ACTUALIDAD LABORAL

LA REVISTA ESPECIALIZADA EN DERECHO LABORAL MÁS ANTIGUA DEL PERÚ. FUNDADA POR FERNANDO ELÍAS MANTERO EN MAYO DE 1975.

Editorial

Por Fernando Varela Bohórquez

La función del despido ante los cambios tecnólogicos

Role of dismissal from the technological changes

Artículo de J. Eduardo López Ahumada

Reducción de la jornada de trabajo en Chile

Artículo de Paulo Andrés Otárola Quintana

Normas legales

Jurisprudencia

Negociaciones colectivas

Agosto 2019

Editada por Elías Mantero Abogados

EDITORIAL

La presente edición corresponde al mes de agosto; sin embargo, esta editorial la hemos escrito en el mes de setiembre porque nos encontrábamos en la bella ciudad española de Alcalá de Henares desarrollando el exitoso curso de "Perfeccionamiento en Relaciones Laborales y Protección Social" organizando conjuntamente por la Universidad de Alcalá, el Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Universidad de San Martín de Porres, curso en el cual cuarenta alumnos de las Maestrías en Derecho del Trabajo de ambas universidades nacionales tuvieron la oportunidad de perfeccionarse con destacados docentes de diversas universidades españolas.

En esta edición contaremos con la valiosa participación de dos destacados abogados y docentes universitarios extranjeros Eduardo López Ahumada y Paulo Otárola Quintana

El profesor López Ahumada es un destacado docente español de la Universidad de Alcalá con un especial interés por el desarrollo del derecho laboral en Latinoamérica quien viene colaborando constantemente con nuestra revista; y, el profesor Otárola Quintana es un importante docente chileno del Departamento de Derecho Económico y Laboral de la Universidad Católica de la Santísima Concepción de Chile y es Director de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El profesor López Ahumada publica con nosotros un artículo titulado "La función del despido ante los cambios tecnológicos", en el que evalúa el grado de introducción de la innovación tecnológica en la figura del despido, analizando las consecuencias derivadas de los cambios tecnológicos en las distintas modalidades de despido reguladas en la legislación laboral española que perfectamente se puede analogar a nuestra realidad jurídica. En este artículo el profesor López Ahumada pone de manifiesto el bajo grado de penetración de los aspectos tecnológicos a la hora de ejercer por parte de la empresa su poder extintivo y los nuevos retos que dicha compleja realidad plantea.

El profesor Otárola colabora con nuestra revista publicando el artículo titulado "Reducción de la jornada de trabajo en Chile" en el que nos explica con claridad la aprobación ocurrida el primer día hábil de septiembre de 2019 por la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional de Chile, del Proyecto de Ley de Reducir la Jornada de Trabajo de 45 a 40 horas a la Semana. En su artículo nos explica que esta discusión se ha dado en paralelo al debate de otro Proyecto de Ley presentado

Fernando Varela Bohórquez
Director

Editorial

por el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera Echeñique de flexibilizar la jornada de trabajo para conciliar la vida familiar y laboral, carrera dada en paralelo, pero que en esta primera etapa de competencia lleva la delantera el proyecto de la oposición. Como podrán apreciar es un tema de notoria actualidad que es importante analizar y evaluar su posibles implicancias de una regulación similaren nuestro país.

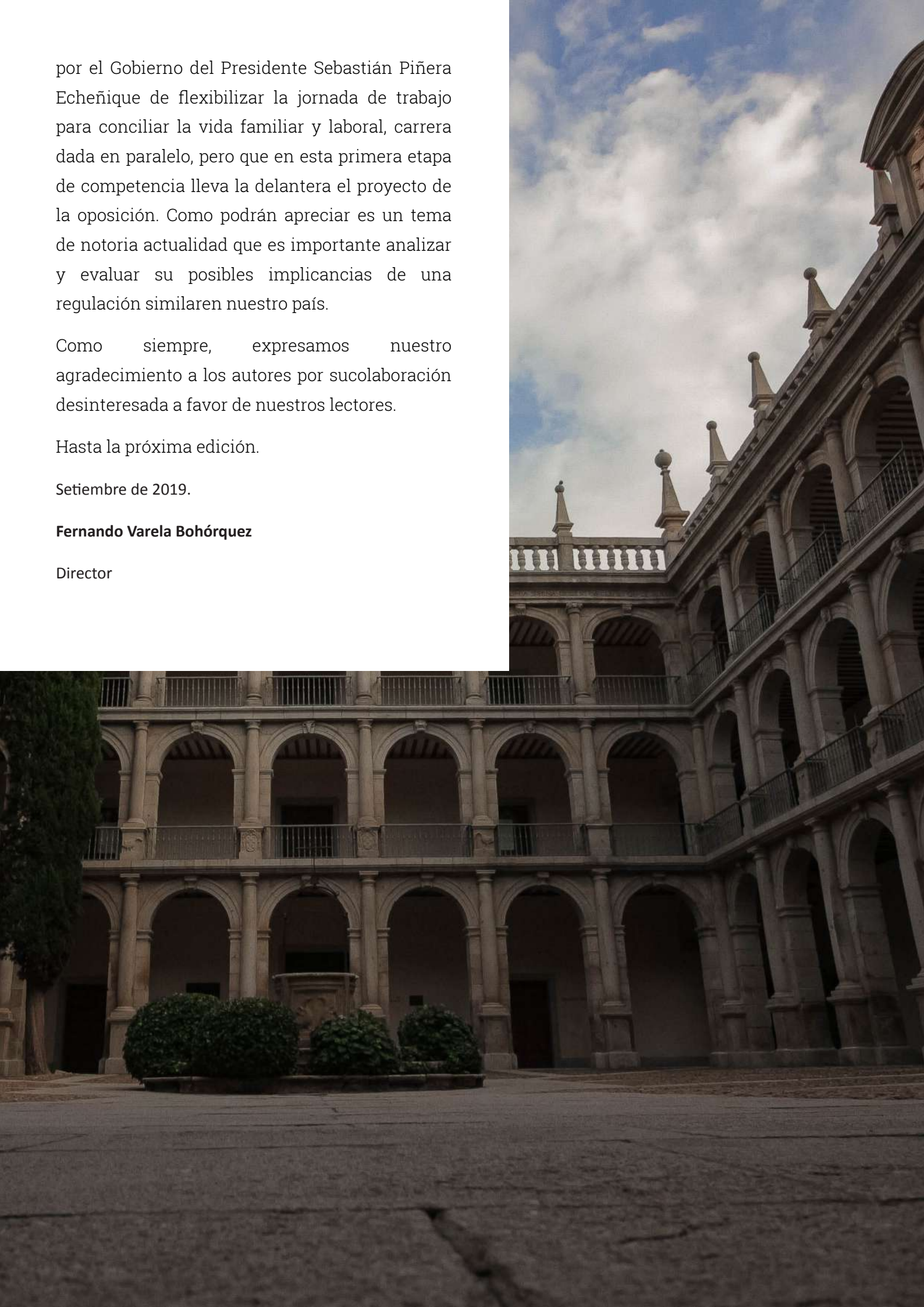
Como siempre, expresamos nuestro agradecimiento a los autores por sucolaboración desinteresada a favor de nuestros lectores.

Hasta la próxima edición.

Setiembre de 2019.

Fernando Varela Bohórquez

Director



Indice

03 Editorial
Por Fernando Varela Bohórquez

05 La función del despido ante los cambios tecnólogicos
Role of dismissal from the technological changes
Artículo de J. Eduardo López Ahumada

21 Reducción de la jornada de trabajo en Chile
Artículo de Paulo Andrés Otárola Quintana

36 Normas legales

67 Jurisprudencia

121 Negociaciones colectivas

Director Fundador
Fernando Elías Mantero

Director
Fernando Varela Bohórquez

Comité Editorial
César Llorente Vílchez
Marcos Suclupe Mendoza
André Farah Salas

Colaboradores
Connie Cossio
Héctor Chávez Soto
Cecilia Rojas Villanueva

Editada por:

ELIAS MANTERO ABOGADOS

LUCERNA JURIS

Pedro Dulanto 160
Urbanización San Antonio, Lima 4 Barranco, Lima-Perú
(51 1) 446 9711 / (51 1) 241 0985
informes@estudio-eliasmantero.com
www.estudio-eliasmantero.com

La función del despido ante los cambios tecnólogicos

Role of dismissal from the technological changes

J. Eduardo López Ahumada

Universidad de Alcalá

eduardo.lopez@uah.es

Alcalá de Henares, Madrid, España

Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá, sobresaliente cum laude por unanimidad (2003) y Premio Extraordinario de Doctorado (2005). Profesor Honorario de la Universidad San Martín de Porres (Lima, Perú). Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Director de la Revista "Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social" (ISSN: 2445-0472), publicada por Ediciones CINCA. Investigador principal de la Línea estable de investigación sobre Relaciones Laborales y Protección Social del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá (IELAT). Miembro de la Comunidad Cielo Laboral. Profesor invitado en las Universidades Montesquieu-Bordeaux IV, Universidad de Bolonia, Universidad Libre de Bruselas, Universidad de California-Los Ángeles y University College of Dublin. Es autor de diversas monografías y múltiples artículos de investigación publicados en revistas de impacto científico. Para más información http:www2.uah.es/eduardo_lopez_ahumada/

Abreviaturas: ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. LJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. CC: convenio colectivo. STS: Sentencia del Tribunal Supremo. STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Autónoma de España.

SUMARIO

- Introducción
- El despido disciplinario y uso indebido del trabajador de las nuevas tecnologías
- El despido objetivo y falta de adaptación del trabajador a los cambios técnicos
- El despido por causas empresariales y cambio tecnológico
- Conclusiones

RESUMEN

El objetivo del presente estudio consiste en evaluar el grado de introducción de la innovación tecnológica en la figura del despido. Concretamente, se analizan las consecuencias derivadas de los cambios tecnológicos en las distintas modalidades de despido reguladas en la legislación laboral española. Este artículo pone de manifiesto el bajo grado de penetración de los aspectos tecnológicos a la hora de ejercer por parte de la empresa su poder extintivo y los nuevos retos que dicha compleja realidad plantea.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to evaluate the degree of introduction of technological innovation at work in the figure of dismissal. Specifically, the consequences of technological changes in the different types of dismissal regulated in Spanish labor legislation are analyzed. This article highlights the low level of introduction of technological aspects when dismissal is resorted to this new reality.

