan en la conducta del trabajador

Suponen la actitud de formular un comportamiento que no hace posible que subsista la relación laboral porque implica la pérdida de la confianza necesaria en el trabajador.

Estas causales son las siguientes:

a) El despido disciplinario por falta grave

Se trata del incumplimiento grave por parte del trabajador de las obligaciones que tiene dentro de sus labores de trabajo.

Toyama (2009)⁸⁸ sostiene respecto de la facultad disciplinaria: *“La facultad disciplinaria que ejerce el empresario se configura como consecuencia lógica de sus facultades de dirección y de control adoptando como finalidades la sanción y corrección de las indebidas conductas de sus trabajadores que desconocen las obligaciones derivadas de la ley, del convenio colectivo, del estatuto profesional, del reglamento de la empresa o del contrato mismo”*.

La falta grave⁸⁹ es la infracción por parte del trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Por tal motivo Toyama (2009)⁹⁰ aclara que: *“En este punto hay conexión con el Derecho Civil en tanto que la falta grave supone un incumplimiento contractual y la sanción representa el ejercicio de un poder privado del empleador en la búsqueda de un orden laboral. Así, esta premisa guiará al operador jurídico para encuadrar correctamente la apreciación de los hechos o conductas tipificadas en los incisos que comprende el artículo 25 de la LPCL, como faltas laborales específicas y en particular cuando la ley condiciona la configuración de estas a su gravedad sin precisar en qué consiste esta. Existen dos consecuencias de lo expresado precedentemente. De un lado, la aplicación del principio de gradualidad en la imposición de una sanción que se valora en cada caso concreto. Naturalmente, se debe analizar cada caso y determinar, en forma específica, si la falta es de tal magnitud que califica como grave y motiva la imposición de la sanción más drástica. Así, la jurisprudencia ha señalado que para verificar el incumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador como premisa inicial para iniciar un trámite de despido es recomendable atender*

88 Toyama Miyagusuku, Jorge. *El despido disciplinario en el Perú*. Revista IUS N° 38. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2009. Página 134.

89 TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículo 25.

90 Toyama Miyagusuku, Jorge. Op. cit. Página 137.

al hecho de la actividad negligente del servidor, la cual adquiere gravedad, según el cargo que desempeñaba, la experiencia y antigüedad en el mismo y el perjuicio causado al empleador así como, en general, cualquier hecho que sea determinante para la valoración de la falta laboral. Adicionalmente, la apreciación de la conducta del trabajador no exige de manera indispensable la configuración de un acto doloso pues basta con que su actuar u omisión afecte gravemente la convivencia laboral”.

Resulta entonces que la graduación de la falta es de radical importancia pues solo ella le concede la nomenclatura de grave. Se trata de hacer una valoración conjunta de una serie de elementos como la existencia de advertencias previas, la tolerancia hacia determinadas conductas, la repetición del incumplimiento, así como las consecuencias del mencionado incumplimiento. La culpabilidad ya sea por dolo, culpa o negligencia es otro de los elementos que deben ser analizados para determinar la falta grave. Resulta entonces que se trata de una causal que reviste una gran complejidad en su configuración ya que deben concurrir una serie de elementos y todos ellos encuadrarse de tal manera que no quepa duda de la veracidad de la causal y pueda procederse a la tramitación de la misma pues no debemos olvidar que no puede darse una aplicación automática sino que debe concederse al trabajador la posibilidad de desvirtuar lo que ha sucedido en defensa de su fuente de trabajo y vida.

a.1) Las causales de despido disciplinario son los siguientes:

- *El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral.*

Aunque no existe un consenso acerca de lo que significa e implica la buena fe laboral, pero sí puede entenderse que debe tratarse de la lealtad, algo que desaparece cuando se trata del incumplimiento del trabajador. En caso de ser acreditado se rompe la confianza y los afanes productivos de la empresa ya no pueden lograrse, lo que termina por afectar a una colectividad de trabajadores. Al respecto Rodríguez y Quispe (2009) ⁹¹ plantean el ejemplo de la Casación N° 1210 - 2005 Lambayeque *“en el que un trabajador por la falta de acciones de control del personal que tenía a su cargo, al existir en el Manual de Organización y Funciones de la institución empleadora una disposición que señalaba claramente que, entre sus funciones específicas, tenía la tarea de controlar al personal a su cargo en el cumplimiento de sus funciones y de las medidas de seguridad tanto para el área comercial como operacional, acciones de control que el trabajador no realizó oportunamente, lo que permitió algunos malos manejos en el área de recaudación”.*

- *La reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores.*

Uno de los elementos más relevantes de la relación laboral es el poder de dirección que ejerce el empleador, lo cual implica que la desobediencia a las órdenes laborales del empleador no son admisibles en esta relación. El empleador hace

91 Rodríguez García, Fernando y Quispe Chávez, Gustavo. Op. cit. Páginas 81 y 82

uso de su derecho constitucional de libertad de empresa⁹² y dirige la labor de sus trabajadores para llegar a los fines que se ha trazado como empresa. Por ello esta capacidad de dirección llega a comprender la dirección, regulación, modificación, reglamentación reemplazo y extinción de las condiciones de trabajo en el centro de labores. Ahora bien, como hablamos de la reiteración, ello supone que el incumplimiento de las órdenes laborales tiene que haberse producido cuando menos dos veces y, además, debe darse dentro de un margen de tiempo que sea razonable aunque se trate de órdenes distintas ya que la norma no menciona que se debe tratar de la misma orden que no es obedecida sistemáticamente. Por ello, el mecanismo usual para la probanza de esta causal son los memorandos que se cursaron al trabajador tanto como el acuso recibo de los mismos. Si la orden va más allá de sus condiciones laborales específicas, el trabajador no se encuentra habilitado para discutir la legalidad de la misma y deberá acatar la orden hasta que no se genere una revocación de la orden.

- *La reiterada paralización intempestiva de labores.*

Consiste en la interrupción de las labores sin que medie una notificación al empleador pues lo hace en forma unilateral ya sea él solo o en forma colectiva. Nuevamente hay que determinar que se debe tratar de, cuando menos, dos ocasiones dentro de un rango temporal razonable para la configuración de la causal. Se busca evitar las huelgas irregulares ya que no existe ninguna clase de preaviso. Para aplicar esta causal es menester que se cuente con el auxilio de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o en todo caso de la autoridad policial pues hay que fundamentar la decisión en forma objetiva.

- *La inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial.*

La manera de prestar las condiciones de trabajo ha de ser reglamentada por el empleador. Sucede, sin embargo, que la obligación legal se da solamente cuando el centro de trabajo cuente con por lo menos cien trabajadores. En la práctica cada empresa asume un reglamento de trabajo independientemente de estar obligado. En tal caso, el reglamento se convierte en obligatorio desde el momento en que la Autoridad Administrativa de Trabajo lo haya aprobado. Quienes deliberadamente incumplan el reglamento han de ser sancionados por ello y en la medida que exista la gravedad respecto del incumplimiento se generará la falta necesaria para formular el despido. Los daños que la inobservancia puede ocasionar son los parámetros idóneos para el establecimiento de la relación causal, sin que sea necesario que efectivamente se produzca un daño. En general, la infracción a cualquier norma de índole general, sostiene Toyama (2009)⁹³ ya sea una política, directiva u orden específica que se hubiere difundido en la empresa puede encajar como una forma de imputación de la causal en tanto se dé el daño que perjudica la seguridad de todos en un centro laboral.

92 Toyama Miyagusuku, Jorge. Op. cit. Página 122.

93 Toyama Miyagusuku, Jorge. Op. cit. Página 141.

- *La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción.*

Se trata de la identificación de un desmedro en el rendimiento del trabajador y que, al mismo tiempo, sea de índole objetivo para lo cual tiene que ser medible con algún tipo de promedio o margen de estandarización de rendimiento. Esta suerte de parámetro para efectuar comparaciones tiene que haberse dado en forma anticipada. Además, no debe dejarse de lado que esta actitud es decidida libremente por el trabajador, lo que la diferencia de la huelga, que es concertada por el colectivo de los trabajadores. Finalmente, se trata que esta actitud sea reiterada. Así, el rendimiento debe ser inferior al promedio personal del trabajador, se podría recuperar el nivel anterior con dedicación y la razón de la disminución no se encuentra en actitudes que puedan ser imputadas al empleador. La inspección laboral que lleva a cabo el Ministerio de Trabajo es la forma objetiva de acreditar lo que sucede en esta causal y recién por este medio se obtendrá la prueba que sustente el despido por este tipo de falta.

- *La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de estos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su labor.*

El primer supuesto implica la ausencia de honradez en el trabajador. Se ha determinado⁹⁴ que deben darse tres criterios para esta determinación: primero, que el bien del empleador pase al patrimonio de un tercero por obra del trabajador o al patrimonio de este último; segundo, que el suceso beneficie al trabajador o a un tercero y; tercero, que el acto perjudique al empleador. El segundo supuesto plantea el aprovechamiento del trabajador de los bienes y servicios del empleador, en cuyo caso se ha sugerido que exista una política de utilización apropiada de los bienes de la empresa que pueda respaldar esa sanción⁹⁵. Es preciso que se determine el uso de los medios a disposición de los trabajadores que son de propiedad de la empresa y que se formulen las reglamentaciones o directivas necesarias para que pueda evitarse infracciones que puedan quedar sin sanción efectiva por falta de previsión. Del mismo modo, la existencia de normas claras e ilustrativas operan en forma disuasiva para que los trabajadores no caigan en infracciones que pueden ser evitadas.

- *Uso o entrega a terceros de información reservada de la empresa.*

El trabajador no puede emplear la información confidencial o secreta de la empresa sin el consentimiento expreso del empleador. Es menester que se determine la correspondiente razonabilidad en la aplicación de esta causal para que no se degenere por el uso excesivo y extensivo de esta modalidad. El desvío de la información fuera de la empresa así como de los conocimientos que ella emplea para la consecución de sus fines incluso si no son declarados confidenciales previamente constituyen operaciones que también acaban con la confianza al

94 Expediente 028 – 89 – JT- AREQUIPA

95 Toyama Miyagusuku, Jorge. Op. cit. Página 143.



trabajador y son muestras de deslealtad y falta de honradez evidentes. Empero, debe tratarse de información cuya manipulación efectivamente cause daño a la empresa⁹⁶ o genere daño a otro trabajador de la empresa.

- *Sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa.*

Implica destinar información de la empresa fuera de ella para beneficiar a otro. Se sanciona desde el apoderamiento de los documentos sin que se tenga conocimiento por parte del empleador a quien sí le interesa que sus informaciones se mantengan dentro de la empresa para tomar sus decisiones. No es admisible que desde la propia empresa se den circunstancias que puedan perjudicar su existencia y la durabilidad de la empresa en el mercado.

- *Entrega de la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja.*

Hay que agregar, según la jurisprudencia, la voluntad subjetiva de causar perjuicio al empleador. Se debe acreditar la falta de veracidad de la información entregada al empleador, en cuyo caso no es necesario que exista un perjuicio al empleador.

- *Competencia desleal. En este caso hay que recurrir a una serie de conceptos que no forman parte del Derecho Laboral.*

Se realizan para otros o para sí mismo servicios que son similares a los que realiza para el empleador sin que medie una comunicación ni mucho menos que exista una autorización para que suceda. Ello puede suscitar perjuicio para los intereses de la empresa, pero de por sí ya se ha creado una situación donde la confianza se pierde por la evidente falta de honradez por parte del trabajador.

- *La concurrencia en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes.*

Evidentemente existe una disminución de la capacidad de trabajo en caso de la ingestión de licor o de drogas. Las medidas de seguridad e higiene se vulneran en forma inmediata por la incapacidad de tomar plena conciencia de la importancia y aplicación de las mismas. El problema estriba en la determinación de cuándo se está frente a la condición de ebriedad. Ante la inexistencia de una referencia laboral precisa se deberá recurrir a la tabla de alcoholemia que indica estados de ebriedad. La jurisprudencia ha señalado que la interpretación debe contener dos supuestos⁹⁷: primero, la gravedad de la falta se da por la asistencia reiterada en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas o estupefacientes; segundo, la gravedad de la falta queda constituida por la naturaleza de la función o trabajo que desempeña el infractor. La Policía está en condiciones de colaborar en la verificación, pero si el infractor se niega a pasar por los exámenes médicos respectivos, se considerará que ha reconocido el estado de embriaguez o de drogadicción, lo que tendrá que consignarse en el atestado respectivo. No debe

96 Expediente 253 – 2008 IDA (S)

97 Casación N° 787 – 2002 – JUNIN citado por Rodríguez García, Fernando y Quispe Chávez, Gustavo. Op. cit. Páginas 96 y 97.

olvidarse que una sola ocasión no acredita la causal como también habrá que considerar el tipo de trabajo que se realiza y, según el cual, la falta reiterada podría acarrear mayores dificultades a la empresa.

- *Los actos de violencia.*

Nada hay más enervante para el desarrollo armónico de la relación laboral que la perturbación que se produce por acción de la violencia. Es la manifestación más clara de la intolerancia y del quiebre de la convivencia en la vida social. La violencia adquiere muchas formas, pero evidentemente la forma física es la que más degenera las condiciones de productividad y profesionalismo dentro de un centro laboral. La agresión física por sí misma ya es una circunstancia lo suficientemente grave como para determinar el empleo de la causal y acabar con la relación laboral. Puede suceder que el acto de violencia suceda fuera del lugar de labores, en cuyo caso se deberá determinar si hay conexión con las actividades del trabajo para proceder al despido por este motivo.

- *Grave indisciplina.*

La inobservancia de una orden en forma reiterada no se encuentra dentro de este supuesto porque ya se ha legislado en otro acápite acerca de ello. Más bien nos encontramos ante una conducta que está completamente en contra del desarrollo habitual de las labores ordinarias y que, al mismo tiempo, contraviene la reglamentación que existe en la empresa. No se necesita que se dé la reiteración. Es un acto de incumplimiento grave que ya genera perjuicio para el empleador y para los demás trabajadores pues puede desencadenar un accidente.

- *La injuria.*

Nuevamente, dada la inexistencia del concepto en el Derecho Laboral, hay que recurrir a una conceptualización ajena al ámbito laboral y es mediante la definición de ultraje o agravio físico o verbal que afecta el honor de una persona, algo que en el fondo presenta un nivel de subjetividad muy evidente. Ahora bien, laboralmente, deberá ser de tal magnitud que no permita la continuación de la relación laboral. Para algún sector de la doctrina es suficiente la injuria de por sí, sin necesidad de la gravedad. Por ello, nuestra jurisprudencia ha determinado⁹⁸ que es necesario que se haya quebrantado la buena fe laboral y el respeto mutuo sin necesidad de que se haya hecho referencia a hechos delictuosos que formarían parte del delito de calumnia y no del caso laboral. Hay voces discrepantes que claman por la gradualidad, pero los fallos emitidos hasta la actualidad no apuntan en tal dirección.

- *Faltamiento de palabra verbal o escrita.*

Se trata de un motivo que, de alguna manera, se relaciona con el supuesto anterior y comprenderían incluso a la difamación como una ofensa grave contra un superior jerárquico, otro trabajador o el empleador. También puede ocurrir

98 Casación 1938 – 98 - AREQUIPA

fuera del centro de labores en la medida que se dé una conexión con lo que es estrictamente laboral.

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

Las actuaciones del trabajador que causen perjuicios de naturaleza material a los objetos descritos en el supuesto normativo caen en este supuesto que bien podría llamarse sabotaje⁹⁹. Además, habrá de tomar la precaución de tomar en consideración si efectivamente se produjo el *animus*, es decir, la voluntad de causar daño intencionalmente.

- *El abandono del trabajo.*

Cuando se produce la desaparición repentina y sin explicación alguna del trabajador del centro de labores sin que medie alguna justificación válida para retornar a las labores ordinarias en breve plazo; o cuando se ha cursado un preaviso de retiro voluntario del trabajador y no se le ha concedido la exoneración del plazo de treinta días; en ambos casos se está frente al abandono del trabajo. La jurisprudencia ha establecido un periodo de rangos, según el cual, uno de tres días consecutivos o de cuando menos cinco días no consecutivos durante un periodo de treinta días calendario o más de quince días dentro de un periodo de ciento ochenta días calendario configuran la causal. Empero, se produjo una distorsión de la norma porque ella solo se refiere a los tres días consecutivos en la modulación del supuesto. Para evitar esta circunstancia el trabajador deberá hacer que el empleador tome conocimiento de su ocurrencia con el relato de las razones que motivan su ausencia. Otro acontecimiento similar se puede producir en las relaciones de trabajo que son de temporada o discontinuos, pues el trabajador tiene conocimiento del reinicio de las actividades en cierto momento y decide no acudir por más de tres días consecutivos a su puesto de trabajo, lo que genera también la aplicación de la causal.

- *Las ausencias injustificadas.*

La obligación esencial del trabajador es la prestación personal de servicios, algo que se ve interrumpido cuando se producen ausencias injustificadas. No es necesario que cada vez que ello ocurra, el empleador formule una observación o remita un documento para dejarlas en claro, sino que sencillamente se producirá a su cómputo para el cálculo de los pagos a efectuar al trabajador, en donde se acreditará la comisión efectiva de la falta. No forman parte de estos supuestos, las justificaciones que sí hubiera practicado el trabajador y las comunicaciones que empleó para comunicarlo son de plena validez en tanto que no configuran el aspecto injustificado de la falta. También es preciso hacer hincapié en la razonabilidad que debe guardar el empleador al momento de calificar estos acontecimientos.

99 Rodríguez García, Fernando y Quispe Chávez, Gustavo. Op. cit. Página103.

- *Impuntualidad reiterada.*

Es una falta absoluta contra la diligencia que se espera del trabajador para el inicio de sus labores cotidianas. Comprende no solamente el llegar tarde, sino también el retirarse antes de la hora prevista para el cese de la jornada. La sola impuntualidad ocasional es motivo de sanción, pero representa una exageración llevarla al nivel de un despido. La forma más apropiada de sancionarla se produce cuando, previamente, se han dado una serie de amonestaciones, advertencias y sanciones que pretendieron corregir esta conducta inadecuada por parte del trabajador. De no existir estas medidas adelantadas, significará que el empleador ha renunciado a la posibilidad de despedir por esta causal.

- *La condena penal por delito doloso.*

En la medida que una sentencia haya quedado firme y la acción del empleador sea inmediata en la ejecución de la sanción, la pena impuesta penalmente, aunque no conlleve prisión efectiva, permite al empleador prescindir por vía de despido del trabajador. No se podrá despedir al trabajador por esta causal cuando el empleador lo contrató a sabiendas del hecho penal o cuando no practicó el despido apenas supo de la sentencia penal, lo que en forma tácita deberá entenderse como la voluntad del empleador de mantenerlo en su puesto.

- *Inhabilitación del trabajador.*

Un trabajador puede tener actividad pública y por ella, haber configurado alguna causal de inhabilitación para el desempeño de sus labores ya que ciertos oficios requieren de licencias, permisos o autorizaciones. En tal caso, el empleador deberá nuevamente proceder en atención al principio de inmediatez y concluir la relación laboral por despido, pero guardando que la sanción sea por más de tres meses, pues de lo contrario solamente se producirá la suspensión del contrato de trabajo.

a.2) Trámite del despido

- *Imputación de los cargos.*

El empleador remite una carta al trabajador en la que formula los supuestos en los que habría incurrido el trabajador con la finalidad de conceder el derecho a la defensa del trabajador. Se entrega inmediatamente después de haberse conocido los sucesos configurativos de laguna causal y se deben dar con suficiente detalle a fin de poder esclarecer completamente el contenido de la causal. Resulta recomendable que el empleador haga una investigación previa sumaria de los hechos que pueden hacer que se recaben una serie de documentos que acrediten la verificación del supuesto normativo de despido, lo que puede extender el plazo de la entrega de la comunicación, sin que ello signifique una vulneración del derecho del trabajador ni tampoco una dilación innecesaria.



- *Descargos del trabajador.*

Dentro de un plazo de seis días, el trabajador puede formular - por escrito también - su defensa cuando la falta se refiere a su conducta o su capacidad; en tanto que el plazo será mayor - treinta días - en caso la causal se refiriera a sus deficiencias. En el caso de hechos de la conducta, el empleador puede exonerar al trabajador de la concurrencia al centro de labores en tanto no se vea perjudicado su derecho a la defensa con este acto y persista el abono de su remuneración y demás derechos económicos. La flagrancia en la falta grave permite al empleador cursar directamente la carta de despido.

- *Entrega de la carta de despido.*

Una vez que el descargo se haya producido o que hayan transcurrido seis días en los cuales el trabajador no ha realizado descargo de ningún tipo, el empleador se encuentra facultado para proceder a despedir al trabajador por medio de una carta que consigna el supuesto específico fundado en ley, así como la fecha en que operó el cese. La carta se cursa a la dirección domiciliaria que se obre del trabajador. De haberse producido un cambio domiciliario, correspondía al interesado que se hubiere practicado la corrección, pues solo perjudica su derecho. Se remite carta simple, pero será menester emplear la carta notarial cuando exista la negativa de recepción por parte del trabajador.

b) El despido nulo

Estamos frente a un despido nulo cuando se produce un despido que no se encuentra fundamentado en las causales establecidas por ley debido a que constituye una evidente lesión de la dignidad de la persona y que redunde, por ello, en una infracción inaceptable de los derechos fundamentales.

Corresponde ante esta circunstancia que se produzca la decisión de reponer al trabajador en su puesto de trabajo porque el despido nulo busca evitar una circunstancia de ilegalidad en pos de salvaguardar la estabilidad laboral del trabajador.

b.1) Los supuestos de despido nulo son los siguientes¹⁰⁰:

- i. Que el trabajador sea candidato a representante de los trabajadores o actúe o haya actuado en esa calidad o por la afiliación de un trabajador a un sindicato o la participación en actividades sindicales. El derecho del trabajador para afiliarse a un sindicato no es sino una decisión que se efectúa para coligarse con otras personas que comparten el mismo empleo para defender sus derechos pues al hacerlo en forma conjunta la fuerza es mayor así como la capacidad para presionar al empleador. Como la libertad sindical es tutelada por la Constitución¹⁰¹, las actividades de este rubro deben guardar consonancia con la legalidad de las huelgas y de las demás actuaciones sindicales, hechas para defender derechos y no

¹⁰⁰ Rodríguez García, Fernando y Quispe Chávez, Gustavo. Op. cit. Página 117.

¹⁰¹ Constitución Política del Perú. Artículo 28.

para configurar elementos de naturaleza política. Ejercer la representación de los trabajadores como dirigente implica la existencia de una mayor responsabilidad en el actuar del trabajador y ello no puede significarle acto alguno de hostilidad por parte del empleador

- ii. Que el trabajador presente una queja o participe en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes. En este caso, es necesario que exista un nexo de causalidad entre la queja y el despido sucedido. Al respecto la jurisprudencia peruana ha delineado una serie de requisitos¹⁰²:
 - Que la queja contra el empleador o la participación en un proceso contra este se haya producido como consecuencia de la defensa de sus derechos y no como una manera de conseguir un medio de prueba para poder defenderse de un posible despido por causa justa.
 - Que el despido se produzca después de la formulación de la queja y con tanta cercanía en el tiempo que pueda convencer al juez de que se trata de una represalia.
 - Que el empleador no haya motivado en forma expresa su decisión de despedir al trabajador.
- iii. La discriminación del trabajador por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma. En primer lugar, este supuesto parte de la definición de discriminación laboral que efectúa la Organización Internacional del Trabajo¹⁰³. Se produce de tal forma que se hace una distinción, exclusión o preferencia. Las condiciones de igualdad se ven completamente alteradas y así, trabajadores que reúnen las mismas características y calificaciones van a ser tratados sin las mismas condiciones de igualdad. Contamos además con una norma específica al respecto¹⁰⁴. Por último, el Tribunal Constitucional ha consignado que existe un derecho a la promoción en el empleo en igualdad de condiciones, el cual se vulnera cuando se impiden o se dificultan a los trabajadores ascender en base a méritos o cuando se exigen requisitos no razonables o imposibles de cumplir¹⁰⁵. Las diversas dimensiones de la personalidad que no escapan a quien es trabajador no pueden generar que se le aparte o postergue en razón de sus creencias, opciones, sexo, idioma u opinión.
- iv. El embarazo de la trabajadora, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de una causa justa para despedir en realidad habrá procedido por ello, lo que resulta descalificador pues la maternidad no es una causa de separación del puesto de trabajo. El empleador debe probar que sí tuvo una causa justa para despedir que no encubra el hecho de estar embarazada o de haber alumbrado recientemente.

102 Rodríguez García, Fernando y Quispe Chávez, Gustavo. Op. cit. Página 124.

103 Convenio N° 111. Organización Internacional del Trabajo. Artículo 1.

104 Ley 26772, que prohíbe la discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades.

105 Sentencia del Tribunal Constitucional al Expediente 4331 _ 2008 _ PA _ TC del 12 de septiembre de 2008.



- v. Si el despido fue por razón de la existencia del SIDA en el trabajador. Este fatal virus crea de por sí una disminución de la masa laboral por la mortalidad que de ella proviene. Eso ya es más que suficiente, pero que además deba soportarse la marginación por ser un portador del virus es algo que nuestra legislación proscribiera. La mayoría de países, como nosotros, ha legislado de manera preventiva con la finalidad de hacer rastreos periódicos acerca de la presencia de este virus entre los trabajadores con la finalidad de lograr condiciones de protección social. De allí que en ciertos trabajos se haya llegado a establecer obligaciones específicas por parte del empleador respecto de las medidas de seguridad e higiene que deben tomarse. Por todo esto, el trabajador deberá demostrar el conocimiento que tenía el empleador de su condición de portador del virus en forma antelada, lo que habría motivado su separación del centro laboral y que sería el verdadero motivo del despido, lo que debe ser objeto de probanza.
- vi. Si el despido estuvo basado en razones de discapacidad. Hay un sector de personas que sufren de alguna forma de limitación física o mental que no les permite efectuar labores en las mismas condiciones que los demás. Nuestra legislación señala taxativamente que las personas en tales condiciones no pueden ser discriminadas por su propia condición. Con mayor razón, si se tiene a un trabajador con discapacidad, no se puede proceder a despedirlo por el hecho de serlo.

b.2) El tema de la probanza del despido nulo

Nuestra normativa ha consignado que el despido y el motivo alegado para efectuarlo no se pueden presumir ni mucho menos deducir. De esta manera, quien invoca debe estar en condiciones de probar aquello que alega, salvo el caso de la madre gestante donde se presume que la causa de despido es precisamente el embarazo. Uno de los temas trascendentes al respecto es la dificultad en la probanza que puede encontrar el trabajador. Quien ejecuta un despido de índole nulo no lo hace inocentemente ni con una simplicidad tal que sea fácil desbaratarla. Se espera que cuando menos el trabajador pueda aportar los lineamientos básicos para hallar la verdad en el despido nulo.

c) El despido indirecto

Si bien es cierto se reconoce el poder de dirección del empleador como una de los elementos característicos dentro de su posición, también es cierto que no es sencillo efectuar una delimitación de este poder, razón por la cual las manifestaciones de despidos indirectos no son sencillos de identificar.

Los actos de hostilidad que contempla la norma¹⁰⁶ son los siguientes:

- La falta del pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente.
- La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría.

¹⁰⁶ Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículo 30.

- El traslado injustificado del trabajadora lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios.
- La inobservancia de medidas de higiene y de seguridad.
- Los actos lesivos contra el trabajador o su familia.
- Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma.
- Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.
- Los actos de hostigamiento sexual.

d) El despido arbitrario

Existen oportunidades en que el empleador no tiene una razón que justifique la extinción de la relación laboral, en cuyo caso puede optar por separar al trabajador de todas maneras y pagarle una indemnización por el daño que le causa.

En tal supuesto deberá abonar el importe de una remuneración y media mensual por cada año trabajado hasta el tope de doce sueldos, lo que representa un cómputo de hasta ocho años, sin desmedro de los montos porcentuales por gratificaciones por recibir a que tuviere lugar o a las vacaciones truncas.

Capítulo

7

**DERECHO
COLECTIVO DEL
TRABAJO****LECTURA MOTIVADORA**

“El mercado de los sindicatos en búsqueda de afiliados ha sido el de los trabajadores formales. La flexibilización y otros fenómenos como la tercerización, al igual que el avance de la informalidad, han minado la creación de puestos de trabajo en el sentido acostumbrado, y abierto más bien nuevas formas de trabajo que no corresponden a esos moldes.

Los sindicatos tendrán que abandonar sus arcaicos métodos de reclutamiento y preocuparse de manera más directa y eficaz de esos grupos de trabajadores no tradicionales. En vez de refugiarse en la gran empresa, donde los cuadros son homogéneos y están fácilmente al alcance, tendrá que orientar sus esfuerzos hacia la pequeña y mediana empresa, que es la generatriz de empleo, a cuyo objeto tiene que replantear sus formas de reestructuración, que en América latina, con contadas excepciones, ha estado concentrada en la empresa, para aventurarse hacia sindicatos verticales y horizontales capaces de aglutinar contingentes tan dispersos como son los de las organizaciones empresariales reducidas. En otras palabras, si la empresa elefantiásica está en declive y si las mayores fuentes de empleo estarán en las empresas de mínimo nivel, la forma de organización sindical a nivel de empresa no es funcional, y deberá evolucionarse hacia un sindicalismo de escala, que pueda reunir y unificar muchos grupos diversos.

De otro lado, el sindicato no puede permanecer al margen - y dejar marginados - a los informales y a los desocupados. Si hasta ahora los sindicatos se han orientado solamente a captar y a representar a los



trabajadores formales, cuyo número y proporción está en franco descenso, los sindicatos tienen que imaginar nuevos modelos que les permitan captar, organizar y representar adecuadamente a quienes carecen de un empleo formal, sea porque pululan en la informalidad, sea porque son independientes, sea que se encuentren en la grave situación de desempleo, que es hoy una ominosa y creciente realidad, instalada en casi todas las economías”.

Mario Pasco Cosmópolis. *El futuro de los sindicatos en el siglo XXI. Ius et veritas* N° 15. Revista editada por los estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

1. CONCEPTO

El Derecho Colectivo del Trabajo es una parte del Derecho Público que se encarga de la regulación de los mecanismos y de los resultados de una negociación colectiva de trabajo entre una empresa y los trabajadores agrupados bajo la representación de un sindicato. Se da en esta forma con el objeto de atenuar las circunstancias de desigualdad que suelen existir entre partes orgánicamente desiguales en la relación laboral.

La finalidad de este derecho estriba en la regulación de las relaciones entre empresa y trabajadores y de ambos frente al Estado con respecto del trabajo subordinado que se desempeña diariamente en el centro de labores, de tal forma que no se vulneren los derechos de los trabajadores ni se pueda forzar en forma anti económica a una empresa que es fuente de sustento para sus propios trabajadores. En caso los mecanismos del Derecho Colectivo del Trabajo sean los apropiados y eficaces se lograrán condiciones de paz social dentro y fuera de la empresa ya que se demostrará la validez y vigencia de diversas formas de diálogo para solucionar los conflictos y diferencias laborales que existen entre la empresa y los trabajadores, ambos en la búsqueda del máximo provecho a su capital y a su esfuerzo.

Características del Derecho Colectivo del Trabajo¹⁰⁷.

1. Busca compensar la desigualdad estructural de los trabajadores.
2. Genera un mínimo de garantías protectoras del Derecho del Trabajo.
3. Es imperativo.
4. Es necesario para impedir el conflicto social.
5. Es realista.

¹⁰⁷ Díaz Aroco, Teófila. *Derecho Colectivo del Trabajo*. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. 2° edición. Lima, 2009. Página 45.

6. El interés privado debe ceder ante el interés público.
7. Es democrático.
8. Es autónomo.

2. NATURALEZA

El Derecho Colectivo del Trabajo es de naturaleza mixta pues en él confluyen y coexisten el interés de los trabajadores en tanto fuerza sindical y la entidad de la empresa.

3. FUENTES DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

3.1. La Constitución Política

Dos son las fuentes constitucionales laborales a las que nos podemos remitir. De un lado, el artículo 2.15 de la Constitución permite la elección y ejercicio libre del trabajo, con sujeción a la ley que tiene del trabajador. El Tribunal Constitucional ha sostenido que: "*La Constitución asegura el derecho de optar, a condición de que sea lícita, por alguna actividad de carácter individual y/o física, con el objeto directo o indirecto de obtener un provecho material o espiritual; tal atributo se extiende a la potestad de posteriormente cambiar o cesar en dicha labor*"¹⁰⁸.

Por otro lado, el artículo 2.13 de la Constitución consagra el derecho a la libre asociación, que se funda en la libertad del ser humano para coexistir de manera cercana con otros e incluso buscar entre varios la consecución de objetivos comunes, de allí que exista libertad también para elegir los fines de la asociación de índole sindical.

3.2. Los tratados internacionales

De manera indirecta, la Constitución señala la jerarquía de los tratados internacionales a los cuales se puede someter la regla de la ley posterior para dejarlas sin efecto, lo que significa que, a diferencia de la mayoría de los países del orbe, no se reconoce la primacía de los tratados internacionales sobre las normas internas¹⁰⁹.

3.3. La ley

No es posible que la sola negociación entre las partes pueda formar parte del Derecho Colectivo del Trabajo. Se trata de fijar un conjunto de pautas, pasos y momentos

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional al Expediente 0008_2003_AI_TC del 11 de noviembre de 2003.

¹⁰⁹ Neves Mujica, Javier. *Las fuentes del derecho del trabajo en las constituciones de 1979 y 1993*. En Revista Ius et Veritas N° 9. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Página 25.

normados en los cuales es posible arribar a ciertos acuerdos entre las partes. La ley es el documento donde se dan esas pautas y por ello sirve de marco indispensable para llevar adelante las tratativas entre los sindicatos y las empresas.

3.4. La costumbre

Se trata del conjunto de hechos o prácticas aceptados y ejecutados con carácter obligatorio por un conjunto numeroso de trabajadores, como una norma jurídica espontánea¹¹⁰.

3.5. La jurisprudencia

Los fallos firmes y las sentencias definitivas se transforman en una fuente formal a la que es posible acudir en la búsqueda de claridad o dilucidación de los problemas prácticos que se enfrentan a través de la negociación colectiva.

4. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Antes hemos señalado ya que los principios son preceptos jurídicos que constituyen fundamentos para el área. Son siempre de carácter normativo pues tienen carácter normativo.

Los principios aplicables son los siguientes:

4.1. Principio de protección al trabajador

En la medida que pueda garantizarse el derecho de todos los trabajadores para coaligarse y organizarse para defender sus derechos y hacer valer sus reclamos se estará en condiciones de asimilar la dimensión de este principio, por el cual no solamente se reconoce la desigualdad del trabajador considerado individualmente, sino su opción por formar fuerza en el derecho a la asociación consagrado constitucionalmente.

4.2. Principio de codecisión en la empresa

Favorece la co-gestión de los trabajadores en la empresa ya que, al involucrarse con el proceso productivo y conocer los medios apropiados para crecer y defenderse de las crisis económicas, al mismo tiempo, estará en condiciones de defender mejor su puesto de trabajo y los derechos que surgen por ser trabajador de una empresa. La participación de los trabajadores en la empresa proporciona un matiz muy relevante en los mecanismos de trabajo contemporáneos, pero también puede convertirse en un obstáculo para las decisiones rápidas de naturaleza gerencial que debe hacer una empresa en el contexto de la economía globalizada.

¹¹⁰ Díaz Aroco, Teófila. Op. cit. Página 76.

Existen algunas figuras de participación sindical que Díaz (2009)¹¹¹ considera pertinente mencionar como: el derecho a la consulta, el derecho a negociar acciones o planes y el derecho a participar en la toma de decisiones conjunta

4.3. Principio de autonomía colectiva

Proviene del reconocimiento que de ella hace el Estado pues resulta más apropiado y beneficioso que la regulación de las condiciones de trabajo por las asociaciones es más provechosa por la cercanía de los actores comprometidos. Por ello, el trato directo, la conciliación y el arbitraje manifiestan la vigencia de este principio.

4.4. Principio de la defensa de intereses y la paz laboral

El objetivo que se busca es la solución de los conflictos de intereses naturales entre las partes. Por medio de la negociación, de la cesión de posiciones, de los matices a las mismas se trata de llegar a los acuerdos necesarios en que ambas partes puedan sentir que han conseguido mejoras que los satisfagan aunque el ideal de totalidad no pueda ser obtenido por esta vía.

5. LA LIBERTAD SINDICAL

Rendón (1987)¹¹² afirma que: “*La libertad sindical es la facultad que tiene toda persona de asociarse en una organización sindical en aplicación de los derechos de libertad de adherirse, de no adherirse, de retirarse de ella, de administrar la organización y de realizar los fines de esta*”.

Para que los fines sean conseguidos la organización sindical tiene que alcanzar la unidad sindical, lo que no podrá conseguir si no se garantiza la protección a su libertad sindical y a los derechos que les son inherentes. El sindicato busca el equilibrio varias veces descrito con la empresa.