PALABRAS CLAVE despido; cambio tecnológico; innovación tecnológica; buena fe; principio de proporcionalidad; poder de dirección y organización, poder de extinción.

KEY WORDS dismissal; technological change; technological innovation; good faith; proportionality principle; power of direction and organization; extinguish power

INTRODUCCIÓN

El presente estudio analiza los efectos de los cambios tecnológicos en las distintas formas de despido contempladas en la legislación laboral española. Concretamente, se destaca el bajo grado de introducción en dicho ordenamiento jurídico de los avances tecnológicos a la hora de ejercer el poder extintivo en las relaciones laborales. De entrada, es preciso decir que ni la regulación legal relativa a la extinción del contrato de trabajo, ni el tratamiento realizado por la negociación colectiva, han prestado especial atención a la repercusión de las nuevas tecnologías como causa de despido. En realidad, podemos decir que nos encontramos ante situaciones problemáticas, que no cuentan con una respuesta legal directa y que su interpretación final se deduce casuísticamente de la doctrina jurisprudencial. En este sentido, analizaremos supuestos de despido de distinta naturaleza, cuya conexión reside en el hecho de que la extinción del contrato de trabajo proviene de una decisión unilateral del empresario con base en las nuevas tecnológicas. Concretamente, trataremos en primer lugar el ejercicio del poder disciplinario del empresario ante el uso inadecuado de las nuevas tecnológicas con fines extralaborales; posteriormente, nos centraremos en el despido objetivo por falta de adaptación del trabajador a los cambios técnicos operados en el puesto de trabajo y, finalmente, estudiaremos los despidos colectivos por causas técnicas que implican una transformación de los procesos productivos con ajuste de personal.

EL DESPIDO DISCIPLINARIO Y USO INDEBIDO DEL TRABAJADOR DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Conviene indicar que el ejercicio del poder disciplinario del empresario por uso inadecuado del trabajador de las nuevas tecnologías es el supuesto extintivo prototípico y de mayor conflictividad en la práctica. Se trata de situaciones conflictivas que se canalizan por la vía del despido disciplinario y cuya proyección en las relaciones laborales ha ido aumentando progresivamente en los últimos años[1]. Ciertamente, cada vez son más numerosos los pronunciamientos judiciales relativos a despidos fundados en el uso indebido del trabajador de los medios tecnológicos puestos a disposición por la empresa. Generalmente, nos encontramos ante supuestos complejos, en los que

1 Vid. Martin-Casallo López (2002).

se debate la procedencia de la decisión disciplinaria del empresario, una vez ponderado el uso inadecuado y extraproductivo de los medios técnicos de la empresa. Dicho comportamiento permite comprobar si se ha producido el incumplimiento grave y culpable del trabajador que justificaría, en su caso, la procedencia del despido[2].

La decisión disciplinaria relacionada con los presuntos incumplimientos laborales derivados del uso de las nuevas tecnologías se canalizan por la causa de la buena fe contractual, ya que entre las causas de justificación del despido disciplinario no encontramos un tipo específico para este supuesto de incumplimientos laborales (art. 54.2 ET). De este modo, el uso indebido de las nuevas tecnologías puede justificar el acto de despido del empresario, siempre que se acredite la concurrencia de la transgresión de la buena fe contractual, como causa de despido disciplinario.

El deber de buena fe subyace en el contrato de trabajo y tiene una proyección muy amplia, que subsume los incumplimientos de carácter moral relacionados con la mutua confianza y la lealtad debida[3]. En dicha formulación genérica del incumplimiento laboral se puede subsumir cualquier tipo de uso extralaboral relevante de los medios técnicos de la empresa, que implique una deslealtad en el modo de cumplir la prestación laboral[4]. De este modo, dentro de esta causa genérica se subsumen supuestos como el uso del correo electrónico para fines particulares o el acceso a páginas webs ajenas al contenido del trabajo.

Como sabemos, el ejercicio del poder sancionador de la empresa tiene que ajustarse a las exigencias de las reglas de la proporcionalidad. De este modo, el incumplimiento del trabajador que suponga transgresión de la buena fe debe producir un daño efectivo a la empresa, consistente generalmente en el incumplimiento del horario de trabajo. No obstante, debemos subrayar que deberá tratarse de un incumplimiento grave o relevante y, además, que sea culpable[5], es decir, intencionado. Ello se deberá traducir en una conducta jurídicamente dolosa o negligente. Sin estos presupuestos no podría justificarse el despido disciplinario[6]. Así pues, cualquier uso extraproductivo de las nuevas tecnologías no comportaría causa de despido. Por ejemplo, no merecerían la máxima sanción del despido disciplinario el acceso puntual a internet para fines propios o la remisión de un solo correo privado.

En este sentido, la negociación colectiva puede ejercer, en determinados contextos de uso habitual de las nuevas tecnologías, un papel de determinación de los grados de incumplimiento que puedan justificar la decisión empresarial de despido. Como sabemos, los incumplimientos de los trabajadores se sancionarán "de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo aplicable" (art. 58 ET). Ello quiere decir que las conductas deberán estar graduadas y tipificadas legal o convencionalmente, y si el convenio colectivo realiza esta labor de concreción, ciertamente, se conseguirá un efecto adicional de seguridad jurídica. Por tanto, la negociación colectiva puede graduar determinados comportamientos prototípicos relacionados con las nuevas tecnologías que puedan acarrear la máxima sanción, esto es, el despido. Y también puede contemplar otros comportamientos que pueden tener una menor intensidad y dar lugar únicamente a una suspensión temporal de empleo y sueldo[7]. El convenio colectivo tiene, pues, un amplio margen de libertad para tipificar los incumplimientos de forma específica o amplia, pero a mayor especificación

2 En relación al uso por el trabajador de los medios informáticos para fines extraproductivos. Vid. Falguera Baró (2004, 279-281).

3 La buena fe es una regla de valoración de conductas conforme al cumplimiento normal de las obligaciones laborales. Ello significa que se pueden subsumir en el quebranto de la buena fe comportamientos que impliquen deslealtad o actuación fraudulenta. La transgresión de la buena fe implicaría efectivamente un modo incorrecto de cumplir las obligaciones laborales, que no valora tanto el daño causado, sino el quebrando de la confianza depositada en el trabajador y la lealtad debida. Vid. STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2001 (AS 2001, 2700).

4 En este sentido, se justifica la transgresión de la buena fe contractual cuando se utilizan los equipos informáticos de la empresa con fines extralaborales y durante el horario de trabajo. Vid. STSJ de Cataluña, de 5 julio 2000 (AS 2000, 3452). STSJ de la Comunidad Valenciana, de 24 septiembre 1996 (AS 1996, 2877).

5 La jurisprudencia exige a efectos de justificar el despido que el incumplimiento del trabajador suponga un uso indebido significativo, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo. Asimismo, se exige una cierta reiteración en las irregularidades laborales y que el perjuicio causado permita graduar el incumplimiento hasta llegar a la sanción disciplinaria del despido. Vid. STS (Social) de 26 febrero 1991 (RJ 1991, 875). STS (Social) de 4 marzo 1991 (RJ 1991, 1823). STSJ Cataluña, de 14 noviembre 2000 (AS 2000, 3444).

6 Precisamente, los tribunales entienden que el incumplimiento laboral no debe sólo consistir en el uso indebido y extralaboral de los medios técnicos que la empresa pone a disposición del trabajador, sino que tendrá que venir cualificado por la falta de ética del trabajador y en el abuso que ello supone, que es un agravante, que permite aplicar la sanción del despido. Vid. STSJ Cataluña, de 14 noviembre de 2000 (AS 2000, 3444). STSJ Cataluña de 5 de julio de 2000 (AS 2000, 3452).

7 Como sabemos, el art. 54 del ET regula la sanción consistente en el despido disciplinario y el art. 45 del ET contempla como causa de suspensión, la suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias. A falta de regla en convenio colectivo estos artículos son los que permiten ejercer el poder sancionador.

se reduce el ámbito de discrecionalidad de la empresa al ejercer su poder sancionador[8].

Las empresas han ido introduciendo correcciones a los amplios márgenes del ejercicio del poder disciplinario empresarial con base en las nuevas tecnológicas, utilizando, sobre todo, el recurso a los Códigos de Conducta. Igualmente, algunos convenios colectivos han afrontado este tema en el apartado dedicado al régimen disciplinario. Un gran número de convenios colectivos hacen referencia al carácter sancionable de la utilización indebida de los medios informáticos facilitados por la empresa, fijando sanciones específicas para este tipo de comportamientos[9]. Normalmente este tipo de actos se tipifica como faltas de carácter leve[10] o grave. El recurso mayoritario en los convenios es incluir como faltas grave el uso indebido de los medios los medios de comunicación, información o de carácter telemático establecidos en la empresa. Dentro de estos comportamientos se encuentran especificaciones concretas, como el hecho de realizar trabajos particulares durante la jornada, así como emplear para uso propio materiales de la empresa sin la debida autorización, o entregarse a juegos o distracciones en horas de trabajo. Otros comportamientos configurados como faltas graves son facilitar claves de acceso a otras personas, la creación y copia de ficheros sin autorización, enviar correos de forma masiva sin autorización, instalar software no autorizado, cambiar la configuración de equipos, crear archivos y bases de datos de carácter personal, leer o utilizar correos electrónicos de otros usuarios, etc.