No olvidemos que haber consagrado un derecho no necesariamente significa que se aplicará en la manera en que fue normado. Por eso, Villavicencio (2010)¹¹³ explica: “*Es unánime el reclamo respecto de lo imprescindible que resulta la adopción de un adecuado andamiaje normativo, procesal e institucional para garantizar la vigencia de la libertad sindical que será tanto más necesario cuanto más débil sea el movimiento sindical, puesto que, en lo que respecta a las relaciones laborales, las normas legales carecen a menudo de eficacia, si no se encuentran además reforzadas por sanciones sociales, es decir, por el poder equilibrador de los sindicatos y demás organizaciones de trabajadores expresado a través de la consulta y negociación con*

111 Díaz Aroco, Teófila. Op. cit. Página s 88 y 89.

112 Rendón Vásquez, Jorge. *Derecho del Trabajo Colectivo*. Editorial Edial E.I.R.L. 5° edición Lima, 1998. Página 65.

113 Villavicencio Ríos, Alfredo. *La protección de la libertad sindical y su regulación (limitada y simbólica) en el Perú*. En *Derecho Colectivo del Trabajo*. Asociación Civil Ius et Veritas y Jurista Editores E.I.R.L Lima, 2010. Páginas 241 y 242.

el empresario, y, en último término, si el mismo texto, que las leyes tratan de limitar el poder de mando de los empresarios. Su éxito en este punto depende del grado de organización de los trabajadores”.

6. LAS CLÁUSULAS SINDICALES

Conforman la convención colectiva y consisten en el establecimiento de condiciones a las relaciones sindicales y a las normas susceptibles de causar obligaciones entre las partes. Es la fuerza vinculante expresada por medio del convenio colectivo porque resulta de aplicación obligatoria para la empresa, para los trabajadores sindicalizados y a los que se incorporen posteriormente a la celebración del convenio.

6.1. Tipos de cláusulas

- La cláusula de taller cerrado (closed shop). Por medio de la cual, el sindicato exige al empleador que no admita trabajadores que no formen parte del sindicato.
- La cláusula de taller sindical (unión shop). Por medio de la cual, el empleador puede contratar trabajadores no sindicalizados con cargo a que, dentro de un plazo determinado, se afilien al sindicato de la empresa.
- La cláusula de preferencia (preferential shop). Que consiste en el otorgamiento de prerrogativas, canonicías o preferencias a los trabajadores sindicalizados, lo que implica un adicional que podía ser determinante al momento de ser contratado por una empresa.
- Cláusula open shop. Que es la preferencia en el ingreso al centro de labores para trabajadores no sindicalizados.
- Cláusula de condición impuesta. Que implica solicitar al trabajador, como requisito de ingreso, la no pertenencia a sindicato alguno y la obligación de no afiliarse a ninguno.
- Cláusula de mantenimiento de la afiliación. Que plantea la obligación del empleador de despedir a los trabajadores que se desafilien del sindicato.
- Cláusula de cotización sindical obligatoria. Supone que el empleador debe retener la cuota sindical a los trabajadores que no forman parte del sindicato

En el ordenamiento jurídico peruano, las cláusulas sindicales se encuentran expresamente prohibidas¹¹⁴ ya sea en el ámbito público como en el ámbito privado.

7. LOS CONFLICTOS LABORALES

El conjunto de controversias surgido como consecuencia de la vigencia y dinámica de las relaciones laborales entre las partes involucradas – empleador y trabajadores

¹¹⁴ TUO del Decreto Supremo N° 010 – 2003 – TR. Artículos 3 y 4.



- constituye al todo de los conflictos laborales. En el contexto mundial actual donde predominan la desregulación y la flexibilización laboral los derechos del trabajador pueden resumirse finalmente en una indemnización cuando se debería acudir a ciertos niveles de estabilidad en el trabajo.

7.1. Instituciones comprometidas en la solución de los conflictos laborales

- *El Servicio de Relaciones Industriales*, institución de larga data entre nosotros¹¹⁵, que obliga a las empresas con más de cien trabajadores a que tengan una dependencia especializada para llevar adelante las relaciones laborales de manera permanente.
- *La Inspección Laboral*. Es el conjunto de normas, órganos, servidores públicos y medios que contribuyen al adecuado cumplimiento de la normativa laboral de prevención de riesgos laborales, colocación, empleo, trabajo infantil, promoción del empleo y formación para el trabajo¹¹⁶. A través de la visita y de la constatación de las condiciones en que se presta el trabajo en contraste con lo dispuesto por ley, se obtiene información detallada del quehacer cotidiano en las empresas - desde el punto de vista ocupacional - con lo cual puede orientarse a los trabajadores y empleadores de los derechos y obligaciones que la normativa estipula.

7.2. Mecanismos comprometidos en la solución de los conflictos laborales

a) La negociación

Es la manera en la que participan las dos partes de la relación laboral y es mejor que no aparezca ningún tercero ajeno a la relación laboral. Es la ocasión propicia para tratar de resolver las diferencias de intereses entre las partes bajo el control de ellos mismos. Generalmente se aplican una serie de estrategias que pueden colaborar a que las partes identifiquen realmente los problemas y puedan solucionarlos en la forma más conveniente posible¹¹⁷. El punto de equilibrio que toda negociación exige es normalmente alcanzado como producto de la capacidad negociadora de las partes.

b) La mediación

Parte de la existencia de un tercero adicional a las partes con características de imparcialidad con la finalidad de ayudar a las partes a conseguir el éxito en la negociación bajo la figura del amigable componedor. En realidad, colabora con la

115 Decreto Ley 14371.

116 Ley 28806. Ley General de Inspección de Trabajo. Artículo 2.

117 Existen muchos medios por los cuales se pueden diseñar estrategias al respecto. Uno de los clásicos del tema es el texto de Fisher y Ury *Sí ... de acuerdo. Como negociar sin ceder*. Editorial Norma S. A. 13ª edición, Bogotá, 2007.



asertividad pues trata de hacer más notorios los lenguajes y objetivos de cada parte para la otra por medio del esfuerzo centrado en la aspiración común de solucionar los conflictos.

c) La conciliación

Consiste en la participación de un tercero neutral a quien las partes han designado para que los ayude a llegar a una solución negociada. Parte del reconocimiento de un entrapamiento de la negociación por medio del acercamiento de las partes y de la desaparición de las asperezas naturales de dos partes que pretenden siempre lograr todos sus objetivos en desmedro del otro.

d) El arbitraje

Se trata de la decisión dictada por un tercero, que se encuentra premunido de las facultades para hacerlo por encargo de las partes involucradas. La decisión adoptada asume la denominación de fallo arbitral y deberá ser cumplida por las partes.

e) La transacción

Es el establecimiento de concesiones recíprocas definitivas en la confianza de evitar que se genere un litigio no deseado por las partes y que seguramente agudizará las condiciones de incapacidad para el diálogo, lo que no ayuda al clima laboral que se espera para lograr condiciones de competitividad laboral.

8. EL SINDICATO

La decisión de un número mayoritario de trabajadores en una empresa que cuenta con más de cien de ellos consiste en la plasmación de las libertades de asociación y de libertad sindical. La normativa busca que esta decisión se haga pública. La constitución de un sindicato es un acto de carácter formal, el cual debe llevarse a efecto en el marco de una asamblea debidamente convocada para tal fin. La asamblea puede ser cerrada cuando se ha convocado a solamente una parte de los trabajadores que no podrá ser menor de veinte, mientras que la asamblea será abierta cuando se haya convocado a todos los trabajadores sin distinción alguna.

La asamblea elige a una Junta Directiva y, en la misma reunión o en otra posterior, se procede a la aprobación de los estatutos.

El medio apropiado es la constitución de un acta que contendrá el lugar y la fecha de la asamblea constitutiva así como el listado de los asistentes a la asamblea fundacional. Consta también la voluntad expresa de los asistentes para formar el sindicato y la denominación que asumirá. Se colocará los nombres de los elegidos para presidir la asamblea y para ser secretario de la misma. El acta ha de ser refrendada por el notario público convocado o en todo caso por el juez de paz de la zona. En ambos supuestos, deberá el funcionario deberá estar presente, en caso contrario se les hará llegar el acta con la finalidad de proceder a la legalización de la misma.



Según el tipo de sindicato se necesita lo siguiente:

- Sindicato de empresa: veinte trabajadores.
- Sindicato de actividad: cincuenta trabajadores.
- Sindicato de gremio: cincuenta trabajadores.
- Sindicato de varios oficios: cincuenta trabajadores.

Nuestra ley admite el pluralismo sindical, lo que significa que en un mismo centro laboral pueden coexistir diversos sindicatos con un número mínimo de veinte afiliados. Suele suceder que haya sindicato de obreros, otro de empleados así como sindicatos mixtos.

Posteriormente se produce el acto no constitutivo denominado registro sindical ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, que le permite acceder a la personería gremial, por medio de una resolución de registro, con lo cual se accede a la publicidad indispensable para el sindicato. Ahora bien, a partir de dicho registro también se está expedito para inscribirse en el registro de asociaciones con la finalidad de tener personería civil, en caso se considere necesario.

El sindicato tiene dos órganos. El primero de ellos es la asamblea, que se caracteriza por tener una función deliberativa ya que en ella se toman las decisiones de la organización así como se discuten las posiciones que se asumirán. El otro órgano es la Junta Directiva, que se encarga de las labores ejecutivas, es decir, de hacer cumplir los acuerdos a los que se hubiere llegado en torno a la asamblea.

9. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE TRABAJO

Consiste en el grupo de actos procesales que puedan llevar a la celebración del convenio colectivo a través del intercambio de posiciones, acuerdos y promesas recíprocas entre los representantes sindicales y el empleador o sus representantes. Rendón (1998)¹¹⁸ explica que: *“Este procedimiento constituye el marco legal que posibilita el ejercicio del derecho de negociar de los trabajadores, y, recíprocamente, el cumplimiento de la obligación de negociar de los empleadores, o de otras personas respecto de los trabajadores dependientes y de los trabajadores independientes a los cuales subordinen económicamente”*.

9.1. Fines

Los fines de la negociación colectiva son los siguientes¹¹⁹:

- Fijar las condiciones de trabajo y empleo.
- Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores.
- Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores o lograr todos estos fines.

¹¹⁸ Rendón Vásquez, Jorge. Op. cit. Página 167.

¹¹⁹ Convenio N° 154 de la OIT. Artículo 2.

Se convoca a la asamblea de sindicalizados con la finalidad de recabar la mayor cantidad de información sobre la marcha de la empresa. Suele acudir a la metodología de la formación de grupos para discutir problemas o áreas concretas de acción; luego de lo cual se determinan las demandas y las necesidades específicas. Finalmente se elaboran propuestas de negociación para cubrir las necesidades previstas.

En la negociación intervienen las organizaciones sindicales y los representantes de los empleadores dentro del clima legal de autonomía para decidir, por acuerdo, de los temas tratados. Para la deliberación se presenta un Pliego de Reclamos, que es la delimitación objetiva de las demandas de los trabajadores. También es posible contar con asesores para la negociación, personas encargadas de proporcionar equilibrio al manejo de información y, también, medios de solución por medio del consejo profesional en temas económicos, sociales o legales.

9.2. Proceso de negociación colectiva

Etapa de preparación integral, que comprende el empleo de la mayor información posible para negociar, tener en cuenta los acuerdos a los que se pudieron llegar en forma precedente y la formulación de un informe previo para negociar. Dicho informe debe contener a la cantidad de trabajadores implicados en la negociación, la duración del futuro convenio, las reivindicaciones económicas, administrativas, normativas y contractuales, la fecha de entrada en vigor, los turnos de trabajo, las jornadas especiales y los elementos de seguridad requeridos para el desempeño diario.

Etapa de negociación. Implica la reunión entre sí, calendarizada, entre ambas partes. También supone el establecimiento de una agenda que permita evitar la dispersión de las conversaciones. Se sugiere que la negociación sea en un lugar que ambas consideren neutral. Ha de fijarse también la manera de llevar a cabo las reuniones y llevar un acta de acuerdos.

Consulta a las bases. Durante el proceso, los miembros del sindicato deben estar informados de los avances y demoras de la negociación con la finalidad de no perder las condiciones de legitimidad idóneas para sostener las conversaciones.

Redacción del acuerdo final. Supone poner en letras definitivas todos los acuerdos a los que se hubiere llegado. En caso no se haya llegado a un acuerdo, los trabajadores pueden acceder al arbitraje o hacer uso de su derecho de huelga.

9.3. Contenido del convenio colectivo de trabajo

Doctrinariamente, este tema se desarrolla en función de la clasificación de las cláusulas del convenio¹²⁰.

¹²⁰ Toyama Miyagusuku, Jorge. *El contenido del convenio colectivo de trabajo*. En Derecho Colectivo del Trabajo. Asociación Civil Ius et Veritas y Jurista Editores E.I.R.L Lima, 2010. Páginas 404 – 414.



- a) Contenido normativo. Son las que se aplican a todos los sujetos comprendidos en el ámbito de la negociación. Nuestra norma dice que ¹²¹ se trata de aquellas que se incorporan automáticamente a los contratos individuales de trabajo y los que aseguran y protegen su cumplimiento. Pueden tratar acerca de los siguientes temas:
- Económicos y laborales.
 - Sindicales.
 - Asistenciales y de empleo.
- b) Contenido obligacional. Son cláusulas que no comprenden a todos los trabajadores sino a quienes suscribieron los convenios. Pueden versar acerca de:
- Deber de paz y tregua.
 - Deber de ejecución leal del convenio.
 - Organización de la actividad contractual.
 - Administración del convenio.
- c) Contenido delimitador. Son las cláusulas que determinan el ámbito de aplicación y vigencia del convenio, estableciendo el radio de aplicación funcional, territorial, temporal y personal del convenio.

Los efectos de las cláusulas hay que verlas en función del contenido que tuvieron. Así, las normativas se interpretan como si fueran normas jurídicas mientras que las de contenido obligacionales y delimitadores se deberán interpretar con las reglas de los contratos. La posición más aconsejable es la interpretación del convenio como un todo y aplicarles los diversos métodos de interpretación normativa y contractual para no separar allí donde se ha creído más bien en la unicidad.

10. LA HUELGA

La huelga es la suspensión colectiva del trabajo que debe haber sido acordada por la mayoría de los trabajadores por intermedio de una asamblea válidamente convocada, que debe contar con la concurrencia de , por lo menos, más de la mitad de los trabajadores en total de la empresa, pues de lo contrario no podrá considerarse que existió el quórum correspondiente; y llevada a cabo de manera pacífica y en forma voluntaria a través del abandono del centro de labores. Cabe señalar que este acuerdo debe ser tomado tanto por los trabajadores sindicalizados como por lo no sindicalizados que laboran en una empresa pues, para efectos legales, la huelga los comprende a todos.

¹²¹ Reglamento de la ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Artículo 29.

La huelga es improcedente si se ha sometido la controversia a un arbitraje. Además, la Autoridad Administrativa de Trabajo puede declararla improcedente, lo que permite que el sindicato apele la decisión y no empiece la medida hasta obtener la declaración de fundada. No podrá haber huelga legal si la segunda instancia confirma la improcedencia y el sindicato insiste en realizarla.

Esta medida extrema de fuerza tiene que ser comunicada cinco días antes del inicio para saber desde cuando se formuló el preaviso tanto al empleador como a la Autoridad Administrativa de Trabajo. El plazo se da con el objetivo de permitir un último momento de negociación y el agotamiento de cualquier gestión de negociación. En caso de tratarse de un área que brinda servicios públicos esenciales, el plazo permite al empleador disponer lo necesario para evitar la paralización total de los mismos. Finalmente, la comunicación deberá llevar como anexo una copia del acta de votación.

La duración de la huelga podrá ser a plazo determinado así como también puede plantearse de forma indefinida. Cualquiera de estos supuestos deberá haber sido consignado en el acuerdo que se adoptó para entrar en huelga. Cuando la huelga cubre un espacio temporal prolongado debe hacerse una consulta para la ratificación de la continuación de la misma que comprende a la quinta parte de los trabajadores ya sean sindicalizados o no sindicalizados. Solo en el caso de la huelga indefinida, esta continúa en tanto no se acuerde el levantamiento de la huelga.

Cabe aclarar que existe también el concepto “paro”, el cual se refiere al cese de labores por un espacio temporal breve en adhesión a cierta actitud o como forma específica de protesta dentro de la jornada ordinaria de trabajo.

Las modalidades irregulares que no se admiten en el ejercicio de la huelga son las siguientes:

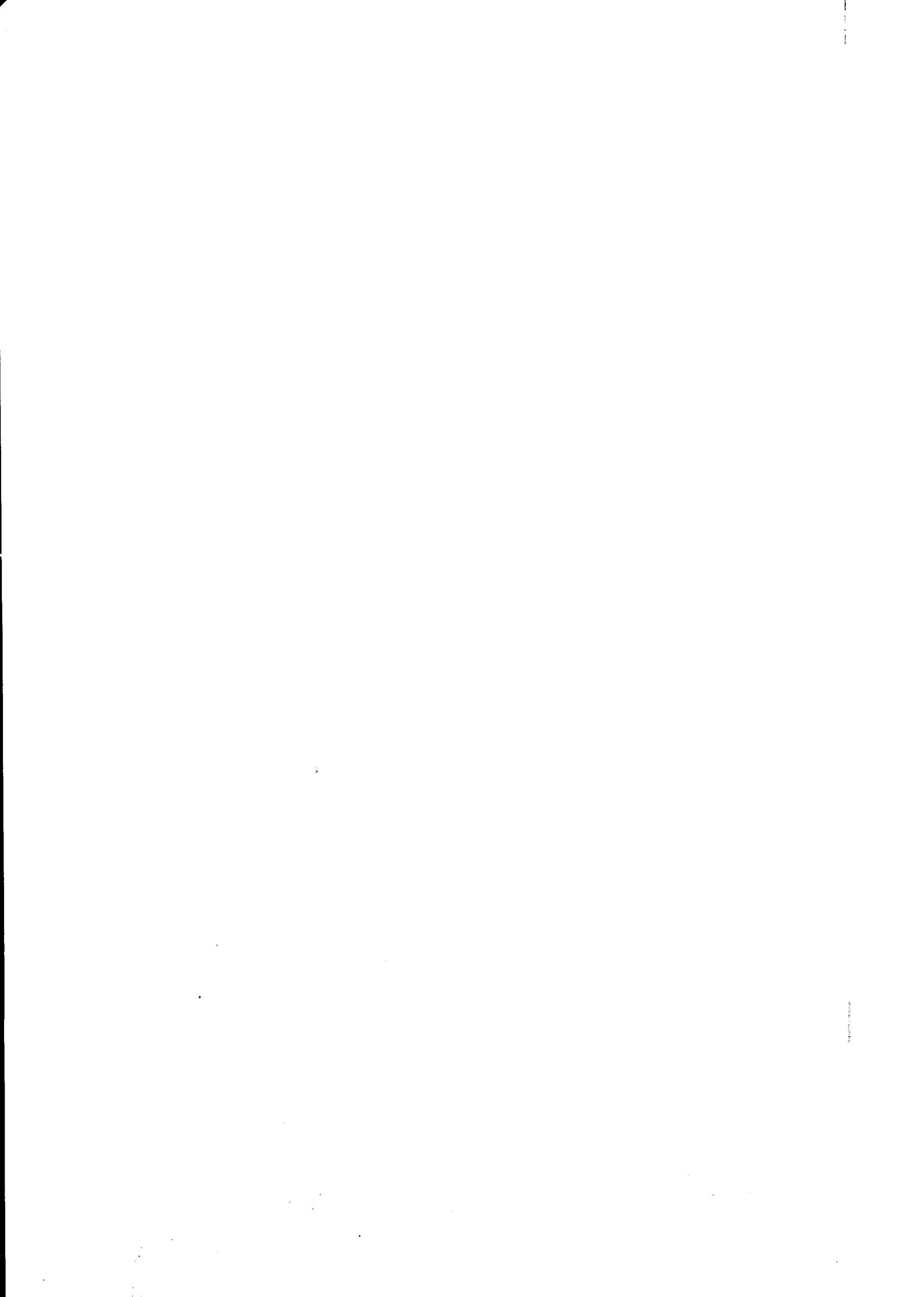
- Paralización intempestiva.
- Paralización de zonas o secciones neurálgicas de las empresas.
- Trabajo a desgano a ritmo lento o a reglamento.
- Reducción deliberada del rendimiento, que puede configurar más bien una falta grave y convertirse en un despido justificado.
- Paralización con permanencia en el centro de labores.
- Obstrucción de ingreso al centro de labores.

La huelga puede ser declarada ilegal si:

- Se materializa a pesar de haber sido declarada improcedente.
- Incurrió en modalidades irregulares de huelga
- No se levantó después de la notificación del laudo arbitral o resolución definitiva que puso fin a la controversia laboral.



La huelga puede ser levantada con un aviso de 24 horas de anticipación a través de comunicación al empleador y a la Autoridad Administrativa de Trabajo. Por tal motivo, los empleadores deben reanudar sus labores y los trabajadores deben reincorporarse a su centro de trabajo, pues de no ser así se perfilará la causal de inasistencia injustificada, materia de despido causado.



Capítulo

8

LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS

LECTURA MOTIVADORA

“El derecho a la estabilidad laboral, que le otorga protección al trabajador frente a la decisión injustificada del empleador de extinguir la relación laboral, le corresponde a todo trabajador en relación de dependencia, no interesando la calidad del empleador, que puede ser un privado o el Estado. Lo único que interesa es que siempre que exista una prestación de servicios de manera subordinada y a cambio del pago de una contraprestación, hay una verdadera relación laboral. Cuando se entable dicha relación empiezan a generarse una serie de derechos laborales fundamentales de titularidad la su parte más débil: el trabajador. Uno de esos es el derecho a la estabilidad laboral, derecho cuyo contenido ha sido confiado en su delimitación al legislador nacional. Este detentador de potestad normativa no puede desconocer este derecho, ya que, el legislador no crea los derechos, solo los reconoce y delimita su contenido.

La relación jurídica que se entabla cuando se celebra un CAS es una verdadera relación laboral, en la cual el Estado es el empleador. Si estamos frente a una verdadera relación laboral, el trabajador es titular de un derecho a la estabilidad laboral que no se le puede negar. Tal derecho será el mismo que titulariza todo aquel que mantiene una relación laboral con el Estado. A pesar de que aparentemente este derecho no les corresponde a los contratados por CAS, consideramos que existen razones suficientes para defender la existencia de una verdadera relación laboral en este régimen. De este modo, esta investigación no hace sino seguir un derrotero

que propugna el respeto de los derechos laborales fundamentales de todo trabajador. Pero, a la vez, somos de la idea de que tal defensa no puede plantearse si antes no se reconoce un sustrato subyacente a la protección de los derechos laborales y la dignidad del trabajador, y que radicaría en el reconocimiento de una relación laboral cuando estemos frente a la concurrencia de sus tres elementos esenciales. Lo contrario, es decir, negar que haya relación laboral en ciertos casos, como ocurre en el CAS, a pesar de que estemos frente a sus elementos, no hace sino generar situaciones inconstitucionales y problemáticas. Por eso es urgente que el legislador nacional entienda que las normas que él diseña deben siempre guardar congruencia entre sí, y, sobre todo, con la Norma Fundamental y los derechos fundamentales en ella reconocidos”.

Huamán Estrada, Elmer. Vulneración del contenido del derecho a la estabilidad laboral en el régimen de la contratación administrativa de servicios. Revista Jurídica del Perú. Tomo 105. Lima, 2009.

1. LA CONTRATACIÓN PARTICULAR EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS

El Estado debe procurarse del personal calificado necesario para el cumplimiento de sus fines, pero no puede hacerse de todas las plazas que debiera por motivos estrictamente presupuestarios ya que tendría que gastar muchos recursos que no tiene cómo mantener en el tiempo. Por tal razón, se han diseñado una serie de formas de acceso al empleo laboral público que permitan contar con el recurso humano indispensable para que las labores públicas puedan desempeñarse con mínimos de eficiencia.

2. FORMAS DE PRESTAR SERVICIOS EN EL SECTOR PÚBLICO

2.1. La carrera administrativa

Es la modalidad típica y esencial que consta del conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable, prestan servicios de manera permanente en la Administración Pública¹²², lo que permite la incorporación de personal idóneo por medio del proceso de selección conocido como Concurso Público, lo que les permite entrar en la carrera pública y desarrollarse personalmente a través del trabajo. El régimen se construye sobre la base de calificaciones y de méritos de los servidores. Para estar incurso en esta modalidad es necesario que el servidor sea ciudadano

¹²² Potozén Braco, Boris. *El marco normativo del régimen especial de contratación administrativa de servicios*. En *Actualidad Jurídica* N° 181. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2010. Página 251.

peruano en ejercicio; acredite buena conducta y salud comprobada; reúna los atributos propios del respectivo grupo ocupacional; se presente y sea aprobado en el concurso respectivo y; cumpla particularidades que el concurso o la entidad proponga. Todos los requisitos se encuadran, además, con la existencia de un Cuadro de Asignación Presupuestaria (CAP) que haga posible la vacante.

2.2. Contratación de servicios permanentes

Consiste en la contratación de un servidor para la realización de labores administrativas permanentes, pero solamente de manera excepcional cuando se produzca un caso de máxima necesidad que debe fundamentarse por parte de la entidad administrativa a través de la autoridad competente¹²³. Empero, esta modalidad no puede ser mayor ni extenderse más allá de tres años consecutivos, aunque nada dice respecto de contrataciones de esta naturaleza que no sean consecutivas. Se le reconocen todos los derechos laborales existentes menos la estabilidad en el empleo debido a la naturaleza de esta forma de contratación. Al cabo de los tres años, el trabajador estará apto para ingresar en la carrera administrativa por nombramiento en la medida que el CAP exista y se cumpla con una evaluación favorable. Los años de servicios prestados anteriormente serán objeto de reconocimiento.

2.3. Contratación de servicios temporales y accidentales

Esta modalidad se encuentra reservada para los supuestos de trabajo de obra o actividad determinada; labores en proyectos de inversión y proyectos especiales cualquiera sea su duración; y labores de reemplazo de personal permanente impedido de prestar servicios, siempre y cuando sea de duración determinada. No se contrata a través de un concurso público sino que se selecciona al personal dentro de un grupo determinado de candidatos – suele hacerse entre una terna -. No se genera derecho alguno al término del contrato ni mucho menos forma alguna de estabilidad laboral.

2.4. Contratación laboral a plazo determinado

Es una modalidad que proviene del régimen laboral privado y consiste en la prestación de servicios de manera subordinada y remunerada que se instrumentaliza por medio de un contrato escrito.

2.5. Contrataciones laborales sujetas a modalidad

Se producen por necesidades de mercado o por mayor producción de una empresa o cuando represente una exigencia de naturaleza temporal o accidental del servicio que se prestará o de la obra que se ejecutará. Bajo esta modalidad se pueden producir los siguientes contratos:

- Contrato por inicio o lanzamiento de una nueva actividad.
- Contrato por necesidades de mercado.

¹²³ Decreto Supremo N° 050 – 90 – PCM, Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa. Artículo 39.

- Contrato por reconversión empresarial.
- Contrato ocasional.
- Contrato de suplencia.
- Contrato de emergencia.
- Contrato específico.
- Contrato intermitente.
- Contrato de temporada.

3. RÉGIMEN ANTERIOR

El antecedente más antiguo se ubica en el Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios No personales (RUA)¹²⁴ cuya finalidad era la concentración y el ordenamiento de una serie de formas dispersas en la Administración Pública. Esta normativa daba las reglas que debían cumplir las entidades del Sector Público para, entre otras cosas, la locación de servicios con cualquier forma de financiamiento¹²⁵. En aquella norma se planteó a los Servicios No Personales como la *“actividad o trabajo que efectúa una persona natural o jurídica ajena al organismo público que desea adquirir, a cambio de una retribución económica, para atender una necesidad intangible. Se orienta a la producción, construcción, habilitación, funcionamiento, orientación, conservación, preservación u otros; se mide en y por sus efectos o resultados”*¹²⁶.

Después, se promulgó la ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que dejó sin efecto el RUA y reguló la contratación de servicios como prestaciones con carácter autónomo, pero ya no existía una referencia expresa a la contratación de Servicios No Personales.

Así, la legislación anterior a la Contratación Administrativa de Servicios era el de los Servicios No Personales (SNP), que era una atípica modalidad de empleo público que no gozaba del reconocimiento de las normas laborales ya que los contratados carecían de cualquier protección laboral y social. De esta manera la forma de permanecer en el trabajo se daba por medio de las renovaciones automáticas de estos contratos por medio de las leyes de presupuesto año por año. Evidentemente, un gran número de personas vivían en esta incertidumbre por años. El contrato de Servicios No Personales estaba diseñado como un encubrimiento de relaciones laborales debido a la incapacidad presupuestaria para habilitar los Cuadros de Asignación de Personal (CAP) necesarios para incorporar a todas las personas bajo este régimen sin desbalancear el presupuesto anual.

Normalmente, los trabajadores sujetos a este régimen reclamaban sus derechos laborales con posterioridad a la finalización de los contratos, por lo cual los tribunales

124 Decreto Supremo N° 065 – 85 - PCM

125 Potozen Braco, Boris. Op. cit. Página 254

126 Decreto Supremo N° 065 – 85 – PCM. Artículo 1.2.1 inciso y)



aplicaban el Principio de Primacía de la Realidad y, gracias a ello, muchos casos eran resueltos en beneficio de los trabajadores, pero la norma básica no era alterada.

Por medio de la regulación del Código Civil¹²⁷ y del TUO de la legislación de Contrataciones y Adquisiciones del Estado¹²⁸, el locador se obligaba a prestar servicios materiales o intelectuales en atención a ciertos plazos¹²⁹. Se entiende que de continuar más allá del plazo máximo, el locador se convertía en un trabajador sujeto a la normatividad laboral pública.

Los problemas que se presentaron fueron los siguientes:

- Exceso en el plazo de la relación de prestación de servicios, lo que ocasionaba que se deba tratar al trabajador como tal y ya no aplicarle una legislación especial.
- Presunción de la existencia de una relación laboral.
- Desnaturalización de los contratos de locación civiles.
- Empleo del personal de SNP en labores de carácter permanente y propio de cada entidad donde prestaban servicios.
- Entrega de recibos por honorarios para justificar contablemente estas actividades cuando no correspondía el uso de los mismos. Este fue uno de los supuestos por los cuales la SUNAT detectó irregularidades y se formuló una modificación en la Ley del Impuesto a la Renta¹³⁰ para la creación del régimen denominado “cuarta – quinta”, que constituyó la forma en que la autoridad tributaria trató casos en los que aparentemente había independencia, pero se prestaban labores en condición de subordinación.

Apunta Neves (2010)¹³¹ al respecto: *“Negarles a quienes estaban contratados bajo la figura de los servicios no personales la condición de trabajadores y, por ende, todos los derechos laborales derivados de ella, era una manifiesta lesión a todo el articulado laboral de la constitución anterior y de la actual. Se constataba la existencia de una prestación de servicios dotada de los elementos esenciales de una relación laboral, a la que, sin embargo, se le excluía del ordenamiento laboral por medio del empleo de un contrato administrativo. Realidad con apariencia y, por consiguiente, espacio natural para la aplicación del principio de la primacía de la realidad”.*

El fin del régimen de los servicios no personales significó también la aceptación tácita de todo lo que había sido desnaturalizado por medio de este contrato y del contrato de locación de servicios puesto que la Cuarta Disposición Complementaria Final estipularon la prohibición – desde la vigencia del Decreto Legislativo 1057 en la que aparece – de suscribir o celebrar contratos de servicios no personales o de

127 Artículo 1764.

128 TUO de la Ley 26850.

129 Seis años si se trataba de profesionales y tres años si eran otra clase de trabajadores.

130 Artículo 34 inciso e.

131 Neves Mujica, Javier. *Principales objeciones al Contrato Administrativo de Servicios*. En Foro Jurídico. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Número 10. Lima, 2010. Página 246.

cualquier modalidad de contratos de prestación de servicios no autónomos. Las partes están facultadas para sustituirlos, antes de sus vencimientos, por los que contempla la Contratación Administrativa de Servicios

4. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS

El 28 de junio de 2008 se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo 1057 que instituyó el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios (RECAS) como parte de la legislación que el Congreso de la República autorizó dar al Poder Ejecutivo para adecuar nuestra legislación a las exigencias del Tratado de Libre Comercio con los EE.UU así como del Protocolo de Enmienda del mismo. Nuestro país reafirmó las obligaciones que contrajo como miembro de la Organización Internacional del Trabajo¹³². El TLC estipula que las partes no podían dejar de aplicar dichas estipulaciones pues tal circunstancia podría afectar tanto la inversión como el comercio entre las partes. Así la aplicación apropiada de la legislación laboral resulta de radical importancia para el mantenimiento de la vigencia de este tratado comercial. Del mismo modo, las personas deben gozar del acceso adecuado a los órganos jurisdiccionales para conseguir la tutela efectiva de los derechos laborales involucrados así como de las instancias administrativas relacionadas con el ámbito laboral.

El 15 de julio de 2001, la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central concluyó que se había diluido el concepto de carrera administrativa debido a la proliferación exagerada de contratos de locación de servicios y elaboró el Proyecto de Ley que generó el Decreto Legislativo 1057¹³³.

Las condiciones básicas para que el cumplimiento de la legislación laboral sea justa y equitativa obliga a las partes contratantes a:

- Los procedimientos deben contar con un debido proceso legal.
- Las audiencias deben ser abiertas al público, salvo que se haya requerido lo contrario.
- Las partes gocen de los beneficios del derecho a probar sus afirmaciones.
- Los procesos no deben implicar ni costos ni plazos que no resulten razonables con la naturaleza de estos procedimientos.

132 Especialmente los derechos contenidos en la Declaración de 1998: libertad de asociación, reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, abolición del trabajo infantil, eliminación de la discriminación referente al empleo, y la eliminación de toda forma de trabajo forzoso.

133 Quispe Torres, Elizabeth. *¿Hacia la unificación de regímenes de contratación de personal en el Sector Público? El servicio civil y la carrera administrativa en el Texto Único Ordenado de la Normatividad del Servicio Civil*. En Revista Jurídica del Perú. Tomo 109. Lima, 2010. Página 170



Las resoluciones que pongan fin a las controversias deben:

- Formularse por escrito y de manera motivada.
- Hacerse disponibles a las partes sin que se produzca demora irrazonable.
- Estar basadas en las pruebas presentadas oportunamente y argumentadas o defendidas en su oportunidad.
- Permitir que las partes puedan pedir la modificación o la revisión de las resoluciones emitidas.
- Garantizar la imparcialidad de los tribunales encargados de llevar adelante los procesos y de revisarlos
- Disponer que las partes puedan ejercer las acciones previstas por las leyes para hacer valer sus derechos.
- Promover el conocimiento de la legislación laboral en sus países.

4.1. Definiciones del Decreto Legislativo N° 1057

La norma versa sobre el Régimen Especial de la Contratación Administrativa de Servicios (RECAS) que se define como “una modalidad especial propia del Derecho Administrativo y privativa del Estado”¹³⁴, pero además, se define al Contrato Administrativo de Servicios (CAS) como “una modalidad contractual administrativa y privativa del Estado que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera no autónoma. Se rige por normas del Derecho Público y confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones que establece el Decreto Legislativo y el presente Reglamento”¹³⁵.

Asimismo, la voluntad del legislador de no constituir una relación laboral se hizo evidente cuando se señala que las disposiciones presupuestales expresas se dan en la sección de medidas sobre bienes y servicios y no de medidas sobre personal. Por eso, Quispe (2010)¹³⁶ sostiene que: “con ello se reafirma la ausencia de vínculo laboral del personal que presta servicios por esta modalidad. Sin embargo, el personal sujeto a este régimen sí está dentro de las competencias de la Autoridad Nacional del Servicio Civil y de los procesos de capacitación y evaluación”.

4.2. Finalidad de la normativa

El objeto de la ley estriba en garantizar los principios de mérito y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo dentro de la Administración Pública¹³⁷.

134 Decreto Legislativo N° 1057 Artículo 3.

135 Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 Artículo 1.

136 Quispe Torres, Elizabeth. ¿Hacia la unificación de regímenes de contratación del personal en el sector público? El servicio civil y la carrera administrativa en el Texto Único Ordenado de la Normatividad del Servicio Civil. En Revista Jurídica del Perú. Tomo 109. Lima, 2010. Página 170

137 Principios contenidos también en la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público. Artículo 7.

Este contrato es una modalidad de ingreso a la actividad pública en el cual quien accede a este contrato está sometido a las evaluaciones que determine el área así como a las capacitaciones que determine cada institución pública, lo que fácilmente hace suponer condiciones de lo que es una relación laboral.

4.3. Ámbito de aplicación

Su ámbito está determinado por lo normado exclusivamente por sus propias disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 1057 y su reglamento, el Decreto Supremo N° 075 - 2008 - PCM.

Aclara Quispe (2010)¹³⁸ que: *“Este régimen especial merece disposiciones presupuestales expresas en la sección de medidas sobre bienes y servicios y no de medidas sobre personal, con ello se reafirma la ausencia de vínculo laboral del personal que presta servicios por esta modalidad. Sin embargo, el personal sujeto a este régimen sí está dentro de las competencias de la Autoridad Nacional del Servicio Civil y de los procesos de capacitación y evaluación.”*

Se determinó que su ámbito de aplicación no alcanza a toda entidad pública que se encuentre sujeta al Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público tanto como a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, aprobado por el TUO del Decreto Legislativo N° 728, exceptuando a las empresas del Estado.

Se encuentran fuera del ámbito de aplicación:

- Las empresas del Estado con accionariado único en las cuales el Estado es el único accionista.
- Las empresas del Estado con accionariado privado en las cuales el Estado posee la mayoría de las acciones.
- Las empresas del Estado con potestades públicas en cuyas leyes de creación se les otorga potestades de derecho público para el cumplimiento de sus funciones.
- Las empresas del Estado con participación minoritaria del Estado sujetas a la Ley de Sociedades.
- Contratos financiados por entidades de cooperación internacional.
- Contratos realizados por organismos internacionales que se encargan de administrar recursos estatales para la contratación de personal altamente calificado.
- Los contratos del Fondo de Apoyo Gerencial.
- Los convenios que corresponden a las modalidades formativas laborales.