Solamente algunos convenios contemplan los comportamientos anteriormente citados como falta de carácter muy grave. En este tipo de supuestos que contemplan la máxima reacción del despido o suspensión de empleo o sueldo de larga duración convendría utilizar tipos no tan genéricos, que introducen un grado mayor de inseguridad jurídica[11]. Este tipo de cláusulas genéricas se refieren, por ejemplo, al uso de medios informático, telemáticos o electrónicos y de comunicación, correos electrónicos, etc., dentro del ambiente empresarial, cuando se utilicen para fines no estrictamente empresariales, o realizar durante la jornada de trabajo trabajos personales. Se trata de supuestos que generalmente están contemplados como faltas graves y la máxima reacción[12] del despido depende de la reincidencia del trabajador y del juicio de proporcionalidad en el caso concreto. Esta opción sería, a nuestro juicio, la más idónea a los efectos de procedimentalizar el poder disciplinario de la empresa. Otros supuestos de infracción muy grave definidos de forma más específica son el incumplimiento de las normas de seguridad informática, uso fraudulento de los medios electrónicos, destruir o dañar documentos o programas, acceso a áreas restringidas, introducir voluntariamente virus, descifrar contraseñas, etc.

A continuación, vamos a analizar la calificación concreta del despido, que en el ámbito de nuestro estudio plantea un problema especial relativo a las actuaciones contrarias a los derechos fundamentales[13]. Ello se debe a que la comprobación empresarial del incumplimiento y, posterior, acreditación judicial puede incidir en el ámbito de protección de los derechos fundamentales, muy especialmente en el derecho a la intimidad (art. 18 CE). De este modo, la transgresión del derecho a la intimidad se produce cuando para obtener las pruebas que permitan justificar el despido se utilizan los medios técnicos puestos a disposición por la empresa[14]. Ciertamente, en el ámbito laboral

8 También el Reglamento de Régimen Interior, por remisión del convenio colectivo, podría especificar las actuaciones constitutivas de faltas. No obstante, es preferible que el convenio asuma esta labor de tipificación, asumiendo directamente el principio de legalidad. En cualquier caso el reglamento no podría contener tipos distintos, sino solamente especificaciones de las conductas contenidas en el propio convenio colectivo que son constitutivas de falta y las sanciones se impondrían a partir de lo previsto en el convenio colectivo.

9 Ciertamente, se trata de supuestos que incluyen tipos específicos relativos al uso de indebido de los medios informativos y las telecomunicaciones. Vid. CC Telefónica Data España SA, CC Vodafone España, SA, CC Airtel Móvil SA, CC Telefónica de España SAU, CC Telefónica Telecomunicaciones Públicas SA, CC Vodafone España SA, CC Fiat Auto España SA, CC Endesa SA, CC Sefirum, CC Telefónica Moviles SA, CC Hero España.

10 Un ejemplo de falta leve lo encontramos en el CC Once o en el CC de Industrias Químicas, que se refiere a la utilización de los medios para fines distintos del trabajo, incluido el correo electrónico y el uso del teléfono móvil durante la jornada laboral o la no información sobre la seguridad de los datos informáticos.

11 Las sanciones varían de intensidad según los supuestos así para las infracciones leves la reacción es generalmente amonestación o suspensión de empleo y sueldo de hasta dos o tres días. Las faltas graves se sancionan con suspensión de empleo y sueldo de tres o cuatro días hasta diez o quince días y, finalmente, las faltas muy grave acarrean suspensión generalmente de hasta setenta días o despidos –aunque llama la atención que determinados convenios se refieran eufemísticamente a la rescisión del contrato en lugar de al despido. Vid. CC Industrias Químicas, CC Seguros Privados.

12 Los convenios estudiados que se refieren a esta materia contemplan normalmente que la falta grave por uso inadecuado de los medios técnicos se pueda convertir en muy grave por reincidencia. Vid. CC Telemarketing, CC Prensa Diaria, CC Prensa-Agencias informativas, CC Seguros Privadosm, CC Telefónica de España SAU, CC Retevisión SA.

13 Recomendamos en materia de poderes empresariales y su incidencia en los derechos fundamentales el siguiente trabajo de investigación. Vid. Mercader Uguina (2002, pp. 95-97).

14 Sobre la posible incidencia del derecho a la intimidad mediante las distintas formas de control del trabajo. Vid. Camas Roda (2004, 161-165).

la implantación de las nuevas tecnologías, ya sean instrumentos de trabajo en sentido estricto, o medios de control del trabajo, potencian las posibilidades de vulneración de los derechos fundamentales, lo cual conlleva la necesidad de buscar un equilibrio necesario y justo[15].

La obtención de las pruebas obtenidas a partir de las nuevas tecnologías permitiría la declaración de la nulidad del medio probatorio, si se tratara de una prueba obtenida ilegalmente (art. 11.1 LOPJ y art. 90 LJS)[16]. De este modo, son ilegales en nuestro sistema aquellas pruebas que hayan sido obtenidas, directa o indirectamente, vulnerando los derechos o libertades fundamentales[17]. Concretamente, la LJS contempla la no admisión de dichos medios de prueba (art. 90 LJS), ya que "las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas". Estamos efectivamente ante una garantía adicional de los derechos fundamentales, ya que no tendrán valor probatorio los medios de prueba obtenidos de forma ilícita[18].

La empresa tiene la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido y el despido se declarará judicialmente nulo si la prueba es ilícita. Es preciso subrayar que con carácter general existe una presunción de improcedencia del despido, siendo necesaria la práctica de la prueba para destruirla[19]. Los tribunales consideran que la afectación al derecho fundamental a la intimidad acarrea la ilicitud de la prueba y ello puede suponer la nulidad o improcedencia del despido. Con carácter general, dicha afectación supone la improcedencia del despido[20], pero también podemos encontrar sentencias que se decantan por la nulidad[21].

A nuestro entender, la consideración de la prueba como ilícita tiene como efecto la nulidad del despido, cuya consideración deriva de la doctrina del TC de los despidos radicalmente nulos y por la proyección de la garantía de indemnidad de la que goza todo trabajador[22]. La opción de la nulidad se configura como la opción más tuitiva para el trabajador, ya que dicha declaración implica la readmisión automática del trabajador a su puesto de trabajo. Como hemos indicado, nos encontramos ante una manifestación más de los despidos radicalmente nulos debido a la vulneración de derechos fundamentales (arts. 4.2 c y 17.1 ET), que se aleja de la mera nulidad por motivos formales subsanables[23]. La exigencia de la práctica de pruebas legítimas está estrechamente conectada con el principio de presunción de inocencia[24], así como con la exigencia de un proceso laboral con todas las garantías y el derecho de igualdad de armas en el proceso (art. 24.2 y 14 CE).

Como podemos observar, el derecho a la intimidad sigue latente en el lugar de trabajo, y concurre con las facultades empresariales, de modo que habrá que determinar los puntos de convivencia de ambos bienes jurídicos. Obviamente, el trabajador tiene derecho a su intimidad durante el tiempo de trabajo y en el lugar de trabajo, ya que la existencia de un contrato de trabajo no supone la privación de los derechos fundamentales. Sin embargo, dichos derechos fundamentales no son absolutos, ya que se encuentran modulados por otros intereses jurídicos protegidos constitucionalmente[25]. Ello significa que si la empresa controla la prestación laboral sin afectar derechos fundamentales y ello permite comprobar la transgresión de la buena fe

15 Vid. Gil Plana (1989, 191-192) Del Rey Guanter (1989, 76).
16 Sobre la calificación del medio probatorio como prueba ilegal. Vid. STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984, 114). STC 85/1994, de 14 de marzo (RTC 1994, 85). STC 127/1996, de 9 julio (RTC 1996, 127).
17 Vid. De la Oliva Santos (2004, 92-95).
18 En relación a la necesidad de que los medios de prueba se obtengan respetando los derechos fundamentales. Vid. García-Perrote (1994, 67). Goñi Sein (1988, 160).
19 Vid. Rodríguez-Piñero (1990, 47-50).
20 Algunos autores que consideran que la violación de un derecho fundamentar a obtener la prueba comporta que el despido no se puede acreditar y se calificaría como improcedente. Vid. Sempere Navarro - San Martín Mazzuconi (2002, 57). En este sentido, algunas sentencias consideran que las pruebas obtenidas a partir de las nuevas tecnologías, si la prueba es ineficaz, el despido podrán considerarse improcedente. Vid. STSJ del País Vasco de 24 abril 2007 (AS 2007, 2512).
21 Vid. STC 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004, 196). STC 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004, 196). STSJ del País Vasco de 12 de septiembre de 2006 (AS 2006, 2602).
22 Vid. Colàs Neila (2002, 652). Segalés Fidalgo (2006, 1724). Baviera Puig (2008, 2159).
23 Vid. Pedrajas Moreno (1992, 161).
24 Vid. STC 109/1986, de 24 de septiembre (RTC 1986, 109). STS (Social) de19 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9250). Vid. Sempere Navarro (1996, 353-374).
25 Vid. STC 120/1983, de 15 diciembre (RTC 1983, 120).

permite que el despido pueda ser calificado como procedente. Se reproducen, pues, los límites del poder disciplinario de la empresa aplicado ahora al ámbito de las nuevas tecnologías, con las modulaciones indicadas por la presencia del derecho a la intimidad del trabajador.

En los supuestos de despido disciplinario con causa en el uso extraproductivo de las nuevas tecnologías, los tribunales de justicia han venido determinado los requisitos y cautelas para la existencia de causa suficiente de despido. Con carácter general, en la fundamentación de las resoluciones judiciales subyace como tema de fondo el juicio de proporcionalidad entre el control del trabajo a través de los medios técnicos y su incidencia en el derecho a la intimidad. Ciertamente, los pronunciamientos judiciales no se pueden tener en cuenta como criterios rígidos de aplicación, ya que todo depende de las circunstancias concretas del caso y de la proyección del citado principio de proporcionalidad. La aplicación de dicho principio supone que cualquier medida empresarial restrictiva de derechos fundamentales, especialmente la intimidad, tendrá que ser razonable, justificada y ponderada. Es decir, deberá tratarse de una decisión puramente objetiva[26], necesaria para poder realizar el control de la prestación y que tenga la menor repercusión posible en los derechos fundamentales. Asimismo, es preciso destacar que el trabajador deberá estar informado de dicho control y deberá concurrir su consentimiento para legitimar las intromisiones del empresario en el ámbito del derecho a la intimidad.

Estos parámetros del juicio de proporcionalidad requieren lógicamente de una determinación casuística, ya que se trata de criterios genéricos que habrá que especificar en el caso concreto. En este sentido, conviene indicar que las medidas disciplinarias de la empresa que limiten derechos fundamentales se interpretarán de forma restrictiva, siendo ésta una presunción que tendrá que destruir el empresario[27]. A continuación vamos a analizar los supuestos típicos de despido disciplinario con causa en el uso extraproductivo de los medios técnicos puestos a disposición por la empresa y apuntaremos las principales líneas de aplicación del principio de proporcionalidad.

En primer lugar, nos vamos a referir al uso del ordenador para fines distintos del trabajo. Se trata de supuestos en los que el trabajador destina parte del tiempo de trabajo a actividades ajenas al trabajo con merma en su rendimiento y en el cumplimiento de su jornada laboral (juegos, visita de determinadas páginas webs, pasatiempos). En estos casos, la empresa puede utilizar programas para controlar el uso del ordenador, siendo su uso válido dependiendo de las circunstancias concretas, siempre que no se afecte el derecho a la intimidad del trabajador y una vez realizado el correspondiente juicio de proporcionalidad [28]. Estaríamos, pues, ante una ejemplo de control empresarial del cumplimiento de las obligaciones laborales (art. 20.3 ET), de modo que el derecho a la intimidad no es absoluto, pero el control sólo será lícito si es proporcional entre el fin perseguido y la limitación del derecho fundamental es adecuada al fin, equilibrada y necesaria al no existir otras alternativas.

En cuanto al uso de Internet en el horario de trabajo como supuesto justificador de un despido, conviene indicar que la utilización abusiva del servicio de internet desde los ordenadores de la empresa es sumamente difícil de comprobar en la práctica, y en muchos supuestos es inviable exigir un uso estrictamente laboral de internet en el trabajo[29]. Precisamente, muchas veces es preciso consultar en el trabajo páginas webs que no tienen relación con el trabajo, pero cuya consulta es necesaria (por ejemplo, un callejero, el tiempo, una noticia). Estos comportamientos no serían, pues, supuestos de transgresión de la buena fe contractual y, en consecuencia, la causa de despido concurriría únicamente en aquellos supuestos de uso desproporcionado objetivamente.

En relación al uso del correo electrónico, es preciso destacar que el tema es análogo a la captación de las conversaciones telefónicas entre el trabajador y un cliente o una tercera persona desconocida; es decir, el

26 La revisión de la decisión empresarial tendrá que analizar si la medida concreta fue idónea, necesaria y proporcional. Vid. STC 90/1999, de 26 mayo (RTC 1999, 90).
27 Vid. STC 98/2000, de 10 abril (RTC 2000, 98).
28 Vid. STSJ Cataluña, de 23 de octubre de 2000 (AS 2000, 4536). STSJ Madrid de 31 de enero de 2002 (AS 2002, 916).
29 Incluso, la consideración de uso profesional de la red debería ser también generoso, permitiendo una interpretación extensiva. Por ejemplo, el uso sindical de Internet tendría que considerarse igualmente uso profesional. Vid. STSJ Madrid de 31 de enero de 2002 (AS 2002, 916).

despido se consideraría radicalmente nulo cuando la empresa tenga conocimiento del contenido del correo por la captación antijurídica de la comunicación[30]. Sin embargo, otra cuestión es que la empresa intente controlar el uso del correo con fines distintos a los propios de trabajo por medio de otros instrumentos de control que no afecten al derecho a la intimidad. De este modo, no infringiría el derecho a la intimidad del trabajador el control del trabajo por ordenador mediante un sistema informático que permita comprobar el uso. Ello permitiría detectar que el trabajador dedica parte de su tiempo a tareas distintas al trabajo[31]. No obstante, se trataría de mecanismos que pueden permitir el control de los envíos de carácter privado de correo, siempre que no se conozca el contenido de los mensajes. En los supuestos en los que la empresa conozca el contenido privado de los mensajes, por ejemplo, mediante el uso de la empresa de las claves del trabajador o mediante el acceso directo al mensaje por medio de programas que permitan acceder a los mismos, junto a la nulidad del despido se produciría una afectación a la intimidad (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones[32]. Al interceptar la empresa correos electrónicos con fines particulares del trabajador, se lesiona el derecho a la intimidad del trabajador y del tercero ajeno a la empresa. Y de igual modo, la empresa tampoco podrá conocer el contenido privado de las comunicaciones del trabajador realizadas en otros medios distintos del correo electrónico, como pueden ser los chats o foros de discusión, en cuyo caso el tratamiento sería análogo.

Otro de los supuestos de despido se refiere al control del contenido de los ordenadores, donde el trabajador almacena archivos ajenos al trabajo, como videos, música, fotografías, etc. O, por ejemplo, el almacenamiento de discos duros móviles o memorias USB portátil con archivos de la empresa[33]. Se trata, pues, del tema del posible registro del ordenador del trabajador puesto a disposición por la empresa. Los tribunales vienen admitiendo que el ordenador no se considera un efecto personal del trabajador[34], de modo que el ordenador hasta el momento, y a pesar de que no haya acuerdo general sobre la materia, parece que no se puede asimilar a una taquilla. Sin embargo, y a los efectos de no lesionar el derecho a la intimidad del trabajador[35], los tribunales vienen indicando que el registro del ordenador debe realizarse previa advertencia al trabajador y con causa de justificación para realizarlo, y dichos registros deberían practicarse con la presencia de un representante de los trabajadores o, en su defecto, de algún otro trabajador[36]. En caso contrario, las pruebas obtenidas que pudieran, en su caso, fundamentar un despido serían nulas[37].

Otros supuestos de despidos derivan de la captación de imágenes por medio de la instalación de un circuito cerrado de televisión que permite controlar los puestos de trabajo. En estos casos, el control empresarial de la prestación se realiza por grabaciones audiovisuales mediante videos y/o micrófonos. Este tipo de prácticas de control empresarial no están prohibidas, pero tampoco están permitidas en cualquier caso, ya que estos dispositivos tendrán que ser respetuosos con el derecho a la intimidad de los trabajadores[38]. Con carácter general, es preciso indicar que los trabajadores tienen que estar informados[39] de la instalación de dichas cámaras o micrófonos y tendrán que captar imágenes y sonidos en las zonas del centro de trabajo donde se desarrolla la prestación laboral[40], sin que se puedan situar, pues, en espacios íntimos como áreas

30 Vid. STS (Social) de 10 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2045).
31 En alguna ocasión se ha equiparado el uso del teléfono móvil facilitado por la empresa al caso del correo electrónico para asuntos privados. Sin embargo, en el caso del teléfono móvil la forma de indagar el destino de las llamadas es mucho más sencillo de controlar, ya que la empresa puede tener conocimiento de las mismas por medio de las facturas y puede privar al trabajador del teléfono en cualquier momento. Vid. STSJ Madrid de 16 enero 2001 (AS 2001, 543). STSJ de Cantabria de 28 agosto 1996 (AS 1996, 2748).
32 Ello puede suponer, incluso, entran en el ámbito del tipo penal del art. 197.1 del Código Penal, que tipifica la captación de mensajes de correos electrónicos o la injerencia de las telecomunicaciones.
33 Por ejemplo, a raíz del control empresarial se detecta la utilización de documentos de la empresa externamente, difundiéndolos en su versión original o modificada. Vid. STSJ Baleares, de 20 febrero 2001 (AS 2001, 1207).
34 Vid. STSJ Madrid, de 13 de noviembre de 2001 (AS 471, 2002).
35 En este sentido, es preciso indicar que el registro puede afectar a la intimidad no solamente en los registros planificados por la empresa ante sospechas fundadas, sino también puede lesionar la intimidad los registros realizados causalmente. Por ejemplo, los registros dirigidos a localizar y reparar un virus informático, que puede dar lugar a encontrar archivos de contenido privado del trabajador. Vid. STSJ Madrid de 16 de enero de 2008 (AS 2008, 944).
36 STS (Social) de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 7514).
37 Vid. STSJ Madrid de 16 de enero de 2008 (AS 2008, 944).
38 Vid. Sempere Navarro – San Martín Mazzucconi (2002).
39 No se lesiona la intimidad cuando el trabajador presta su consentimiento tácito o expreso. Vid. STSJ Extremadura, de 3 de abril de 2000 (AS 2000, 2317).
40 El control debe recaer sobre la actividad laboral del trabajo, aplicando el citado juicio de proporcionalidad. Vid. STSJ Cataluña, de 13 febrero 1996 (AS 1996, 421).

de descanso o servicios[41]. En cualquier caso, conviene subrayar que no siempre que se instala un circuito cerrado de televisión para controlar la prestación laboral en los puestos de trabajo significa que no se incida en el derecho a la intimidad. Ello significa que incluso en el puesto de trabajo las grabaciones pueden lesionar a la intimidad, como puede ser las conversaciones entre los trabajadores o entre el trabajador y un cliente. Y, por tanto, afectará a la intimidad de los trabajadores aquellos sistemas de grabación auditiva que puedan captar comentarios privados ajenos en toda regla al fin empresarial de control de la prestación laboral[42].