¹³⁸ Quispe Torres, Elizabeth. Op. cit. Página 171.

- Los contratos de locación de servicios o de prestación de servicios u otras modalidades contractuales de prestación de servicios autónomos que se realicen fuera de los locales de las entidades contratantes que tengan relación con la legislación de contrataciones del Estado¹³⁹.

4.4. Naturaleza de la Contratación Administrativa de Servicios

Se trata de un contrato bajo una modalidad especial propia del Derecho Administrativo, que es bilateral con prestaciones recíprocas entre los contratantes según el cual uno de ellos, el que es persona natural, presta su fuerza de trabajo para la prestación de un servicio no autónomo, subordinado y dependiente bajo la dirección del otro, quien le proporcionará una contraprestación económica. La prestación se realizará en las instalaciones de la entidad que se encargará de proporcionar ambiente, recursos, servicios, bienes mobiliarios, equipos, herramientas, insumos y los demás medios necesarios para cumplir con las tareas que implica esta modalidad de contratación. Todo lo cual apunta a lo que conocemos como relación laboral.

Este contrato puede, asimismo, ser resuelto ya sea por incumplimiento o por deficiencias en la prestación del mismo con la existencia de un procedimiento previo que asegure al infractor el ejercicio pleno de su derecho a la defensa. Del mismo modo cabe adoptar la decisión de extinguir el contrato en razón de la aplicación de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad y por medio de una decisión motivada¹⁴⁰.

La contraprestación económica no puede ser inferior a la remuneración mínima vital ni mayor a los topes que impone la ley a los ingresos para la función pública en armonía con lo señalado por la Ley del Presupuesto Público de cada año.

Quien contrata solamente puede ser una entidad pública o las personas jurídicas de Derecho Público que enumera el artículo 2 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057. Por otro lado, el contratado solamente puede ser una persona natural, sin que se distinga el que sea nacional o extranjera, en la medida que se encuentre habilitada para contratar con el Estado, por lo que no deberá estar inhabilitado ni administrativa ni judicialmente, ni que se encuentre impedido de ser postor o contratista en aplicación a la normativa de Contrataciones Públicas¹⁴¹. Tampoco podrá contratar los que son mencionados por la Ley de Nepotismo¹⁴².

Respecto a la contraprestación, la mención en el Decreto Legislativo N° 1057 es mínima pues apenas menciona que el monto mínimo es de una remuneración mínima vital vigente al momento de la celebración del contrato. No existen montos máximos ni tampoco escalas, lo que en opinión de Potozén (2010)¹⁴³ *“se está dejando abierta la posibilidad de generarse excesos, arbitrariedades y desigualdades, en cuanto a la fijación de la contraprestación. La regulación en este sentido se hace*

139 Decreto Legislativo 1017 y su reglamento Decreto Supremo 184 – 2008 – EF.

140 Ley del RECAS. Artículo 13.2

141 Decreto Legislativo 1017 y su reglamento Decreto Supremo 184 – 2008 – EF.

142 Ley N° 26771. Artículo 1.

143 Potozén Braco, Boris. Op. cit. Página 256.

más que necesaria por los excesos o abusos que podrían cometerse en cuanto a la administración de esta nueva modalidad y ante experiencias como las vividas con los contratos de servicios no personales”.

4.5. Beneficios para el contratado por esta vía

Los derechos que se reconoce a los contratados por vía de la Contratación Administrativa de Servicios son los siguientes:

- Jornada laboral máxima.
- Descanso físico semanal y anual.
- Atención de salud.
- Ser incluido en el régimen pensionario.

4.6. Requisitos para la celebración de una Contratación Administrativa de Servicios¹⁴⁴

1. Requerimiento formulado por el área usuaria, en aplicación de la necesidad que tiene para el cumplimiento de los objetivos trazados así como de las metas institucionales correspondientes fundadas en ley¹⁴⁵, que le sirven de sustento.
2. Existencia de disponibilidad presupuestaria que haga posible la contratación de personal temporal para la entidad pública, lo que implica el visto bueno de la Oficina de Presupuesto o de la instancia que ejerza dichas labores dentro de la entidad pública ya que forma parte del Sistema Administrativo de Presupuesto Público descrito por Trejo (2010)¹⁴⁶: *Este sistema se define como un conjunto de órganos, normas y procedimientos que conducen el proceso presupuestario de todas las entidades públicas en sus Fases de Programación, Formulación, Aprobación, Ejecución y Evaluación. Fases que constituyen un ciclo integrado e interactivo de acciones articuladas a los objetivos de planificación del desarrollo de cada sector, región y municipio. La comprensión y aplicación de cada uno de ellas es gravitante en la calidad de la gestión pública y el uso colectivo y racional de los recursos públicos*”. Por eso los montos se den dentro del Clasificador de Gastos de cada presupuesto. Los operadores administrativos encargados del rubro están en la obligación de planificar y programar las actividades de los sujetos a la modalidad CAS de tal forma que no se procuren más gastos de los permitidos presupuestariamente a través del Calendario de Compromisos.
3. Los actos administrativos que autoricen los gastos de la Contratación Administrativa de Servicios solamente cobrarán eficacia si es que cuentan con el crédito presupuestario debido.

144 Decreto Legislativo 1057. Artículo 4.

145 Aparecen en el Plan Operativo Institucional (POI).

146 Trejo Maguiña, Alejandro. *Sistemas administrativos del Estado*. En Manual del Funcionario Público. Ediciones Caballero Bustamante S.A.C. 1ª edición. Lima, 2010. Página 66.



4.7. Procedimiento para la contratación

La Contratación Administrativa de Servicios debe formalizarse por medio del cumplimiento de las siguientes etapas¹⁴⁷:

- a) *Preparatoria*. El área usuaria describe el servicio que se realizará, los requisitos mínimos y las competencias que debe reunir el postulante, lo que ordinariamente se denomina “perfil” y hacerlo en la forma detallada que requiere esta forma de contratar. Asimismo, describirá las etapas del procedimiento (términos de referencia, convocatoria, selección según la evaluación curricular y las pruebas correspondientes). Finalmente, deberá indicarse la justificación de la necesidad de contratar así como la disponibilidad presupuestaria.
- b) *Convocatoria*. Conciene a la publicación de la convocatoria en el portal institucional y en lugar visible en el local de la entidad pública. Es posible emplear, además, otros medios de publicidad. Todo esto debe hacerse hasta por el término de cinco días hábiles anteriores a la iniciación de la etapa de selección.
- c) *Selección*. Es la evaluación objetiva de los postulantes. Parte de la evaluación curricular y puede incluir una prueba de conocimientos y una entrevista. Todos los medios a emplearse deberán estar relacionados con la necesidad manifestada por la entidad para contratar. El resultado de la evaluación es publicada en la misma forma en que se publicitó el concurso con el detalle del orden de mérito y los puntajes obtenidos por cada postulante.
- d) *Suscripción y registro del contrato*. Dentro de un plazo que no debe exceder de los cinco días hábiles de la publicación de los resultados se procederá a la suscripción del contrato. Si por razones imputables al seleccionado no se firma el contrato, se procederá a contratar a quien sigue en el orden de méritos, dentro del plazo similar. En la segunda ocasión del mismo problema se podrá proceder otra vez al orden de mérito o a la declaratoria de desierto. Una vez que se haya suscrito el contrato es responsabilidad de la entidad pública que, en los siguientes cinco días hábiles se inscriba dentro del registro de contratos administrativos de servicios de la entidad pública así como en la correspondiente planilla electrónica¹⁴⁸.

4.8. El responsable de la Contratación Administrativa de Servicios en cada entidad pública

La norma determina que debe existir un órgano encargado de los contratos administrativos de servicios¹⁴⁹ que deberá ser determinado por cada entidad en atención a las disposiciones del Reglamento de Organización y Funciones (ROF). En caso de no existir una prevención normativa al respecto asumirá esa responsabilidad la Dirección General de Administración o a la dependencia que realice esas funciones. No se indica plazo para la designación de tal responsable. Aunque lo normal es que se trate de un responsable del área de Recursos Humanos – también conocido como área de Personal - .

147 Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 Artículo 3.

148 Decreto Supremo N° 018 – 2008 - TR

149 Reglamento de la Contratación Administrativa de Servicios. Artículo 15.

4.9. La problemática de la Contratación Administrativa de Servicios

El empleo público es una de las variantes particulares de la relación laboral porque quien está a cargo de regularizar y observar la ley para dar ejemplo a los demás operadores del Derecho es precisamente el Estado.

La subordinación y la dirección a las que están sujetas las personas naturales se hacen evidentes en los siguientes acontecimientos:

- La entidad pública puede limitar la actuación de las personas por medio de del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y en el Manual de Organización y Funciones (MOF) que describen las competencias, las relaciones funcionales, la asignación de las tareas, la designación de las labores así como las diversas actividades que están a cargo de las personas dentro de las organizaciones que desempeñan las funciones públicas.
- Establecimiento del momento y la forma de prestar las funciones que les han sido señaladas.
- Detalle de las tareas, funciones y asignaciones por medio de manuales técnicos, instrumentos de desarrollo y procesos de gestión.

Hay que notar, además, que el Derecho Laboral parte de los conceptos de prestación de servicios subordinados y autónomos, siendo que el uno es lo opuesto del otro. En este contexto, no es apropiado – conceptualmente – que exista un contrato de prestaciones no autónomo porque dicha categoría es inexistente¹⁵⁰.

Por otro lado, el ámbito en el cual se desarrolla la actividad de la Contratación Administrativa de Servicios corresponde al Derecho Laboral, pero en los hechos lo que sucede es que se desarrolla dentro del derecho Administrativo, lo que es impertinente y ha sido rebatido por las sentencias que han aplicado el principio de primacía de la realidad, elemento laboral y no perteneciente al Derecho Administrativo.

Neves (2010)¹⁵¹ es muy enfático cuando sostiene que a quienes son trabajadores se les ha sustraído del ámbito del Derecho Laboral para concederles apenas unos cuantos derechos de los que legítimamente les corresponden en vista de ciertas similitudes con la realidad socio económica de quienes sí son tratados como trabajadores. Se trata pues de una apariencia de equiparamiento.

Uno de los aspectos fundamentales de controversia es citado por el autor tratado en estos términos¹⁵²: *“A diferencia de los contratos de servicios no personales, que eran desechados por los jueces en virtud del principio de primacía de la realidad, porque había un vínculo aparente – administrativo – y otro oculto – laboral –, en los contratos administrativos de servicios no hay encubrimiento, sino que es la propia ley la que los excluye del ordenamiento laboral. O sino diríamos que el disfraz no proviene de las partes sino que viene de la ley”*.

150 Neves Mujica, Javier. Op. cit. Página 248.

151 Neves Mujica, Javier. Op. cit. Página 249.

152 Neves Mujica, Javier. Op. cit. Página 250.



Además, como se detallará más adelante, se ha puesto en duda su constitucionalidad debido, por ejemplo, a que no superaría la prueba de proporcionalidad porque no se trata de una medida idónea, necesaria y ponderada¹⁵³.

4.10. Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad

Hemos señalado anteriormente que al rompimiento del vínculo de trabajo entre la entidad pública y la persona natural se producen reclamos por parte del último quien suele acudir ante la Justicia con la finalidad de dejar en claro la naturaleza de su relación, que es laboral, y gozar de los beneficios que ello representaba desde el inicio.

En la época de vigencia de los Servicios No Personales, el Tribunal Constitucional empleó el Principio de Primacía de la Realidad con la finalidad de zanjar las dudas. Así, en las resoluciones de varios expedientes¹⁵⁴ indicó que dicho principio es un elemento implícito en nuestro orden jurídico ya que como explica Del Río (2009)¹⁵⁵ *en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primer, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. En tal virtud, el Tribunal Constitucional afirmó, teniendo a la vista boletas de pago, que quedó demostrado que entre las partes hubo una relación de naturaleza laboral, ya que la emplazada asumió las obligaciones propias de un empleador, como es la de retener, de la remuneración del trabajador, las aportaciones para la seguridad social. Asimismo, con los roles de servicios de persona, se acredita que el demandante, desde que ingresó a trabajar al servicio de la emplazada, estuvo sujeto a una jornada y un horario de trabajo previamente predeterminada por su empleador. Por tanto, concluyó el Tribunal Constitucional que habiéndose determinado que el demandante – al margen de lo consignado en el texto de los contratos de servicios no personales suscritos por las partes – ha desempeñado labores en forma subordinada y permanente, es de aplicación el principio de primacía de la realidad, en virtud de lo cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil; por lo que la entidad queda emplazada, al haber despedido al demandante sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral, que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo pues lo ha despedido arbitrariamente*.

4.11. Duración de la Contratación Administrativa de Servicios

Se trata de contratos celebrados con plazo determinado. Empero, existe la restricción de no superar el año fiscal, independientemente de la fecha del año en que se haya celebrado el contrato.

153 Bazalar, Víctor. *Cuando el protector restringe a quien debe proteger*. En Gaceta Constitucional N° 34. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2010. Página 44.

154 Expediente N° 00380 – 2006 – PA/TC y N° 01944 – 2002 – AA/TC

155 Del Río Gonzales, Oscar. *El régimen especial contratación administrativa de servicios y servicios no personales v. contrato de trabajo*. En RAE Revista de la Jurisprudencia. Lima, 2009. Página 261.

Cabe la posibilidad de la renovación, lo cual sucede bajo el mismo prisma, es decir, sin superar el año fiscal. Sucede, sin embargo, que esto podría significar que se trate ya de una relación laboral. Al decir de Del Río (2009)¹⁵⁶: “Esta renovabilidad, importa, por un lado, el desarrollo y ejercicio de actividades de carácter permanente, máxime si estos son la continuación de los contratos de Servicios No Personales; y, por otro, el ingreso del contratado al ámbito de la protección del Derecho Laboral, por imperio de la primacía de la realidad. Es decir, estamos ante un ingrediente más que abona la tesis de la semejanza de aquel con el contrato laboral”.

El tema de la temporalidad ha sido tratado por el Tribunal Constitucional expresamente¹⁵⁷ pues ha dejado en claro que más allá de un año se pierde la noción de temporalidad y más bien se refleja la naturaleza permanente de la labor que se desempeña. Entiende bien que “temporal” quiere decir “lo que dura solamente un tiempo”. El servicio debe ser de naturaleza transitoria. Si el trabajo era de naturaleza permanente lo que se habría producido sería una simulación de un contrato a plazo indeterminado¹⁵⁸, lo que es penado por ley y no puede ser admitido mucho menos en manos del Estado.

No hay que dejar de lado que la contratación de personal temporal debe responder al objetivo de llegar a las metas y objetivos que se propuso la entidad en la ejecución de su presupuesto ya que, de lo contrario, solamente se estaría ocasionando un gasto cada vez mayor y atosigando a la entidad de personal la burocracia del sector, la que en un futuro tal vez cercano, se irá del sector público, pero habrá sido capacitada y adiestrada por cuenta de la entidad con un gasto inútil pues la Administración Pública no se verá favorecida con los conocimientos que financió para el contratado. Muchas veces las políticas de austeridad del sector público no se cumplen por la contratación de esta naturaleza que, en general, desempeña labores permanentes y que sí son necesarias para algunas entidades públicas en tiempos de crisis o de crecimiento.

4.12. Contenido de la Contratación Administrativa de Servicios

- a) *Jornada de servicios*. El desempeño se realiza, como máximo, dentro de 48 horas semanales, que es similar a la dictaminada para los trabajadores con vínculo laboral¹⁵⁹. Del mismo modo para los trabajadores del sector público existe una reglamentación de jornada diaria de siete horas y cuarenta y cinco minutos más el tiempo de refrigerio. Los sujetos al régimen de la Contratación Administrativa de Servicios no tiene disposiciones al respecto, pero no queda sino pensar que se trata del mismo porque el trabajo que desempeñan debe ser revisado y formulado por quienes sí están dentro de estas normas y, por ende, dentro del margen del mismo horario de trabajo. En principio, este tipo de normas deberían dar por finalizado el empleo del exceso de horas de trabajo para este trabajo,

156 Del Río Gonzales, Oscar. Op. cit. Página 264.

157 Expedientes N° 02594 – 2007 – PA/TC y N° 1991 – 2003 – AA/TC.

158 Decreto Supremo N° 003 – 97 – TR Artículo 77 inciso d).

159 TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo de Sobretiempo (Decreto Supremo N° 007 – 2002 – TR)

algo que la realidad indica que no ha sucedido del todo. Si bien es cierto no tienen el régimen de asistencia o de marcado de tarjetas de entrada y salida, sí ha acontecido que se firmaban pliegos al respecto o el control de asistencia era llevado por los servicios de guardiana que tienen las instituciones públicas. Dichos documentos fueron muchas veces empleados en procesos laborales judiciales y constitucionales para determinar la existencia de relación laboral y se emplearon con éxito. Respecto de las funciones asignadas, estas suelen aparecer en los memorandos de asignación de funciones, de tareas propias del contratado, las comisiones de servicios e incluso la determinación de sanciones, lo que hace evidente una relación laboral evidente, lo que, al finalizar sin causa justa indica que se ha fundado exclusivamente en la voluntad del empleador, acto arbitrario y lesivo a los derechos laborales que ampara la Constitución.

- b) Descanso semanal. Han de gozar de 24 horas continuas de descanso por semana. En la práctica, como las labores de los empleados públicos se realizan de lunes a viernes, los miembros de la Contratación Administrativa de Servicios también obtienen el mismo descanso.
- c) Descanso anual. Se ha estipulado un descanso físico de quince días calendarios, continuos y sin interrupciones por cada año de servicio cumplido y con el total de la remuneración que le correspondería por tal periodo. Ni la ley ni el reglamento han fijado las condiciones que deben reunirse para gozar de este descanso, lo que remite al Decreto Legislativo N° 713 que regula estos supuestos para los demás trabajadores del sector público porque le es pertinente ante la ausencia de norma expresa. Del Río (2009)¹⁶⁰ agrega: *“En caso de concluirse la Contratación Administrativa de Servicios sin haberse gozado de este descanso anula, en nuestro concepto, el derecho al goce físico se convierte en un derecho compensatorio económico. La norma no regula el abono de esta compensación económica en caso de conclusión anticipada de la Contratación Administrativa de Servicios; esto es cuando aquel se resuelve antes de cumplir el año de servicios”*.
- d) Prestaciones de salud. Las entidades públicas están obligadas a afiliar al contratado al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud pues deben ser registrados por medio de las planillas electrónicas que se está en la obligación de llevar. Esta circunstancia no requiere de la venia de la Autoridad Administrativa de Trabajo. La contribución usa la base máxima del equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio por cada asegurado. Todo aquel contratado que no supere el 30% de la UIT tendrá cobertura total en salud y subsidios. Empero, es posible que el contratado decida aportar por su cuenta la diferencia para estar cubierto, lo que está permitido, pero deberá coordinarse para que se deje en claro en las planillas electrónicas respectivas.
- e) Régimen pensionario. La afiliación para los trabajadores que ya venían prestando servicios al Estado es de naturaleza potestativa, pero para los que ingresen recién por la modalidad de la Contratación Administrativa de Servicios resulta obligatoria y deberá elegir entre la Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema Privado de

160 Del Río Gonzales, Oscar. Op. cit. Página 269.

Pensiones. Si un contratado desea realizar aportes voluntarios con efecto de meses anteriores se encontrará habilitado para hacerlo en el sistema donde se encuentre y sin la necesidad de aplicársele moras, intereses o recargos dentro de un plazo en meses igual al doble del número de cotizaciones que efectúe. Si alguien ya está afiliado a algún sistema al ingresar al régimen de la Contratación Administrativa de Servicios sencillamente tendrá que cursar una comunicación a la institución donde se encuentra para que se hagan las cotizaciones regulares. Si se trata de un contratado que percibía una pensión de cesantía en atención a la ley 20530, esta deberá suspenderse, pero no se le realizará ningún tipo de descuento por hallarse cerrado el aporte a dicho régimen.