A continuación, vamos a analizar un supuesto especial de despido basado en las nuevas tecnologías. En este caso, no nos referimos a los supuestos de despido disciplinario por uso indebido de carácter extralaboral de los medios técnicos, sino a despidos que se justifican en la negativa del trabajador de poner a disposición de la empresa una creación informática en forma de software, creada por el trabajador durante su actividad laboral. A pesar de tratarse de supuestos regulados desde el punto de vista de la propiedad intelectual o industrial, la reacción de la empresa ante la negativa del trabajador de ceder el software se manifiesta ejerciendo el poder sancionador mediante el despido disciplinario. Evidentemente, el tratamiento del tema difiere sustancialmente si lo analizamos desde la perspectiva de la propiedad intelectual o industrial[43] . En este sentido, si consideramos que el software es propiedad intelectual el titular de dicha creación lo será el trabajador, y podrá disponer de ella una vez finalizada la relación laboral, si no concurre con dicha empresa en su actividad habitual[44]. En cambio, si consideramos que el producto en cuestión es una patente industrial, como invención técnica susceptible de aplicación industrial, el trabajador no será autor. Por tanto, no podrá explotar dicha creación al extinguirse la relación, puesto que la empresa sería el titular del software.

Por tanto, el presupuesto necesario para calificar el producto informático como propiedad intelectual o invención laboral es determinar si el trabajador realizó dicha creación o no como consecuencia de su contrato de trabajo, siempre que dicha creación forme parte del contenido de las funciones propias del objeto de su contrato y siempre que sean coherentes con el sistema de clasificación profesional aplicable por convenio colectivo. Únicamente en este caso el empleado no se podría negar a poner a disposición de la empresa la creación informática y el despido sería procedente, ya el producto informático ha sido elaborado en ejecución del contrato de trabajo. Efectivamente, estamos ante un efecto derivado de la ajenidad en los frutos, de modo que el trabajador no podría disponer de la creación, al haber sido transferido el resultado de su trabajo inicialmente por la firma del contrato de trabajo[45]. En otros casos, incluso no se reconoce a estas aplicaciones informáticas el carácter de creación intelectual y se vinculan directamente al contenido ordinario de la prestación laboral del trabajador[46],

41 El control debe realizarse en el lugar de trabajo y no se admite la captación de imágenes o sonidos en espacios personales del trabajador como servicios, áreas de descanso, taquillas, donde se proyecta el derecho a al intimidad del trabajo y no tiene conexión con el trabajo. Vid. STSJ Andalucía/Sevilla, de 17 enero de 1994 (AS 1994, 310). STSJ de Galicia, de 25 enero de 1996 (AS 1996, 12). STSJ de Madrid, de 17 diciembre de 1998 (AS 1998, 4392). Sin embargo, si cabe dicho control en las puertas de acceso. Vid. STSJ Galicia, de 21 abril de 1995 (AS 1995, 1514). STSJ de Galicia de 28 septiembre de 1999 (AS 1999, 2952).

42 Ciertamente, también cabe la lesión del derecho a la intimidad en el control efectuado sobre el lugar de trabajo, todo depende de las circunstancias. Vid. STC 98/2000, de 10 abril (RTC 2000, 98).

43 En este trabajo solamente analizaremos la vertiente laboral del tema, no obstante, se trata de una materia compleja donde concurren las legislaciones de propiedad intelectual e industrial. Estas creaciones informáticas podrían, según el supuesto, estar protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual [art. 10.1 i) Ley de Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril], ya que no se consideran patentables los programas de ordenador al tratarse de una obra o creación intelectual [art. 4 c) Ley de Patentes, Ley 11/1986, de 20 de marzo]. Sin embargo, determinadas invenciones informáticas podrían ser objeto de patentes, cuando ello suponga un avance técnico susceptible de aplicación industrial (art. 4.1 LP). En cualquier caso, y con carácter general, la configuración de estas obras es como creación intelectual y no como invención laboral [arts. 10.1 i) art. 97.4 LPI]. Expresamente, se prevé que la creación se considerará invención laboral cuando el producto se elabore en el desempeño de "las funciones que le han sido confiadas o siguiendo instrucciones del empresario" (art. 97.4 LPI).

44 La dedicación del trabajador a actividades incompatibles o contrarias a los intereses de la empresa, concurriendo en la actividad de la misma, se contempla igualmente como falta muy grave que puede justificar el despido del trabajador. Vid. CC Telecomunicaciones Tenovis, CC Telefónica Telecomunicaciones Públicas, CC Ibermática SA.

45 De este modo, la creación informática es propiedad de la empresa debido a la ajenidad en los frutos por aplicación directa del art. 1.1 del ET, en cuyo caso, el despido decretado sería procedente a todos los efectos. Por ejemplo, un supuesto lo encontramos en la creación de hojas de cálculo por parte del trabajador, para cuyo acceso y utilización es preciso utilizar una clave informática. En este caso, se trataba de una función propia de su categoría profesional y al negar la clave el trabajador a la empresa, ésta procedió a formalizar el despido disciplinario. Vid. STSJ de Aragón de 20 de noviembre de 2000 (AS 2000, 3785). Otro supuesto que podemos apuntar se refiere a un trabajador con categoría de auxiliar administrativo con conocimientos informáticos, que fue contratado para elaborar bases de datos para cursos y programas de gestión de test en autoescuelas. El trabajador realizó esta labor de forma autónoma hasta que un día la empresa le solicitó el acceso a los programas y ante la negativa del empleado la empresa procedió a despedirle disciplinariamente, decisión que fue posteriormente confirmada en sede judicial. Vid. STSJ de Asturias de 10 de diciembre de 1999 (AS 1999, 4114).

46 Precisamente, en algunos casos los tribunales insisten en la falta de adecuación entre el trabajo realizado y la clasificación formal del trabajador en la empresa. Vid. STSJ de Asturias de 10 de diciembre de 1999 (AS 1999, 4114).

al tratarse de un trabajador técnico informático. Solamente los tribunales consideran la creación informática como invención laboral sujeta al derecho de propiedad intelectual, y por tanto protegible, cuando el producto no está relacionado con las funciones ordinarias del trabajador[47]. En definitiva, en estos casos es preciso determinar si la creación informática forma parte o no del contenido ordinario del puesto de trabajo del trabajador. Ello no es en muchos casos una labor sencilla, habida cuenta de la configuración flexible del sistema de clasificación profesional recogido en los convenios colectivos, que permite grandes márgenes de flexibilidad por medio de la polivalencia funcional[48].

EL DESPIDO OBJETIVO Y FALTA DE ADAPTACIÓN DEL TRABAJADOR A LOS CAMBIOS TÉCNICOS

Es preciso indicar que a pesar de que el artículo se refiera expresamente a la extinción del contrato por causas objetivas, no cabe duda que estamos ante un supuesto de despido, ya que la extinción contractual proviene de una decisión unilateral del empresario[49]. Este supuesto de extinción contractual tiene su base no en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, sino en su falta de adaptación a las innovaciones tecnológicas incorporadas en su puesto de trabajo [art. 52 b) ET]. Por tanto, en este epígrafe analizaremos cómo la introducción o renovación de las nuevas tecnologías en los procesos productivos puede afectar al mantenimiento del empleo. Esta causa del despido objetivo platea numerosas dudas aplicativas, e incluso ha llevado a la doctrina científica a platearse su mantenimiento en nuestra legislación[50]. Como vamos a analizar, el art. 52 b) del ET contiene distintos aspectos que generan una gran dosis de inseguridad, que no son compatibles con el derecho a la formación profesional continúa [art. 4.2 b) ET] ni con el respeto a la adaptación y actualización profesional del trabajador. Sobre todo, en un contexto en el que están presenten las nuevas tecnologías en los procesos productivos, en los que el reciclaje profesional está a la orden día como un aspecto clave en la gestión empresarial.

El despido podrá justificarse cuando los cambios introducidos "sean razonables y hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación" [art. 52 b) ET]. La finalidad es asegurar que el despido tenga lugar cuando evidentemente se produzca la falta de adaptación del trabajador. Así pues, las posibles modificaciones técnicas que pudieran mejorar la actividad productiva podrían justificar el despido por falta de adaptación del trabajador a dichos cambios técnicos operados en el puesto de trabajo. La aplicación del art. 52 b) ET depende del caso concreto y ello motiva que en muchos casos se produzcan sentencias judiciales diferentes ante supuestos aparentemente análogos. Uno de los aspectos a destacar del análisis de la jurisprudencia reside en la aplicación de la causa concreta que motiva el despido objetivo del trabajador. En algunos casos se fundamenta la resolución en la ineptitud sobrevenida del trabajador [art. 52 a) ET][51] o bien en su falta de adaptación a los cambios técnicos [art. 52 b) ET], o incluso se citan las dos causas de forma conjunta. Se trata de dos causas que estarían fundamentando un mismo supuesto, cuando en realidad estamos ante causas de despido objetivo que difieren sustancialmente en su configuración jurídica.

En el caso de la ineptitud lo que sucede es que el trabajador afectado va perdiendo progresivamente su capacidad para desarrollar adecuadamente su trabajo. Sin embargo, en el caso de la falta de adaptación a los cambios técnicos, lo que se produce es que el trabajador no consigue adaptarse a su puesto de trabajo después de los cambios técnicos incorporados, que supone nuevas exigencias profesionales[52].La determinación de la causa que fundamente el despido es esencial,

47 En estos casos el trabajador reacciona ante el despido mediante una reclamación de daños y perjuicios en el orden civil, a fin de conseguir una compensación económica superior a la máxima prevista para el despido disciplinario de cuarenta y cinco días de salario por año de servicios. Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 10 de febrero de 2000 (AC 2000, 1338).

48 Vid. CC Radio COPE, CC Cromoduro Innovación y Tecnología, CC Fundación para el desarrollo de la Ciencia y Tecnología, CC Empresas consultoras de plantificación.

49 No hay que olvidar que el origen de la falta de capacidad del trabajador para seguir despeñando su trabajo reside en la voluntad empresarial de introducir cambios técnicos en su puesto de trabajo.