4.13. Suspensión y resolución de las obligaciones del contrato

a) *Los supuestos de suspensión son los siguientes:*

a.1) La suspensión de las obligaciones del contratado:

- Suspensión de la prestación con el derecho a contraprestación que percibe el contratado. Se verifican los supuestos regulados en el régimen contributivo de ESSALUD, el ejercicio del derecho de descanso pre natal y pos natal de 90 días, la causa fortuita o de fuerza mayor que sean comprobadas.
- Suspensión de la prestación sin contraprestación económica para el contratado. Se refiere exclusivamente a los permisos personales justificados y que son excepcionales.

a.2) Los supuestos de extinción son los siguientes:

- Fallecimiento del contratado. La normativa estipula que se prestan labores a cargo de una persona natural y no está tipificada la cesión de tales derechos.
- Extinción de la entidad contratante. Si desaparece la personería jurídica de la que gozaba la entidad, el contrato se extingue. No se menciona que el contratado pueda seguir prestando sus servicios en caso que la entidad haya sido absorbida por otra o por el cambio de la personería jurídica de la entidad original¹⁶¹.
- Decisión unilateral del contratado. Los medios procedimentales de los que puede hacer uso el contratado dentro de esta liberalidad son el hacerlo a través de medio escrito y con una anticipación de 30 días calendarios. La entidad está en la facultad de dispensarlo del plazo y exonerarlo, lo que se puede presumir si dentro de tres días naturales en caso de no ser rechazado
- Mutuo acuerdo entre el contratado y la entidad contratante. Es el consenso al que pueden llegar las partes comprometidas para dejar sin efecto el contrato.
- Invalidez absoluta permanente sobreviniente del contratado. Se trata de una causal que limita enormemente la posibilidad del contratado de persistir en el

¹⁶¹ Como por ejemplo sucedió cuando INRENA desapareció para dar paso a SERNARP, entidad que tiene las funciones de la entidad anterior y otras más.



desempeño normal de las labores para las que fue contratado. Debe demostrarse fehacientemente para proceder con ella.

- Decisión unilateral de la entidad contratante. Se produce solamente ante el incumplimiento contractual injustificado por parte del contratado y con las pruebas correspondientes que sustenten tal decisión. Se comunica por escrito que se entrega en la dirección domiciliaria o en el centro de trabajo. Se otorga un plazo de cinco días hábiles al contratado para que formule sus excusas. Ante esto, la entidad, en uso de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad si resuelve o mantiene el contrato. Huamán (2010)¹⁶² sostiene que: *“La razonabilidad o proporcionalidad, a nuestro parecer, constituyen un mismo concepto, el cual funciona como atemperador en la imposición de sanciones (en el proceso penal, en el procedimiento administrativo sancionador y en procedimientos privados como el despido)”*. La decisión deberá expresarse en forma motivada. Como se trata de instancia única, la decisión agota la vía administrativa y deja expedita la opción de acudir al Poder Judicial por medio del Proceso Contencioso Administrativo. Una segunda forma de esta figura se presenta cuando la extinción se produce por una decisión injustificada de la entidad estatal, en cuyo caso se deberá proceder al pago de la penalidad que estipula el reglamento. Aquí subsistiría una infracción al debido procedimiento porque el contratado no tendría la ocasión de efectuar ningún descargo o argumentar en contra de una decisión injustificada. Además, se faltaría a uno de los requisitos de validez del acto administrativo – y esta decisión es un acto administrativo – que es la motivación.
- Inhabilitación administrativa judicial o política por más de tres meses. De tratarse de una inhabilitación, esta debe ser firme pues no procederá si se trata de una impugnación a la misma. La norma no precisa si se trata de una inhabilitación que deba estar relacionada con el servicio que se presta o no.
- Vencimiento del plazo del contrato. Una vez que se vence el contrato, la relación se agota de pleno derecho porque se trata de una contratación a plazo determinado. No importa si hubo renovaciones ya que el fin del servicio ha sido estipulado desde el principio de la contratación.

a.3) La suspensión unilateral.

En el caso de resolución unilateral por parte de la entidad pública sin que se produzca un incumplimiento por parte del contratado se ha previsto la inhabilitación para que el juez pueda aplicar una penalidad equivalente a las contraprestaciones que se dejaron de percibir con un tope de dos meses, que según Protozén (2010)¹⁶³ *“guardando las distancias, esta figura podría ser equiparada con la indemnización por despido del régimen laboral de la actividad privada”*.

¹⁶² Huamán Estrada, Elmer. *La resolución del contrato administrativo de servicios por decisión unilateral de la entidad administrativa*. En Revista Jurídica del Perú. Tomo 109. Página 186.

¹⁶³ Protozén Braco, Boris. Op. cit. Página 261.

4.14. Las controversias

El Reglamento de la Contratación Administrativa de Servicios establece¹⁶⁴ que la solución de controversias corresponde al órgano responsable de la contratación en cada entidad. La solución otorgada supondrá el agotamiento de la vía administrativa pues constituye instancia única, lo que deja abierta la posibilidad de acudir al Proceso Contencioso Administrativo¹⁶⁵ ante el Poder Judicial.

4.15. Régimen Tributario

Solamente para los efectos del Impuesto a la Renta, se establece que las contraprestaciones que se abonan al contratado constituyen renta de cuarta categoría¹⁶⁶.

4.16. Sobre la constitucionalidad del régimen de la contratación administrativa de servicios

Mucho se ha discutido acerca de la vigencia y verdadero alcance que puede tener en nuestro régimen laboral esta forma de hacer contrataciones. El análisis proviene desde la constitucionalidad de la forma en que se dictó la normativa puesto que como señala Gutiérrez (2010)¹⁶⁷: *“Respecto a la inconstitucionalidad de esta norma en cuanto a su forma, procederé a señalar que el Poder Ejecutivo al amparo de las facultades delegadas por el Congreso de la República para que legisle específicamente sobre el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica, sin embargo, el Ejecutivo excedió tales facultades al haber regulado el sistema de contratación de personal en la función estatal, ya que como veremos en adelante esta no forma parte de la legislación de encargo”*. La autora citada enumera los incisos del artículo 2 de la norma autoritativa¹⁶⁸ para destacar que, en forma específica, no existía una facultad que le permitiera legislar acerca de la contratación administrativa de servicios. A esto hay que añadirle la mención al artículo 79 del Código Procesal Constitucional que señala que debe tomarse en cuenta para el análisis de constitucionalidad a las leyes dictadas para señalar las competencias o atribuciones de los órganos del Estado, lo que ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como “parámetro constitucional”¹⁶⁹. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional dictaminó que era posible que una ley dictada al amparo de una ley autoritativa se excediera en las facultades otorgadas y por ello pudiera ser considerada como supuesto de inconstitucionalidad debido a la vulneración del artículo 104 de la Constitución¹⁷⁰.

164 Reglamento de la Contratación Administrativa de Servicios. Artículo 16.

165 TUO de la Ley N° 27584, Decreto Supremo 013 – 2008 - JUS

166 Reglamento de la Contratación Administrativa de Servicios. Séptima Disposición Complementaria y final.

167 Gutiérrez Chinchay, Gladys. *La inconstitucionalidad del contrato administrativo de servicios*. En Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia. Tomo 25. Lima, 2010. Página 33.

168 Ley 29157.

169 Sentencia del Tribunal Constitucional N° 007 – 2002 – AI/TC.

170 Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0047 – 2004 – AI/TC



Respecto al tema de fondo existen una serie de derechos que el contratado por la Contratación Administrativa de Servicios no tiene o que posee en forma parcial, lo que equivale a realizar una diferenciación de índole laboral allí donde esta no debe darse. El contratado en este régimen no tiene Compensación por Tiempo de Servicios, indemnización por despido arbitrario, gratificaciones, utilidades, asignación familiar, pago de horas extras y derecho a la sindicación y por ende al derecho de huelga. Tiene otros derechos, pero en forma restringida como es el caso de las vacaciones y el beneficio de ESSALUD (cubre hasta el 30%).

El trabajo debe ser una fuente de ingresos permanente para el trabajador y las instituciones públicas no deben ser precisamente las indicadas para vulnerar la naturaleza de los trabajos. Por eso Gutiérrez (2010)¹⁷¹ sostiene que: *“En efecto, la permanencia laboral del trabajador con este nuevo régimen continúa siendo una incertidumbre, pues continuar en su trabajo en virtud de la renovación de su contrato depende del ente para el que trabaja, cuyo funcionario encargado del área decidirá si lo contrata o no al trabajador (sic) y bien podría decidir arbitrariamente no contratarlo. En este sentido, casi nada, por no decir nada ha mejorado para los trabajadores en cuanto a sus derechos laborales como la estabilidad en el trabajo, a contar con un seguro de salud y con una pensión digna que le permita sobrevivir cuando ya no tenga las fuerzas físicas para seguirse entregando a su país mediante su trabajo; por consiguiente, los presupuestos establecidos por el artículo 6 de la norma no reúnen las condiciones de viabilidad para las que fueron creadas”*.

Jurisprudencia emitida respecto a la Contratación Administrativa de Servicios.

Independientemente de las polémicas generadas desde la dación del Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento, nuestra jurisprudencia ya ha tenido varias manifestaciones al respecto, las principales de las cuales tiene le siguiente contenido:

- a) Sentencia al Expediente N° 2009 – 0097 emitida por la Sala Mixta Itinerante de Moyobamba (San Martín) el 24 de noviembre de 2009. Una persona solicitó la reposición por haber sido contratado a través del RECAS en la que se amparó la demanda porque no se podía afectar la dignidad de un trabajador y se debe aplicar la cláusula de salvaguarda a partir de la cual se entiende que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales y por ello, el trabajador no podía ser despedido sin causa justa probada a pesar de haberselo sometido a un régimen legal distinto del laboral pues de lo contrario se estaría pactando en contra del orden público. El contrato no puede convertirse en un medio para desnaturalizar derechos fundamentales. Todo el razonamiento se realizó en función del bloque de constitucionalidad de los artículos 22 y 23 de la Constitución y del artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral porque produce un régimen carente de derechos laborales en coexistencia con los otros regímenes laborales del sector público que sí los tienen – aunque sean mínimos –, lo que crea desigualdad. Es posible que el Estado contrate a tiempo determinado y por eso cabe destacar que el trabajador podía pedir la reposición

¹⁷¹ Gutiérrez Chinchay, Gladys. Op. cit. Página 38.

en la medida en que fuera despedido arbitrariamente antes del vencimiento del plazo del contrato vigente.

- b) Sentencia al Expediente N° 2008 – 1703 emitida por la Sala Civil de Cajamarca el 21 de julio de 2009. En aplicación del control difuso, la sentencia hace suponer que debían prevalecer el Derecho al Trabajo y el Principio de Primacía de la Realidad y por ello se inaplicó el contenido del Decreto Legislativo 1057, lo que significa que no fue abrogado tal dispositivo sino que solamente para el caso concreto no fue usado debido a su inconstitucionalidad. Se estableció que del análisis de los contratos de prestación de servicios y del contrato administrativo de servicios, estas constituyen pruebas indiciarias suficientes y pertinentes para declarar la existencia de una relación laboral. El régimen de la contratación administrativa de servicios lesiona el derecho de igualdad porque no resulta atendible que, al existir dos regímenes laborales para el ingreso y acceso a la Administración Pública como lo que se plasman en los Decretos Legislativos 276 y 728, se introduzca un tercer régimen que carece de los derechos que sí tiene las otras normas referidas. No se puede entender cuál es la finalidad de crear un tercer régimen si ya existía un régimen claro y definido. Este último régimen genera en realidad una situación que no mejora el acceso al empleo público y evita el pago de derechos laborales¹⁷². Además, hay que recordar que se usó el fundamento de la vigencia del contrato porque se permite la vigencia indefinida sin que se tenga derecho laboral alguno durante todo ese tiempo, lo que convierte en inconstitucional al artículo 5 del Decreto Legislativo 1057.
- c) Sentencia del Tribunal Constitucional al Expediente N° 03818 – 2009 – PA/TC. Se trató de un proceso de amparo en el que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la adecuada protección contra el despido arbitrario y la recondujo hacia una protección solamente indemnizatoria como parte del proceso de reforma y reordenamiento del servicio civil, lo que virtualmente descartaba la posibilidad de la readmisión en el empleo de los trabajadores bajo la modalidad de contratación administrativa de servicios. Lo que se produce en los contratos de esta naturaleza es un auténtico fraude a la ley. Nadie puede negar las necesidades del Estado ni los fines de prosperidad que guían sus actuaciones para con la sociedad, pero no resulta argumento suficiente para vulnerar los derechos de los trabajadores bajo el supuesto de una forma de contratar que le impide burlar sus derechos por motivos de necesidad que no son temporales. Según el Tribunal si hubo fraude en la contratación en el régimen de los Servicios No Personales, el amparo no sería la vía apropiada para verificar ese fraude en un periodo anterior a la vigencia del régimen de la contratación administrativa de servicios¹⁷³. Esto nos haría acudir al Proceso Contencioso Administrativo. Finalmente, esta misma sentencia corroboró la tendencia expresada en el artículo 13.3 del Decreto Legislativo 1057 ya que consideró que se autoriza la finalización del contrato a

172 Quispe Chávez, Gustavo. *La precarización del trabajo en el Sector Público. Críticas y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional respecto al régimen "laboral" de la Contratación Administrativa de Servicios*. En Gaceta Constitucional N° 34. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2010. Página 55.

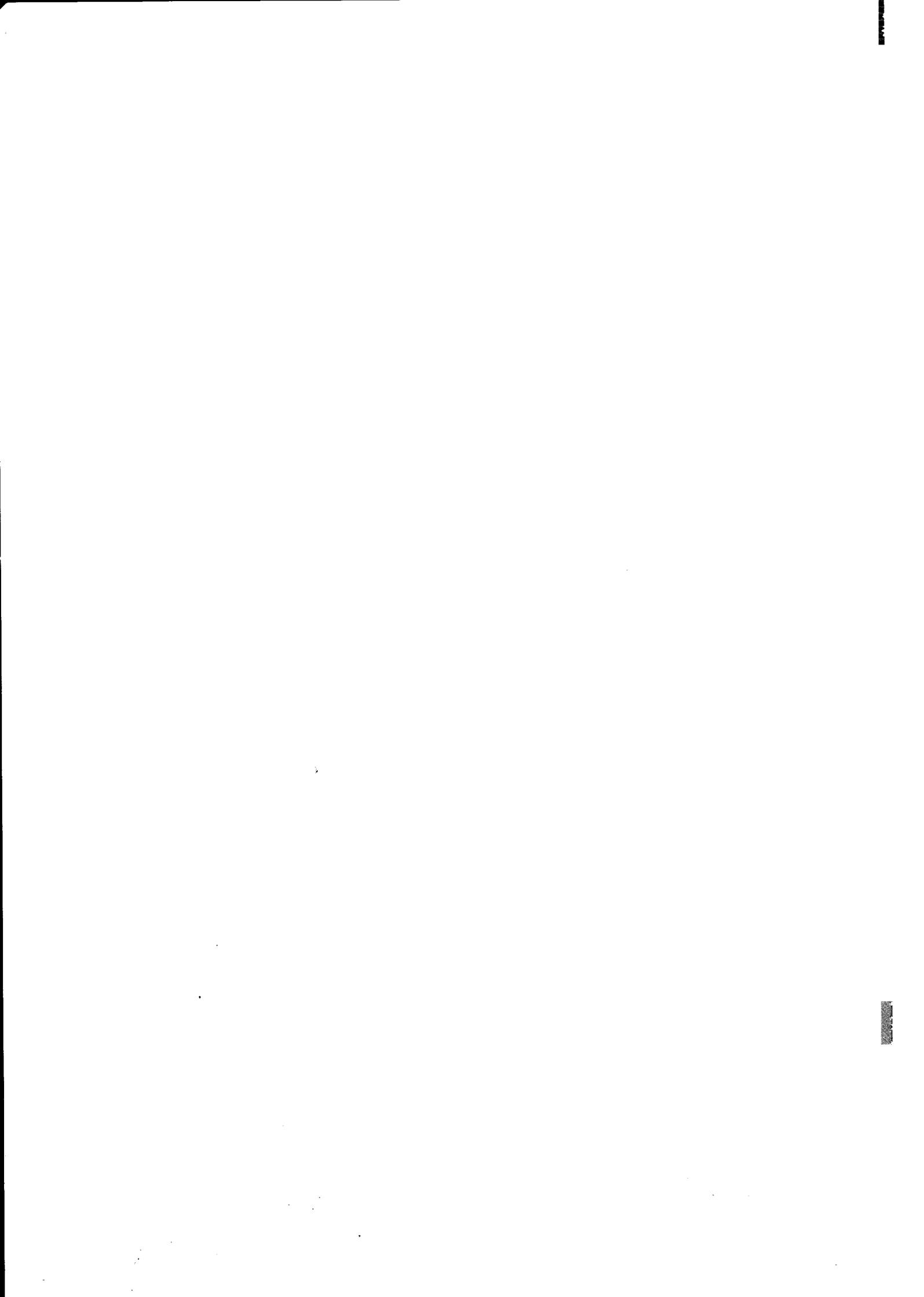
173 Huamán Ordoñez, Alberto. *La precarización del empleo público en el régimen laboral especial del CAS. Comentarios a la STC Exp. N° 03818 – 2009 – PA/TC de cara al despido incausado*. En Gaceta Constitucional N° 34. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2010. Página 35.



través de la decisión unilateral sin que exista algún incumplimiento por parte del contratado y permite que la compensación no sea la reposición sino más bien la indemnización ya que el trabajador puede iniciar una acción judicial ordinaria para que se produzca la calificación de injustificado al despido efectuado y se consiga con ello el pago efectivo de la indemnización que el Decreto Legislativo 1057 denomina penalidad. Esta sentencia no constituyó precedente vinculante ni tampoco resolución aclaratoria.

- d) Sentencia del Tribunal Constitucional al Expediente N° 00002 - 2010 - PI/TC. Este órgano sostuvo que por la forma legal de la producción normativa, que era la delegación de facultades legislativas, se trataba de una forma contractual que se apartaba de del régimen general de contratación que pertenece al ámbito civil y por ello se constituye en un régimen laboral especial ya que sostiene que este contrato tiene las características de un contrato de trabajo y no de un contrato administrativo. Además, el colegiado indicó que independientemente de la denominación dada por el Decreto Legislativo 1057 los contratos allí normados son de naturaleza laboral. Se indicó que no podía declararse la inconstitucionalidad del mencionado dispositivo legal porque se generaría un vacío normativo que haría que los trabajadores contratados bajo esta modalidad quedarán sin un marco regulatorio y ello sería inconstitucional. Así, Quispe (2010)¹⁷⁴ explica: *“Pero, luego, el Tribunal empieza a teorizar respecto de los regímenes laborales especiales que rigen en la actividad pública y afirma que no resulta inconstitucional considerar al Decreto Legislativo N° 1057, como una norma de Derecho Laboral, dado que puede coexistir con los regímenes laborales existentes (Decretos Legislativos 276 y 728), pero se advierte que este no es complementario de ninguno de tales regímenes, dado que tiene sus propias reglas de contratación, por lo que se le puede considerar como un sistema de contratación laboral independiente. En esta línea el Tribunal Constitucional establece que no se puede aplicar el test de igualdad dado que no nos encontramos frente a regímenes o sistemas laborales que tengan la misma naturaleza o características, pues el acceso a ellos es de diferente naturaleza”*. El Tribunal consideró que el artículo 24 de la Constitución reconoce los beneficios laborales, pero el acceso y el goce de los mismos se dan a través de la legislación ordinaria apropiada y por ello señaló que no le correspondía emitir un pronunciamiento acerca de ello. Del mismo modo procedió a recomendar la regulación de los derechos de sindicación y de huelga porque existía una omisión que debía ser subsanada por las autoridades competentes. El problema radica en que un trabajador difícilmente se afiliaría a un sindicato si sabe que su contrato durará, como máximo, un año y, obviamente, sería fácil prescindir de él al término del mismo, lo que hace inútil estar sindicalizado.

174 Quispe Chávez, Gustavo. Op. cit. Página 55.



Capítulo

9

EL DERECHO
PENSIONARIO

LECTURA MOTIVADORA

“En la concreción del rol atribuido a los sistemas de protección social de los regímenes de Seguridad Social, se deben considerar principalmente una serie de factores que han sido determinantes para plantear la reforma del Sistema de Pensiones, como son: el factor demográfico, el factor social y el factor económico.

Sobre este último punto, debe apuntarse a un financiamiento garantizado. Los recursos del sistema deben estar no solo garantizados en cuanto a que su destino es el previsional sino que debe garantizarse contar con esos recursos. La fuente puede ser el propio asegurado, el Estado, la rentabilidad obtenida de la administración de estos fondos, u otras fuentes, pero en modo alguno no puede aceptarse la idea de un sistema desfinanciado. Las alternativas a plantear deben tener presente que existiendo un objetivo central en la reforma previsional como es el otorgamiento de pensiones dignas, existen otros objetivos que no deben ser dejados de lado.

A nuestro entender, lo que el actual estadio de la llamada “cuestión pensionaria” demanda es estudiar la conveniencia de revisar, proponer e implementar un nuevo sistema pensionario en el que todos los trabajadores estén afiliados a ambos Sistemas, cotizando al Sistema Público bajo el esquema tradicional de reparto, el cual garantizaría una pensión digna y homogénea; y el Sistema Privado bajo la modalidad de capitalización individual, en la que se otorgaría una pensión complementaria, siguiendo así las líneas matrices de la propuesta formulada por la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 99.

Obviamente, ambos Sistemas serían reformado, incorporando las modificaciones necesarias. Este nuevo esquema permitiría un diseño único del Sistema sin posibilidades de una reversión que lo altere desde el punto de vista financiero y de proyección en el futuro, teniendo en cuenta que la base de tal proyección depende del mantenimiento de un número mínimo de aportantes que con la idea de la (permanente) libre afiliación y reversibilidad de la elección entre el Sistema Público y el Privado no puede garantizarse”.

Gonzales Hunt, César. El futuro de la Seguridad Social en pensiones en el Perú a propósito de la constitucionalidad de los sistemas previsionales coexistentes. Revista Laborem Número 10. Lima, 2009. Páginas 117 - 119.

1. LA BASE CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Nuestro país tuvo un Sistema Nacional de Pensiones a través del cual se plasmaba un régimen unitario y público. En él, los trabajadores activos formulaban aportes que debían cubrir las pensiones de jubilados, incapacitados y los familiares en orfandad; de allí la importancia del número de aportantes así como dicha aportación debe ser proporcional al ingreso que se percibe. La certeza radica en que se sabe que se obtendrá una pensión en el futuro, pero el monto es completamente impredecible. La grave situación financiera de este sistema llevó al cambio y se instauró el Sistema Privado de Pensiones, que se desvincula del concepto de seguridad social.

El artículo 10 de la Constitución Política sostiene el reconocimiento del Estado al derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social para su protección frente a las contingencias que precise la ley así como para elevar la calidad de vida. La progresividad está referida al acceso al derecho¹⁷⁵. Esta norma se complementa por lo dispuesto por el artículo 11 de la propia Carta Magna que señala la implementación de sistemas que permitan el otorgamiento de prestaciones de salud y pensiones. La Constitución permite que dichas actividades puedan ejecutarse por medio de entidades por entidades privadas o por entidades mixtas. El Estado se encarga de supervisar la realización por parte de las entidades privadas porque no basta con tan solo permitir. La actividad privada pensionaria es permitida por el Estado en el entendido que no se trata de actividad de seguridad social aunque se les haya provisto de reconocimiento constitucional.

De allí que Gonzales (2009)¹⁷⁶ concluya que: *“De lo anterior se puede concluir que si bien la Seguridad Social es un derecho reconocido por la Constitución y que a su vez*

175 Gonzales Hunt, César. *La configuración constitucional de la Seguridad Social en pensiones*. En Estudios del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima, 2009. Página 434.

176 Gonzales Hunt, César. Op. cit. Página 436.



es esta quien determina que es el Estado el encargado de garantizarla – a través del otorgamiento eficaz de las prestaciones de salud y de pensiones – también es cierto que es la misma Carta Magna quien genera el apartamiento del concepto básico de Seguridad Social para habilitar una especie de aseguramiento social a cargo de empresas privadas”.

2. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL

La Seguridad Social es el conjunto de normas y principios que han sido elaborados por parte del Estado con el objetivo de proteger las situaciones de necesidad de las personas, lo que es independiente de la vinculación profesional con un empresa y del hecho que haya o no contribuido al sistema.

2.1. Características generales del Sistema de Seguridad Social

- a) *Público*. El Estado es el encargado de cubrir las necesidades de protección de la población en general.
- b) *Cobertura universal*. El Estado es el encargado de generar las condiciones de un sistema universal tanto en los elementos subjetivos como en los elementos objetivos.
- c) *Mixto*. El Estado es el encargado de brindar el servicio de protección a las personas necesitadas lo que puede o no generar una contraprestación contributiva y no contributiva.
- d) *Autónomo*. El ámbito de aplicación de las normas de Seguridad Social incluye a los trabajadores así como a los no trabajadores.

2.2. Principios de la Seguridad Social¹⁷⁷

- a) *Universalidad subjetiva*. El Sistema de Seguridad Social no es patrimonio exclusivo y excluyente del trabajador porque no se restringe para solamente un grupo.
- b) *Universalidad objetiva*. Se destina a cubrir las contingencias del trabajador y por eso se busca mantener el equilibrio entre las necesidades por cubrir y los ingresos que se puedan generar para el financiamiento.
- c) *La solidaridad*. Se trata de una ayuda compartida para que sus alcances tengan la repercusión necesaria.
- d) *La eficiencia*. Implica que se formule el aprovechamiento de la mejor manera de los recursos existentes para enfrentar las diversas contingencias.

¹⁷⁷ Ermida Uriarte, Óscar. *Los principios de la seguridad social*. En *La seguridad social en Uruguay*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1993. Páginas 117 – 121.

- e) *La equidad.* Quienes reciben los beneficios son aquellos que están necesitados de ayuda. Al mismo tiempo, los aportantes al sistema lo reciben como una contraprestación de sus aportes.
- f) *La calidad.* La atención que deben recibir los beneficiarios debe ser la mejor dentro de los estándares que se han creado para efectuar las mediciones de servicios, lo que permitirá establecer las mejoras continuas cuando no se llegan a esos promedios o para tratar de mantenerlos en beneficio de los asegurados.
- g) *La unidad.* Aunque puedan establecerse diferentes entidades que se encarguen de proporcionar la atención a los asegurados, se deberán establecer las coordinaciones apropiadas con la finalidad de crear las condiciones de empleo de un solo sistema y reaccionar siempre como tal.

2.3. Legislación internacional aplicable

En dos ámbitos básicos se ha producido legislación importantísima sobre la materia de Seguridad Social¹⁷⁸:

- La Declaración Universal de los Derechos del Hombre que aprobó la Organización de las Naciones Unidas en 1948 se dispuso que toda persona en calidad de miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social.
- En segundo lugar, el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo planteó la norma mínima en materia de seguridad social al establecer las prestaciones que debe comprender cada tipo de beneficio.

3. LOS SISTEMAS DE PENSIONES

3.1. Sistema de Reparto

El primer sistema contributivo de pensiones que se financia a partir de las prestaciones de los trabajadores es el denominado sistema de reparto, el cual busca ser de naturaleza universal y obligatoria. Sus beneficios son definidos, pero no están vinculados a los aportes realizados por los asegurados. A esto se le denomina solidaridad inter generacional porque los aportes de quienes se encuentran trabajando actualmente sirven para el pago de la planilla de los actuales pensionistas beneficiarios. Dichos montos se establecen en función de la antigüedad o del número de aportaciones que tiene como base una tasa de reemplazo de los últimos o de los mejores salarios de referencia; aunque eso no implica que la tasa pueda arrojar como resultado un ingreso igual o mayor a dichos parámetros. Los estudios actuariales son muy importantes pues a partir de ellos se podrá determinar las posibilidades de financiamiento efectivo. Además, existen una serie de condiciones que son neces-

¹⁷⁸ De los Heros, Perez Albela, Alfonso. *Articulación de los sistemas previsionales público y privado.* En Revista Laborem N° 10. Lima, 2009. Páginas 88 y 89,

rias para que la viabilidad aludida no se vea perjudicada por acontecimientos dentro de la propia Administración como son¹⁷⁹:

- Proporcionalidad entre aportes y pensiones en cada periodo anual.
- Estructura de edades definida de manera razonable que permita que los aportes de activos puedan financiar razonablemente a los jubilados.
- Garantía de buena administración que haga posible el equilibrio en el tiempo.
- Estructura de empleo amplia que facilite la recolección de los aportes.
- Una cultura previsional en los ciudadanos con una institucionalidad que permita que se retroalimente.

Los cambios importantes en estos elementos atentan contra la vigencia y efectividad del sistema, por lo cual no cabe siquiera que se introduzcan modificaciones transitorias, pues lo corriente es que se convierten en permanentes y desnaturalizan cifras y seguridad jurídica, lo que no permite la perduración estable del sistema.

Hay que tener en consideración que los sistemas de reparto tienen un ciclo de vida típico como explica Montoro (1999)¹⁸⁰ se dividen en tres etapas: juventud, expansión y madurez – que se presenta cuando el sistema llega a tener cuarenta años, lo que no ocurrió en nuestro país sino cuando el sistema apenas tenía 17-. Lo importante es el número de contribuyentes; de allí que sea necesario que el sistema sea masivo y que se mantenga la proporción entre activos y pasivos. El sistema fracasa cuando esa relación se rompe. De lo que se trata es de manejar competitivamente el sistema para que las probabilidades de que un afiliado reciba una mejor pensión sea congruente con una mayor inversión interna y con la creación y mantenimiento de un mercado de capitales en el país.

3.2. Sistema de Capitalización

El segundo régimen de pensiones es el de capitalización, que surge contra el sistema de reparto, al aprovechar sus falencias y, precisamente, los embates transitorios que desfinancian al sistema anterior. En este ámbito la pensión de una persona es el resultado de todos los montos que ahorró o invirtió lo que incluye a los rendimientos capitalizados que se dieron a lo largo de la vigencia del fondo de aportes que se da en forma individual. Cuando surgió este sistema, se hizo obligatorio para todos los trabajadores que entraban a laborar por primera vez y se hizo optativo para quienes ya estaban en el régimen de reparto. Además, los montos de imposición cambiaron con la finalidad de estimular el acceso y gerenciar los fondos por parte de entidades especializadas de índole privado que también obtenían una rentabilidad por el monto aportados. El rol del Estado radicó entonces en la supervisión y regulación de las administradoras de ahorros así como la capacidad de redistribuir para los aportantes que no alcanzaron el ahorro suficiente y tienen derecho a una pensión mínima.

179 Gamarra Vilchez, Leopoldo. *El sistema de pensiones y la necesidad de una seguridad social básica*. Laborem N° Lima, 2009. Página 61.

180 Montoro, Carlos. *Costo de la reforma del sistema nacional de pensiones: una adaptación del modelo de generaciones traslapadas*. En Revista del Banco Central de Reserva del Perú. Lima, 1999. Página 60.

4. LOS RÉGIMENES DEL PERÚ

4.1. El Sistema Nacional de Pensiones estipulado en el Decreto Ley N° 19990

Constituye el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) desde abril de 1973 que lleva adelante la Oficina de Normalización Previsional (ONP). Su ámbito de aplicación incluye a los trabajadores sujetos a la actividad privada, los obreros y servidores público no incorporados al régimen de la ley 20530.

Se forma un fondo pensionario común por parte de los trabajadores activos que debería financiar las pensiones futuras en el entendido de otorgar pensiones fijas sobre la base de contribuciones no definidas en la cantidad suficiente para que la aportación colectiva de los trabajadores esté en condiciones de financiar dichas pensiones

a) Determinación de la pensión de jubilación

Edad del trabajador (65 años) sin distinción entre varones y mujeres en virtud de una modificación posterior de la norma original¹⁸¹

- Años de aporte del trabajador (20 años como mínimo)
- Tasa de aporte del 10% de la remuneración pensionable a cargo del trabajador.
- Las pensiones se rigen por topes, de allí que la pensión corresponda a un porcentaje de la remuneración de referencia.

El manejo de este sistema corresponde, por tanto, de los recursos ordinarios que constituyen los impuestos generales¹⁸². Por tal motivo, el beneficiario termina por no depender de sus aportes sino del presupuesto estatal. En economías como la nuestra esta circunstancia es una de las que genera informalidad ya que se evade sistemáticamente la inclusión de los trabajadores en planillas.

Todo aportante y pensionista estima que durante un gran número de años ha realizado aportes que le garantizan la pensión futura, lo que forma la deuda previsional, pero normalmente las actuaciones de gestión del Estado no son las más apropiadas y mucha parte de esos fondos se pierden o mal usan, lo que trae como resultado que los montos que debieran existir, generalmente no existen y deben ser aportados presupuestariamente. A esto hay que agregar la costumbre de crear excepciones o regímenes con aportes menores lo que lleva a condiciones de insuficiencia el monto de los aportes históricos.

b) Tipos de prestaciones

Este régimen regula tres tipos de prestaciones:

- Pensión de invalidez, que se otorga al asegurado con incapacidad física o mental declarado mediante Certificado de una Comisión Médica del Estado.

¹⁸¹ Ley 26504. Artículo 9.

¹⁸² 5% del Presupuesto Público y 1% del Producto Bruto Interno, según datos de la ONP.



- Pensión de Jubilación, que se reconoce a favor del asegurado que cumple la edad avanzada denominada vejez prevista por la ley.
- Pensión de sobrevivencia, que se pagará a determinados familiares del pensionista o asegurado que fallece en tanto que al momento del deceso se cumplan ciertos requisitos y que comprende la viudez, la orfandad y los ascendientes.

4.2. El régimen del Decreto Ley N° 20530

Esta norma tiene su origen en la Ley de Goces de 1850 y ello explica su racionalidad ya que provenía de una etapa económica de franca bonanza en la economía peruana por el auge del guano y reconocía el derecho al acceso de pensiones vitalicias para un número muy limitado de funcionarios públicos en razón de sus servicios prestados que se consideran importantes y, por ende, se formulaba como una suerte de premio al desempeño. En el tiempo, se fueron incorporando cada vez más personas y por diversos criterios. Originalmente, el régimen era de reparto cerrado, pero se continuó ampliando. Se había diseñado la ley 20530 para los trabajadores de la carrera pública del Decreto Legislativo N° 276 que no estaban incorporados al Decreto Ley 19990. Se le conoce bajo la denominación de "célula viva" porque los aumentos que se efectuaran en las remuneraciones públicas tenían como correlato un aumento del mismo tipo en las pensiones de este régimen.

a) Determinación de la pensión de jubilación

- Comprendía exclusivamente a los servidores públicos que estaban trabajando en la carrera administrativa hasta el 11 de julio de 1962.
- Toda reincorporación al sector implicaba la opción entre la pensión o la remuneración con el traslado al sistema del Decreto Ley 19990.
- Ciclo laboral de cálculo: 30 años para los varones y 25 años para las mujeres.
- La base de cálculo era de $1/30$ o $1/25$ del promedio de las remuneraciones pensionables percibidos durante los últimos 12 meses por cada año de servicios.
- Se tenía derecho a la pensión nivelable desde los 20 años de servicios.
- Se accedía al derecho sin el requisito de la edad al alcanzar cuando menos 15 años en los varones y $12 \frac{1}{2}$ años en las mujeres en tanto se tratara de servicios reales y remunerados.
- Se reconocían cuatro años por el criterio de formación profesional.
- Se reconocía la nivelación con empleados con el mismo rango, nivel y categoría.

4.3. El Sistema Privado de Pensiones del Decreto Ley N° 25897

El Sistema Privado de Pensiones (SPP) se creó el 6 de diciembre de 1992 con el objetivo de contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema previsional. Se trata de una alternativa ante el Sistema Nacional de Pensiones con la finalidad de que el trabajador pueda decidir entre ambos regímenes.

El sistema parte de la base de cuentas individuales de capitalización. Se accede a una cuenta personal como si fuera una cuenta de ahorro y allí se deposita mensualmente los aportes obligatorios así como la rentabilidad dada a los mismos bajo la denominación de Libreta de Capitalización AFP. De otro lado, se anotan los movimientos y saldos de los aportes sin fin provisional a través de la Libreta Complementaria de Capitalización AFP.

Los encargados de la gestión son las empresas que reciben la denominación de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones que tienen una distinción patrimonial con los fondos que les toca administrar.