50 Vid. Luque Parra (2004, 191-212).

51 Ciertamente, difícil encaje tiene la ineptitud sobrevenida en los supuestos de extinción por falta de adaptación a innovaciones tecnológicas. La ineptitud supone que el trabajador no reúne las condiciones necesarias para desempeñar el trabajo, esto es, estaríamos ante un supuesto de carencia de facultades profesionales por la falta de preparación o por la actualización de sus conocimientos (art. 52. a ET). En este caso, no estamos ante un cambio del contenido del puesto de trabajo, sino ante una ineptitud que tiene su origen en el trabajador. La ineptitud sería imputable al trabajador, que supone una carencia permanente, siempre que incida en sus funciones esenciales. Vid. STS (Social) 14 de julio de 1982 (RJ 1982, 4613)

52 Ciertamente, estamos ante supuestos diferentes, como en su momento indicó el propio TS, ya que el despido fundado en la falta de adaptación del trabajador a los cambios técnicos no estaría conectado con "la pérdida de las habilidades profesionales requeridas para el desarrollo de las funciones habituales, sino [con] la incapacidad de mantener las mismas a tono con las exigencias del proceso técnico". Vid. STS (Social) 21 de junio de 1988 (RJ 1988, 6865). STSJ del País Vasco de 20 de septiembre de 2001 (AS 2002, 907)..

ya que permite no sólo calificar el despido, sino también delimitar los márgenes de acción que tiene el empresario para despedir validamente al trabajador. El supuesto de hecho que permite este despido por causas objetivas debe limitarse estrictamente a los cambios técnicos sobrevenidos en un puesto de trabajo. Dicho puesto de trabajo sería el habitual del trabajador y su modificación tiene que suponer una exigencia profesional distinta dentro de unos límites, ya que como indica la jurisprudencia la modificación tendrá que ser razonable[53].

La exigencia de que la modificación técnica sea razonable, supone la utilización de un concepto jurídicamente indeterminado, que será preciso valorar casuísticamente. La cuestión es cómo determinar la delgada línea que delimita cuándo el cambio es soportable o no por el trabajador y, a la postre, cuándo el contrato se podrá extinguir válidamente por causas objetivas. Sin duda, el cambio no razonable sería aquel que suponga una decisión empresarial desproporcionada respecto de otras que se podrían aplicar en el caso concreto. En este supuesto de modificación técnica desproporcional generalmente el trabajador no se podrá adaptar y el despido, una vez revisado jurisdiccionalmente, deberá ser calificado como improcedente. Por tanto, el juicio de proporcionalidad será una vez más imprescindible para determinar la correcta justificación de la decisión de despido de la empresa. En sede jurisdiccional los ejemplos de cambios razonables que justifican el despido objetivo los encontramos en cambios informáticos, que supone una nueva configuración técnica de su puesto de trabajo[54].

Uno de los temas más espinosos se refiere al hecho de que la innovación técnica se proyecte sobre el puesto de trabajo habitual. Ello significa que los cambios técnicos no afectarán al trabajador cuando éste haya sido destinado a un puesto de trabajo diferente. En este sentido, es preciso indicar que no se podría extinguir el contrato de trabajo cuando se destina al trabajador un puesto de trabajo distinto de aquél en el que habitualmente desarrolla su prestación de servicios (art. 39.3 ET)[55]. Estamos, pues, ante un límite a la aplicación del art. 52 b) del ET, que se proyecta a los supuestos de falta de adaptación técnica del trabajador a los cambios de funciones derivados de una decisión empresarial de movilidad funcional . De este modo, está limitación no tendrá proyección solamente en los cambios de categoría profesional que corresponde al trabajador, sino que abarcará igualmente a los cambios de funciones que sobrepasen los límites de la movilidad funcional[56]. Dichos cambios de funciones pueden ser de diverso contenido, siendo ése un aspecto que genera en la práctica grandes dosis de conflictividad laboral.

Junto a estos presupuestos relativos al puesto de trabajo, lógicamente debe producirse una falta de adaptación del trabajador a la modificación realizada y para poder determinar este aspecto es preciso esperar dos meses desde el cambio implementado, o bien tres meses si la empresa ha proporcionado de forma voluntaria al trabajador formación dirigida a facilitar la adaptación profesional de su empleado[57]. Este período permite comprobar efectivamente si la falta de adaptación del trabajador a los cambios técnicos es irreversible y definitiva, permitiendo un lapso temporal de fiscalización que asegure el mantenimiento del empleo. Ciertamente, el límite temporal es otro de los aspectos que la negociación colectiva podría abordar y adaptarlo a las necesidades concretas de cada ámbito[58]. No cabe duda que el período de dos o tres

53 Vid. STSJ de Extremadura, de 8 de agosto de 2000 (JUR 2000, 273981). STSJ de Murcia, de 23 de octubre de 1995 (AS 1995, 4050).

54 Son abundantes los pronunciamientos judiciales que declaran la procedencia de los despidos realizados antes los cambios informáticos introducidos en los puestos de trabajo. Vid., a título de ejemplo, STS (Social) de 21 de junio de 1988 (RJ 1988, 6865). STSJ Valencia 14 de septiembre de 1993 (AS 1993, 3921). STSJ de Murcia de 23 de octubre de 1995 (AS 1995, 4050). STSJ Cantabria 19 de octubre de 1998 (AS 1998, 4018). STSJ de Extremadura de 8 de agosto de 2000 (JUR 2000, 273981). STSJ de Andalucía/Sevilla, de 12 de noviembre de 2003 (AS 2003, 533).

55 Están fuera del art. 52 b) ET los supuestos en los que se encomienda al trabajador funciones distintas a las de su categoría profesional, en virtud de las facultades que tiene el empresario por aplicación de la movilidad funcional. Así pues, "no cabrá invocar las causas de despido objetivo de falta de adaptación en los supuestos de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional" (art. 39.3 ET). Las modificaciones técnicas se deberán referir al puesto de trabajo que habitualmente desempeñe el trabajador, sin que sea de aplicación este régimen a otros supuestos de movilidad funcional o modificación sustancial de condiciones de trabajo. Vid. STSJ del País Vasco de 23 de noviembre de 1999 (AS 1999, 3931).

56 El ejercicio del trabajo en un puesto de nueva configuración se convierte en un límite derivado de la movilidad funcional, que tiene la misma proyección que otros condicionantes ya conocidos, como la titulación necesaria o la no incidencia en la dignidad, formación y promoción profesional del trabajador.

57 En determinadas resoluciones judiciales se insiste en la inadecuación del período temporal citado, ya que el tiempo para que el trabajador se adapte al puesto de trabajo con formación proporcionada por la empresa tendrá que ser superior en función de las concretas circunstancias concurrentes. Vid. STSJ del País Vasco, de 20 de septiembre de 2001 (AS 2002, 907).

58 Este es un tema que no tiene el protagonismo que debería tener en la negociación colectiva. Solamente algún convenio se refiere al período temporal de formación ante cambios técnicos. Así, por ejemplo, si introducen nuevas tecnológicas que implican modificaciones se deberá observar un periodo de formación o adaptación no inferior a un mes. CC Industrias Químicas (lo que no sabemos es si ese curso de un mes es previo o no al período de dos o tres meses previsto legalmente). De igual modo, otros convenios se refieren genéricamente a la implantación de cursos de formación específicos y previos a la introducción del cambio tecnológico CC Prensa no diaria, CC Prensa Diaria y Agencias Informativas.

meses es insuficiente en muchos casos para adaptarse a determinados cambios. Este período temporal podría ampliarse contemplando otros cómputos que permitan de forma suficiente la adaptación. Incluso, el período de tres meses en el que la empresa potestativamente ofrece un curso de formación puede ser en determinados supuestos inviable para conseguir los objetivos de readaptación profesional, sobre todo cuando en muchos casos se compagina la jornada de trabajo efectivo con el tiempo destinado a la formación. Así, por ejemplo, los convenios colectivos podrían determinar igualmente las formas de compaginar la jornada de trabajo efectivo y la jornada formativa.

Uno de los aspectos en los que la negociación colectiva puede suplir las deficiencias del propio art. 52 b ET se refiere al tratamiento de la formación. Como hemos indicado, se podrá despedir al trabajador una vez contrastada su falta de adaptación cuando hayan transcurrido dos o tres meses si la empresa dota facultativamente un curso de formación, desde el cambio técnico realizado sobre el puesto de trabajo habitual[59]. Según estas premisas, el despido puede justificarse por falta de adaptación del trabajador incluso sin ofrecerse formación paliativa, ya que dicha formación no es obligatoria para la empresa. Por tanto, los convenios colectivos tendrían que incidir en este punto, ausente en el propio texto estatutario, a pesar de que la formación sea de uno de los derechos esenciales del trabajador[60].

Los convenios colectivos deberían reforzar las exigencias de cursos de perfeccionamiento y adaptación ante los cambios tecnológicos que se puedan producir en los puestos de trabajo, como medida de seguridad en el empleo y como estrategia de la formación profesional. De este modo, el objetivo sería afrontar la adaptación de los trabajadores con una mayor periodicidad. Ciertamente, se han producido ciertos cambios, ya que los convenios han aumentado las referencias a los derechos en materia formativa en los procesos de innovación tecnológica, en sintonía con las tendencias de los últimos acuerdos interconfederales de formación continua. De este modo, algunos convenios definen con mayor precisión las obligaciones en materia de formación ante los cambios técnicos. Y, con carácter general, son ya muchos los convenios que se fijan como objetivo en materia de formación el perfeccionamiento profesional para el desempeño de un puesto y la adecuación de los recursos humanos a los cambios tecnológicos. En cualquier caso, conviene apuntar que sería interesante que los representantes de los trabajadores pudieran participar en la fase de elaboración de los proyectos de innovación de las empresas con el fin de configurar planes de formación.

Desde esta perspectiva, estaríamos ante una medida de interés común tanto para los trabajadores, como para la empresa desde el punto de vista de una gestión empresarial eficaz. Ciertamente, cuesta mucho dinero financiar la capacitación de un profesional y no sería eficaz perder esta inversión ante cambios técnicos que se suceden cada vez con más frecuencia. En este sentido, los cursos de perfeccionamiento actuarían como revisiones periódicas de la formación, sin que se perdiera el coste económico ya realizado en un determinado profesional. Asimismo, se evitaría utilizar este tipo despido objetivo como mecanismo de ingeniería empresarial que permite aligerar la plantilla de forma injustificada, de forma que sería necesario que la empresa acuda al supuesto despido disciplinario injustificado cuya indemnización es mucho mayor —cuarenta y cinco días de salarios por año de servicio, frente a los veinte días por año trabajo correspondiente al despido objetivo—.