Los sustentos de este sistema son los siguientes:

- Por la capitalización, el afiliado hace aportes por toda su vida laboral y tales montos siempre permanecen en el fondo de capitalización individual.
- Libertad de elección por parte del afiliado.
- Formalidad descrita por medio de un contrato de adhesión que se denomina afiliación.
- Pluralidad de tipos de fondo donde cada uno tiene una cartera de inversiones diferente con riesgos y rentabilidades distintas.
- Capacidad de afiliar a trabajadores dependientes o independientes.
- El trabajador dependiente se compromete a entregar el 8% de su remuneración y el empleador se convertirá en el agente retenedor para derivar el monto a la cuenta de capitalización.
- El ingreso al sistema comprende el derecho a la prestación de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio.

La pensión del trabajador está en relación con los aportes efectuados y la rentabilidad obtenida por ese fondo. No se puede dejar de lado que las AFPs cobran montos o porcentajes por los diversos conceptos que establece el artículo 24 de Decreto Supremo N° 054 - 97 - EF.

La jubilación puede darse a los 65 años y también puede realizarse de manera anticipada en atención a la jubilación anticipada regular, jubilación anticipada por desempleo, jubilación adelantada del Decreto Ley 19990 y Jubilación Anticipada por trabajos de riesgo.

Se ha constatado que la publicidad involucrada así como la competencia entre las diversas empresas administradoras de fondos de pensiones han generado el encarecimiento del servicio. Del mismo modo, como los niveles de empleo formal no son los más elevados y hay tendencia siempre a su disminución hacen que los montos necesarios para una pensión mínima no siempre puedan ser logrados por el aportante, elemento que contribuye al escepticismo de la población que considera todavía que el tema previsional debe estar en manos del Estado, del empleador y del propio trabajador.

Un punto relevante al respecto fue la política de fusiones que varias AFPs realizaron como producto de las dificultades económicas de instalación que se tuvo en el mercado, cuyos montos de inversión fueron sumamente elevados y ocasionaron la reducción de comisiones e involucró al Gobierno para respaldar el sistema y evitar que pudiera quebrar.

Este sistema surgió debido a una serie de razones puntuales que expresamos a continuación¹⁸³:

- La deficiencia administrativa del Instituto Peruano de Seguridad Social en la gestión de los recursos, lo que concernía tanto al aspecto financiero como al aspecto administrativo de dicha gestión.
- El empleo indebido de los fondos de pensiones por parte de las autoridades de gobiernos sucesivos.
- El sistema de prima escalonada degeneró en un sistema de reparto simple.
- La tasa de mortalidad y la de esperanza de vida subieron. En cambio, la cantidad de trabajadores disminuyó debido a la flexibilización laboral y a la informalidad del mercado laboral.
- La hiperinflación del primer gobierno de Alan García hizo parte la mayor parte del valor de los montos.
- El desempleo y el subempleo trajeron consigo la caída del aporte al fondo de pensiones.
- Los elevados niveles de evasión tributaria así como el Estado como uno de los principales deudores acarrearón incluso una norma de reconocimiento de los montos adeudados plasmado en el Decreto de Urgencia N° 067 – 98.

El primer efecto que se produjo en la economía pensionaria fue el apuntado por la Defensoría del Pueblo a través del Informe N° 99 que explicó el traslado de un buen número de aportantes hacia las AFPs con lo que el desequilibrio se agudizó e hizo evidente que no existía articulación entre el nuevo sistema y los anteriores, lo que conllevó efectos negativos para el SNP¹⁸⁴.

¹⁸³ Abanto Revilla, César. *El sistema de pensiones en el Perú: articulando un régimen contributivo paralelo (público – privado) con un régimen no contributivo (solidario)*. En *Laborem* N° 10. Lima, 2009. Página 24.

¹⁸⁴ Abanto Revilla, César. Op. cit. Página 27.

5. JURISPRUDENCIA RELEVANTE

5.1. Procedencia del proceso de cumplimiento

La STC 0168 – 2005 – PC estableció que el cumplimiento de la orden legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución son exigibles a través del proceso de cumplimiento así como la renuencia de cualquier funcionario o autoridad. El mandato deberá constar de los siguientes requisitos:

- Mandato vigente.
- Mandato cierto y claro.
- No hallarse sometido a controversia compleja ni a interpretaciones dispares
- Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento e incondicional.

Por lo tanto si una demanda de cumplimiento es declarada improcedente deberá ser tramitada por medio del Proceso Contencioso Administrativo.

5.2. Precedentes Constitucionales Vinculantes

Se trata de aquellas reglas jurídicas expuestas en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general y deviene en parámetro normativo para la solución de futuras controversias de naturaleza análoga. Se trata de efectos que son similares a los dispuestos por la ley.

- La STC 1417 – 2005 – PA, que es el caso Manuel Anicama, fue la ocasión en que el Tribunal Constitucional declaró que los derechos fundamentales pertenecen al ordenamiento constitucional vigente y deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por nuestro país. Agrega además que los derechos a las prestaciones de salud y de pensión que pertenecen al rango del sistema de Seguridad Social constituye un derecho fundamental a la pensión, como concreción del derecho a la vida en el sentido material y en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, de tal manera que permite alcanzar el desarrollo de la dignidad de los pensionistas. Se trata de un derecho de configuración legal porque la ley constituye la fuente normativa vital para delimitar el contenido directamente protegido por dicho derecho fundamental y lo dota de plena eficacia. El derecho a la pensión está formado por las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso a la seguridad social de la actividad pública o privada; las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión, que debe comprender el derecho al mínimo vital para acceder a la jurisdicción constitucional.
- La STC 7281 – 2006 – PA consideró a la falta o insuficiencia de información como causal para la desafiliación bajo la siguiente regla: se deberán remitir las demandas de tal tipo ante la autoridad administrativa correspondiente pues se encuentran amparadas por el dispuesto en el artículo 65 de la Constitución, que constituye el supuesto jurídico legítimo para que se inicie el procedimiento de desafiliación.



- La STC 04762 – 2007 – PA/TC permite demandar el reconocimiento de las aportaciones al SNP en la vía del amparo por medio de la entrega del certificado de trabajo, las boletas de pagos de remuneraciones, los libros de planillas, la liquidación de tiempo de servicios o de beneficios sociales, las constancias de aportaciones de la Oficina de Registro de Cuentas individuales Nacional de Empleadores y Asegurado ya sea del IPSS o de ESSALUD. Estos documentos debían ser presentados en original o en copia legalizada, sin embargo, como explica Pachas (2010)¹⁸⁵ por medio de la Resolución Aclaratoria se dispuso que se podían presentar en copia simple, pero no todos ellos pues no podrían ser suficiente prueba para el juez. Por tal razón, en la misma aclaratoria se indicó que en caso se presentara solamente el certificado de trabajo en original o copia certificada o fedateada, el juez podrá disponer que en 15 días hábiles se adjunte documentación adicional original, en copia certificada o en copia simple para efectos de corroboración.
- La STC 02324 – 2008 – PA/TC determinó que la acreditación de la pretensión por medio de documentación adicional debe, necesariamente para validar su legalidad y viabilidad como medio probatorio, la exigencia de la acreditación de la identidad a través del nombre completo y el cargo del firmante por intermedio de la constancia expedida por Registros Públicos que acredite que el representante tenía la representación apropiada en el momento de la elaboración del certificado.
- La STC 00015 – 2009 – PA/TC determina que se deba presentar el expediente administrativo por parte de la entidad previsional para que la revisión le permita al juzgador evaluar las pruebas presentadas en el proceso judicial con las presentadas en el procedimiento administrativo con la finalidad de constatar que la evaluación formulada en sede administrativa fue la adecuada. Lo que presenta el asegurado no es la única documentación que pueda existir respecto del administrado como sucede con los documentos que no se encuentran en la administración porque el empleador dejó de brindar servicios sin cumplir con los procesos de liquidación y disolución que tiene previstos la ley para esos casos. La documentación que allí obraba no es de responsabilidad del asegurado en cuanto a su resguardo.
- La STC 00296 – 2008 – PA/TC determinó la importancia capital de los registros hechos a través del libro de planillas, puesto que la sentencia desestimó la pretensión del demandante al solicitar que se contabilizaran periodos que no aparecían en las planillas que fueron cotejadas. Los libros de planillas fueron consagrados como prueba capital a partir de la modificación efectuada al artículo 54 del reglamento de la ley 19990 por el Decreto Supremo N° 063 – 2007 – EF.
- La STC 06171 – 2008 – PA/TC determinó que es exigible que el documento que se expide al trabajador al momento de la conclusión de la relación laboral y

¹⁸⁵ Pachas Ventura, Jonathan. *Los requisitos formales de los documentos para acreditar los aportes al Sistema Nacional de Pensiones: los fallos posteriores (complementarios) a la STC N° 04762 – 2007 – PA/TC*. En Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia. Tomo 24. Lima, 2010. Página 288.

que precisa los datos relativos a la fecha de ingreso, de cese, de condición se exige una constancia o certificación de Registros Públicos en la que conste la representación legal del empleador por parte del firmante de ese medio de prueba.

- La STC 00270 - 2009 - PA/TC determinó la falta de idoneidad de las Declaraciones Juradas efectuadas por el asegurado como medio de prueba de aportaciones porque se trata de un documento elaborado en forma unilateral por el interesado. En cambio, si resulta válida la Declaración Jurada emitida por el asegurado y el empleador, en cumplimiento del Decreto Supremo N° 082 - 2001 - TR que puede probar hasta cuatro años de aportaciones efectuados en condición de asegurado obligatorio.

6. LA ACREDITACIÓN DE LAS APORTACIONES

Se trata de uno de los temas más complejos en el régimen pensionario debido a varias razones:

- El transcurso de los años necesarios para acreditar la jubilación en alguna de sus modalidades.
- La posibilidad de haber tenido varios empleadores con lo que la acreditación suele ser más complicada.
- La desaparición de las empresas donde se prestó servicios sin que estas hayan cumplido con la obligación legal de entregar su documentación o disolverse y liquidarse en la forma que la ley estipula.
- Negligencia del empleador en el cumplimiento de las obligaciones formales por parte del empleador referente al registro oportuno y completo.

La acreditación de las aportaciones es un procedimiento mediante el cual por el pedido de un asegurado, se procede a la comprobación de los aportes efectuados y por ende que cumple con los requisitos que la habilitan para recibir el derecho pensionario. Se trata de un asunto de naturaleza probatoria.

En un inicio se empleaba el artículo 70 del Decreto Ley 19990 que no exigía la verificación de los aportes porque se trataba de una obligación a cargo del empleador y porque el trabajador no podía resultar perjudicado por las deficiencias que generara el empleador.

Posteriormente se realizó una modificación al reglamento del Decreto Ley 19990 y el nuevo artículo 54 determinó que existía la posibilidad de acreditar las aportaciones por parte de los libros de planillas así como por otros libros y documentos llevados por el empleador, que debe exhibir ante las solicitudes de la ONP. Después, en el año 2007, se volvió a modificar dicha norma¹⁸⁶ y se determinó que se acreditaría por medio del Sistema de Cuenta Individual de la SUNAT por periodos comprendidos

186 Decreto Supremo 063 - 2007 - EF

desde julio de 1999 mientras que los periodos anteriores se acreditarán por medio de libros de planillas de pago de remuneraciones. Asimismo, solamente se tendrán en cuenta los periodos cancelados en su totalidad al SNP.

La documentación que se considere que sea falsa o adulterada establecerá responsabilidad administrativa y penal, según el caso, y por lo tanto la ONP puede suspender los efectos de los actos administrativos.

Todo lo anterior nos lleva a considerar lo que señala Potozén (2010)¹⁸⁷ que es el surgimiento del concepto de aportación efectiva para los procesos de calificación de las aportaciones que se generan desde abril de 2007.

La cuenta individual era el mecanismo ideal básico para la acreditación de las aportaciones y en defecto de ella se acude a otros mecanismos supletorios. Como no toda la información se encuentra en la cuenta individual se presenta uno de los más grandes problemas que lleva a trabar la determinación de los aportes. Muchas veces no existe la cuenta individual y se ha dado énfasis a los libros de planillas, boletas de pagos y liquidaciones de beneficios sociales que, a veces, obran en manos de terceros, lo que obliga a corroborar y muchas veces a desvirtuar el contenido pretendido de los mismos. Se han establecido registros complementarios que pueda generar a pedido de la ONP, pero resulta insuficiente y no ha resuelto todavía el problema.

La normativa de reestructuración integral de la Oficina de Normalización Previsional¹⁸⁸ prevé un registro de cada asegurado, lo que haría más efectivo el trámite y está en implementación en la actualidad y ello implica una serie engorrosa de verificaciones en curso.

Debe quedar muy en claro que es la ONP la entidad responsable de contar con la información y el sustento que hacen viable el otorgamiento de una pensión. Se trata de la entidad pública que administra el Sistema Nacional de Pensiones.

7. LAS CAJAS DE PENSIONES

7.1. La Caja de Pensiones Militar Policial

El personal militar y policial que egresó desde el 1 de enero de 1974 se rige previsionalmente por la Caja de Pensiones Militar – Policial cuya base legal es el Decreto Ley N° 21021, como persona jurídica de derecho público interno, que goza de autonomía económica, administrativa y financiera.

Además de los fondos que recauda y administra por ley tiene patrimonio propio que se destina a¹⁸⁹:

187 Potozén Braco, Boris. *La acreditación de aportaciones en el Sistema Nacional de Pensiones*. En Actualidad Jurídica N° 199. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2010. Página 32.

188 Ley 28532.

189 Campos Torres, Sara. *Manual de Seguridad Social. Tratamiento de las prestaciones en Salud y Pensiones*. Soluciones Laborales. Manual Operativo 4. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2010. Página 249.

- Administrar el régimen de pagos de las pensiones y compensaciones de sus miembros.
- Administrar los recursos de la CPMP para incrementarlos.
- Administrar otros fondos y prestar otros servicios que se aprueben por decreto supremo firmado por los ministros de Defensa y del Interior.

Las pensiones de esta Caja se otorgan con carácter de renovable y no renovable y se trata de:

- Disponibilidad o cesación temporal.
- Retiro o cesación definitiva.
- Invalidez o incapacidad.

Los sobrevivientes tienen a su favor:

- Pensión de viudez para el cónyuge.
- Pensión de orfandad para los hijos.
- Pensión de ascendientes para los padres.

La pensión se obtiene con los siguientes requisitos:

- Anexar partidas de nacimientos y matrimonio.
- Partidas de nacimiento del causante o fallecido en el caso de ascendientes.
- La pensión de orfandad se otorga hasta la mayoría de edad, salvo que se trate de personas que se ha declarado que son física o mentalmente incapaces por medio de sentencia judicial firme en la medida que no sean beneficiarios de otro régimen de seguridad social; las hijas solteras en tanto que no desempeñen actividad lucrativa, carezcan de rentas y no sean beneficiarias de otro régimen de seguridad social; las o los hijos solteros del personal militar o policial fallecidos en acción de armas, actos con ocasión o como consecuencia del servicio en tanto que cursen estudios de nivel básico, superior o universitario de manera ininterrumpida.
- Para las pensiones de orfandad se necesita certificado de soltería, constancia negativa de la ONP, Certificado Negativo de Propiedad de los Registros Públicos, Constancia de Estudios, Certificado Domiciliario, Declaración Jurada de no percibir rentas. Toda la documentación deberá ser sujeto de renovación anual.

Las compensaciones son los pagos a los que accede el personal militar o policial cuando pasa al retiro sin que haya contado con el tiempo mínimo de servicios para gozar de pensión que es de 15 años para varones y de 12.5 años para mujeres. Quien se encuentre en tal situación se presentará ante la Oficina General de Administración para realizar el trámite.



7.2. La Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador

Se creó por medio de Decreto Supremo N° 01 – 65 bajo la modalidad de institución de utilidad pública con personería jurídica de derecho privado y finalidad social para los pescadores afiliados.

Los pescadores realizaban aportes con los cuales financiaban de las prestaciones de salud y de los beneficios pensionarios, pero las difíciles circunstancias financieras llevaron a que se dictaminara que ESSALUD se haría cargo de las mismas y los pescadores serían, en adelante, afiliados regulares desde el 1 de octubre de 2005.

El derecho comprende a:

- Los trabajadores pesqueros que laboran en condiciones de dependencia.
- Los pensionistas pesqueros de la CBSSP que tengan pensión de jubilación, sobrevivencia.
- Los derechohabientes de los mismos (cónyuge, hijos menores, hijo mayor incapacitado totalmente para el trabajo, madre gestante de relación extramatrimonial, cuyo derecho acaba con el nacimiento del hijo).

Para tener acceso a la cobertura es necesario que se cuente con dos aportaciones mensuales consecutivas o no consecutivas canceladas en los seis meses previos a la contingencia así como contar con vínculo laboral vigente en el mes en que ocurra la contingencia. En caso de contarse con tales aportaciones se tiene el derecho especial de cobertura por desempleo.

8. CUADRO DE COMPARACIÓN DE SISTEMAS PENSIONARIOS¹⁹⁰

Decreto Ley N° 19990	Decreto Ley N° 20530
Trabajadores públicos y privados (que no están sujetos a la Ley N° 20530) así como trabajadores del hogar y trabajadores independientes	Trabajadores públicos, fiscales, magistrados, diplomáticos, Jurado Nacional de Elecciones, Tribunal Constitucional, trabajadores del Banco de la Nación y ESSALUD.
Edad: 65 años	Edad: no hay mínimo.
Años de aportes: 20 años	Años de aportes: 20 años

¹⁹⁰ Toyama Miyagusuku, Jorge y Angeles Llerena, Carmen. *Seguridad Social Peruana: sistemas y perspectivas*. En Themis N° 48. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1998. Página 217.

<p>Pensión: resultado del promedio de 36, 38 y 60 últimas remuneraciones anteriores al último mes en que cesó. No hay posibilidad de recibir el 100% de la última remuneración.</p>	<p>Pensión: 100% de la última remuneración.</p> <p>Después de 20 años la pensión es nivelable.</p>
<p>Aportes: 10% a cargo del trabajador</p>	<p>Aportes: 10% a cargo del trabajador</p>
<p>Pensión derivada:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 50% de la pensión para los casos de viudez. • Orfandad se recibe hasta los 18 años y los que estudian hasta los 21 años. • Orfandad por invalidez: hijos mayores de 18 años con certificación de Comisión Médica. • Ascendientes: 20% de la pensión del causante. 	<p>Pensión derivada:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Viudez: 100% si la pensión no alcanza la RMV; 50% si es mayor de la RMV, con el tope de 6 RMV. • Orfandad: el 20% de cada hijo hasta los 18 años y hasta los 21 años si es estudiante. • Invalído: 20% más una bonificación de una RMV en tanto haya dictamen favorable de la Comisión Médica. • Pensión mínima del 20% al 40% de la pensión en el caso del fallecimiento de ambos padres.
<p>Régimen abierto</p>	<p>Régimen cerrado</p>