Los convenios deberían contemplar obligaciones concretas en el ámbito de la formación profesional, impidiendo el recurso al despido objetivo[61]. De este modo, el empresario estaría obligado a asumir el coste de formación y solamente cuando el trabajador

59 El empresario tiene la posibilidad de ofrecer "un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional a cargo del organismo oficial o propio competente, que le capacite para la adaptación requerida" [art. 52 b) ET]. Se configura como una facultad que permite la adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas de su puesto de trabajo. En dicho caso, "el contrato de trabajo quedará en suspenso por el tiempo necesario hasta el máximo de tres meses (...) [y] durante el curso se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo" [art. 52 b) ET].

60 Se trata, pues, de un evidente contrasentido, ya que la formación continua del trabajador es un derecho laboral básico (art. 4.2. b del ET) e incluso una obligación de la empresa. No olvidemos que todos los meses empresa y trabajador cotizan por formación profesional y, precisamente, cuando más necesario es el perfeccionamiento del trabajador en los cambios técnicos del puesto de trabajo habitual la formación se transforma en facultativa para la empresa. No obstante, en algunos casos la realización del curso de formación se ha considerado como una obligación en función de la entidad de los cambios realizados, acarreando la ausencia de la misma causa que justifica la improcedencia del despido. Vid. STS 28 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3912).

61 Por ejemplo, la necesidad de proceder al despido por falta de adaptación cuando se cuente con el acuerdo de los representantes de los trabajadores.

no aproveche la formación brindada el empresario podría despedir válidamente al trabajador, siendo el no aprovechamiento de los cursos y su adecuación respecto al puesto de trabajo en cuestión la causa de despido. Y, en caso de proceder al despido sin dotar de formación, la consecuencia sería la opción entre la readmisión automática o bien la indemnización máxima de nuestro sistema prevista para el despido disciplinario, equivalente a cuarenta y cinco días de salario por año de servicio con un máximo de cuarenta y dos mensualidades [art. 56.1 a) ET].

EL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES Y CAMBIO TECNOLÓGICO

A continuación, vamos a analizar un nuevo supuesto de despido, que permite despedir a trabajadores por causas empresariales basadas en las nuevas tecnologías. Nuestra legislación permite sustituir la mano de obra por la implantación de nueva tecnología tanto en el despido colectivo del art. 51 del ET, como en los despidos objetivos por causas empresariales — que son aquellos que no alcanza los límites numéricos de los despidos colectivos[62] — [art. 52 c) ET]. Por tanto, será de aplicación el despido objetivo (art. 52 c ET) o el despido colectivo (art. 51 ET) en función del carácter individual o colectivo de las extinciones.

En estos tipos de despido, la causa prototípica es la económica, pero igualmente los cambios técnicos pueden fundamentar un proceso de despido cuando dichas modificaciones inciden en la producción y en la estructura organizativa de la empresa. Esta circunstancia podría justificar una posible reducción de personal, siempre que se pruebe suficientemente dicha necesidad[63]. La carga de la prueba corresponderá evidentemente a la empresa, que deberá acreditar que se trata de una situación objetiva. No obstante, estamos en presencia de una causa muy específica, que no tiene tanta proyección en la práctica como la causa económica, y cuando concurren su aplicación suele ser de forma conjunta a otras causas como las organizativas y productivas. En el caso de los despidos por causas técnicas, la reducción de plantilla se trataría de un supuesto excepcional que tendría que suponer una necesidad perentoria de reducir el volumen de la plantilla para asegurar la posición competitiva del mercado. Por tanto, se trataría de una causa ciertamente limitada que tendría una finalidad preventiva[64], al contrario de lo que sucede con los despidos por causas económicas que son una reacción relacionada con la situación financiera adversa de la empresa.

La denominada causa técnica o tecnológica se refiere a los medios de trabajo o instrumentos de producción obsoletos o que han perdido su funcionalidad total o parcialmente en la empresa. Dicho contexto empresarial requiere, pues, la innovación de los medios de producción, e implica la necesidad de invertir en la renovación de los bienes de capital utilizados por la empresa en los procesos productivos[65]. Ciertamente, ello supondrá, en la mayoría de los casos una incidencia directa en los puestos de trabajo relacionados con esas fases del proceso productivo . Nos estamos refiriendo a un supuesto de renovación de los medios de producción que repercuten en los puestos de trabajo directamente relacionados, siendo en estos casos los despidos de trabajadores la última decisión a adoptar por parte de la empresa.

En esta materia los convenios colectivos pueden especificar las causas técnicas a las que se refieren los arts. 51 y 52 c del ET, aunque no se encuentre dicha posibilidad expresamente prevista. Ello tendría como finalidad intentar adaptar en la medida de lo posible estos conceptos legales jurídicamente indeterminados a las circunstancias concretas del sector o al ámbito de la empresa o del centro de trabajo[66]. De este modo, se podrían solventar problemas de inseguridad jurídica.

62 Concretamente, los despidos de los contratos de trabajo tendrán que afectar en un período de noventa días, como mínimo, a diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; el diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores (art. 51.1 ET). Cuando estos despidos por causas empresariales no alcancen el número de trabajadores previsto legalmente se tramitarán como despidos por causas objetivas [art. 52. c) ET].

63 Vid. STS (Social) de 21 de junio de 1988 (RJ 1988, 6865). STSJ Madrid de 14 de mayo de 1996 (AS 1996, 1563). Estamos, pues, en presencia de un proceso de innovación tecnológica, cuya mejora técnica en los equipos de trabajo de una empresa puede desembocar en la reducción de las plantilla.

64 Ciertamente, la causa técnica permite mucho mayor margen de apreciación a la empresa en comparación con las causas económicas, que gravitan sobre situaciones patológicas de la empresa, donde lo que se debate es la propia continuidad de la actividad empresarial. Ciertamente, en la causa técnica no se cuestiona normalmente la continuidad de la empresa, que no pasa por dificultades económicas, sino la competitividad de la empresa en el mercado por falta de adaptación de los procesos productivos a los nuevos avances tecnológicos.

65 Sobre la interpretación de la relación entre las distintas causas empresariales que permiten la modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo Vid. Sampedro Fromont (1996, 549-566). San Martín Mazzucconi 1999, 1099-1120).

66 Un ejemplo de determinación y clarificación de situaciones lo encontramos en el CC Sector Portuario.

En cualquier caso, conviene aclarar que su función sería sólo la de especificar la noción de causa técnica y no ampliar situaciones que pudieran flexibilizar el régimen de despido, ya que el convenio colectivo se encuentra subordinado a la propia regulación legal.

El debate de la procedencia de los despidos reside en ponderar si la tecnología introducida permite amortizar de forma definitiva y total un puesto de trabajo, o si dicha tecnología es independiente del mismo, de suerte que la viabilidad del puesto de trabajo no guarda relación directa y, por tanto, no procede la extinción[67] La empresa podría recurrir a este tipo de despidos si justifica la necesidad de implantar dichos cambios técnicos que permiten la adaptación de la empresa a las condiciones de competitividad del mercado y siempre que exista una relación directa entre los puestos de trabajo a amortizar y la innovación tecnología aplicada[68]. Desde esta perspectiva, habría pues que analizar si el contenido de la prestación de servicios inherente al puesto de trabajo afectado se mantiene o no una vez aplicado el avance tecnológico[69]. También en algunos supuestos se permiten los despidos cuando la implementación de la nueva tecnología supone una disminución considerable del trabajo[70].

En cualquier caso, es preciso subrayar el carácter limitado y excepcional de este tipo de causa de despido, ya que la renovación tecnológica puede permitir la reconversión de los puestos de trabajo junto al aumento de la productividad y competitividad de la empresa. La cuestión sería planificar a medio o largo plazo los procesos de innovación tecnológica con el fin de evitar los despidos y permitir la configuración de puestos más cualificados , apostando decididamente por la formación profesional continua. Ello aseguraría el reciclaje profesional del personal afectado por dichos cambios, y en muchos casos permitiría contratar trabajadores nuevos con una mayor cualificación[71]. Ello quiere decir que en muchos casos las amortizaciones de puestos de trabajo no impiden una posterior reasignación de funciones, aspecto éste que tendría que ser objeto de control en la revisión judicial del despido. Por tanto, en sede judicial se debería analizar si los despidos se pueden evitar por medio de medidas de gestión de personal como, por ejemplo, ascensos, movilidad funcional o novaciones de los contratos de trabajo consentidas por los trabajadores.

Como dijimos, la innovación tecnológica se encuentra estrechamente relacionada con las causas organizativas. Esta afirmación nos sitúa ante un supuesto extendido en la práctica que es la descentralización productiva como causa de despido colectivo u objetivo. Es decir, el despido se justificaría en la necesidad de recurrir a una contrata y, por tanto, externalizar determinadas actividades de la empresa como medio que asegure su viabilidad y competitividad. Incluso, en el ámbito de las nuevas tecnologías se ha producido un fenómeno específico de descentralización como causa de despido que se conoce en la práctica como outsourcing informático. En estos casos, la empresa externaliza la gestión de sus sistemas informáticos o el servicio de atención telefónica en otras empresas especializadas. Estas medidas tienen un efecto directo en la plantilla. Normalmente, esta descentralización permite a la empresa un ahorro en costes de personal, ya que normalmente este tipo particular de descentralización lleva consigo la extinción de los puestos de trabajo del servicio afectado [72].

En este sentido, los tribunales entienden que dichos despidos serían procedentes cuando el proceso de descentralización productiva supone una mejora técnica objetiva. Es decir, cuando concurre, además de la obsolescencia técnica de los equipos de trabajo

67 Si después de incorporar la nueva tecnología se conservan partes de las funciones del puesto a amortizar, el despido se considerará improcedente. Vid. STSJ de Andalucía, de 20 de mayo de 2003 (AS 2038). En algunas sentencias cuando no está justificada la desaparición de dichas funciones se insiste en la necesidad de probar las posibilidades de reciclaje profesional de los trabajadores afectados de la empresa. Vid. STSJ de Asturias, de 14 de febrero de 2003 (JUR 2003, 148779).

68 Vid. STS (Social) de 13 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3787). STS (Social) de 19 de marzo de 2000 (RJ 2000, 5212). STSJ de Castilla-La Mancha, de 5 de noviembre de 2003 (AS 2004, 882).

69 Ello se produce, por ejemplo, cuando una empresa conservera incorpora una maquinaria al proceso de lectura de productos que supera la fiabilidad de la selección manual, en cuyo caso se considera procedente la amortización de los puestos de trabajo relacionados con esta función que se suprime totalmente. Vid. STSJ de Castilla-La Mancha, de 27 de marzo de 2002 (AS 2002, 1612).

70 En este sentido, podemos apuntar que si la informatización del proceso productivo supone un descenso del trabajo de un ochenta por ciento se podría considerar procedente la amortización del puesto de trabajo. Vid. STSJ de País Vasco, de 1 de octubre de 1996 (AS 1996, 3701).

71 Esta circunstancia se pone de manifiesto en algún convenio colectivo, que hace patente la necesidad de recurrir a la contratación externa al no poder cubrir los puestos técnicos con su propia plantilla. Vid. CC Gestevisión Telecinco SA.

72 Por ejemplo, el despido del jefe de servicio del departamento de informática de una empresa, tras la modificación y externalización del servicio. Vid. STSJ de Castilla-La Mancha, de 5 de noviembre de 2003 (AS 2004, 882).

de la empresa principal, una gestión más eficaz de los sistemas de información por parte de la empresa de contrata[73] Desde esta perspectiva, la descentralización productiva se configuraría como una medida racional en términos de eficacia organizativa y no como un mecanismo de ahorro y beneficio empresarial[74]. Sin embargo, en algunos supuestos se trata una técnica de gestión empresarial de dudosa cobertura legal que se utiliza como medida de ajuste de personal. Por eso, en estos casos el control jurisdiccional de dichos despidos debería revisar la medida empresarial de externalización, valorando la necesidad empresarial de descentralizar y su incidencia en los despidos de los trabajadores. Concretamente, habría que analizar si el proceso de descentralización permite algún mecanismo de reciclaje profesional de los trabajadores afectados, sin tener que acudir directamente a las extinciones en base a una nueva causa de despido basada en el proceso de descentralización productiva por razones técnicas. Sin duda, los tribunales deberían establecer garantías adicionales que impidan libremente a la empresa descentralizar sus servicios informáticos para prescindir de sus trabajadores.

CONCLUSIONES

Ni la regulación legal relativa a la extinción del contrato de trabajo, ni el tratamiento realizado por la negociación colectiva, han prestado especial atención a la repercusión de las nuevas tecnologías como causa de despido. Nos encontramos ante situaciones problemáticas, que no cuentan con una respuesta legal directa y que su interpretación final se deduce casuísticamente de la doctrina jurisprudencial.

El uso indebido de las nuevas tecnologías puede justificar el acto de despido del empresario, siempre que se acredite la concurrencia de la transgresión de la buena fe contractual, como causa de despido disciplinario. El deber de buena fe subyace en el contrato de trabajo y tiene una proyección muy amplia, que subsume los incumplimientos de carácter moral relacionados con la mutua confianza y la lealtad debida. En dicha formulación genérica del incumplimiento laboral se puede subsumir cualquier tipo de uso extralaboral relevante de los medios técnicos de la empresa, que implique una deslealtad en el modo de cumplir la prestación laboral

Solamente algunos convenios contemplan los comportamientos anteriormente citados como falta de carácter muy grave. En este tipo de supuestos que contemplan la máxima reacción del despido o suspensión de empleo o sueldo de larga duración convendría utilizar tipos no tan genéricos, que introducen un grado mayor de inseguridad jurídica. Este tipo de cláusulas genéricas se refieren, por ejemplo, al uso de medios informático, telemáticos o electrónicos y de comunicación, correos electrónicos, etc., dentro del ambiente empresarial, cuando se utilicen para fines no estrictamente empresariales, o realizar durante la jornada de trabajo trabajos personales.

En estos supuestos, es preciso la comprobación empresarial del incumplimiento y, posterior, acreditación judicial puede incidir en el ámbito de protección de los derechos fundamentales, muy especialmente en el derecho a la intimidad (art. 18 CE). La transgresión del derecho a la intimidad se produce cuando para obtener las pruebas que permitan justificar el despido se utilizan los medios técnicos puestos a disposición por la empresa. En los supuestos de despido disciplinario con causa en el uso extraproductivo de las nuevas tecnologías, los tribunales de justicia han venido determinado los requisitos y cautelas para la existencia de causa suficiente de despido. Con carácter general, en la fundamentación de las resoluciones judiciales subyace como tema de fondo el juicio de proporcionalidad entre el control del trabajo a través de los medios técnicos y su incidencia en el derecho a la intimidad.

En relación con el despido objetivo, resalta especialmente la introducción o renovación de las nuevas tecnologías en los procesos productivos, que pueden afectar al mantenimiento del empleo. Esta

73 Este supuesto se produce, por ejemplo, cuando se acude a un servicio externo de telefonía para solventar problemas en la atención telefónica debido a continuas interrupciones en las conexiones. Vid. STSJ de Cataluña, de 21 de mayo de 2003 (AS 2003, 2511).

74 Algunas sentencias sostienen en determinados supuestos que la descentralización productiva es una medida racional en términos de eficacia organizativa y productiva, y no un simple medio para asegurar el incremento empresarial. Vid. STS (Social) de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2615). STS (Social) de 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7586). En este sentido, se considera, por ejemplo, razonable que una empresa externalice la actividad de distribución y reparto de los productos de consumo producidos por ella misma para solventar las dificultades de gestión que ocasionaba un inadecuado sistema o método de transporte y reparto. Esta medida permitiría, a juicio del TS, asegurar una posición competitiva en el mercado, al solventarse problemas como demoras, falta de flexibilidad de horarios, insuficiente capacidad de distribución, etc., dando lugar a la contención del incremento progresivo de los costes de distribución de los últimos años. Vid. STS (Social) de 31 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3971).

causa del despido objetivo platea numerosas dudas aplicativas, e incluso ha llevado a la doctrina científica a platearse su mantenimiento en nuestra legislación. Como vamos a analizar, el art. 52 b) del ET contiene distintos aspectos que generan una gran dosis de inseguridad, que no son compatibles con el derecho a la formación profesional continua [art. 4.2 b) ET] ni con el respeto a la adaptación y actualización profesional del trabajador. En estas situaciones están presenten las nuevas tecnologías en los procesos productivos, en los que el reciclaje profesional está a la orden día como un aspecto clave en la gestión empresarial.

En el caso de la ineptitud sobrevenida lo que sucede es que el trabajador afectado va perdiendo progresivamente su capacidad para desarrollar adecuadamente su trabajo. Sin embargo, en el caso de la falta de adaptación a los cambios técnicos, lo que se produce es que el trabajador no consigue adaptarse a su puesto de trabajo después de los cambios técnicos incorporados. Esto supone nuevas exigencias profesionales. La determinación de la causa que fundamente el despido es esencial, ya que permite no sólo calificar el despido, sino también delimitar los márgenes de acción que tiene el empresario para despedir válidamente al trabajador. La exigencia de que la modificación técnica sea razonable, supone la utilización de un concepto jurídicamente indeterminado, que será preciso valorar casuísticamente. La cuestión es cómo determinar la delgada línea que delimita cuándo el cambio es soportable o no por el trabajador y, a la postre, cuándo el contrato se podrá extinguir válidamente por causas objetivas.

Por último, conviene destacar la importancia del factor tecnológico en los despidos empresariales por causa economía. La Legislación española permite sustituir la mano de obra por la implantación de nueva tecnología, tanto en el despido colectivo del art. 51 del ET, como en los despidos objetivos por causas empresariales. Será de aplicación el despido objetivo (art. 52 c ET) o el despido colectivo (art. 51 ET) en función del carácter individual o colectivo de las extinciones. En estos tipos de despido, la causa prototípica es la económica, pero igualmente los cambios técnicos pueden fundamentar un proceso de despido cuando dichas modificaciones inciden en la producción y en la estructura organizativa de la empresa. Esta circunstancia podría justificar una posible reducción de personal, siempre que se pruebe suficientemente dicha necesidad.

La carga de la prueba corresponderá evidentemente a la empresa, que deberá acreditar que se trata de una situación objetiva. No obstante, estamos en presencia de una causa muy específica, que no tiene tanta proyección en la práctica como la causa económica, y cuando concurren su aplicación suele ser de forma conjunta a otras causas como las organizativas y productivas. En el caso de los despidos por causas técnicas, la reducción de plantilla se trataría de un supuesto excepcional que tendría que suponer una necesidad perentoria de reducir el volumen de la plantilla para asegurar la posición competitiva del mercado. Por tanto, se trataría de una causa ciertamente limitada que tendría una finalidad preventiva, al contrario de lo que sucede con los despidos por causas económicas que son una reacción relacionada con la situación financiera adversa de la empresa.

El debate de la procedencia de los despidos reside en ponderar si la tecnología introducida permite amortizar de forma definitiva y total un puesto de trabajo, o si dicha tecnología es independiente del mismo, de suerte que la viabilidad del puesto de trabajo no guarda relación directa y, por tanto, no procede la extinción. La empresa podría recurrir a este tipo de despidos si justifica la necesidad de implantar dichos cambios técnicos que permiten la adaptación de la empresa a las condiciones de competitividad del mercado y siempre que exista una relación directa entre los puestos de trabajo a amortizar y la innovación tecnología aplicada. La cuestión sería planificar a medio o largo plazo los procesos de innovación tecnológica con el fin de evitar los despidos y permitir la configuración de puestos más cualificados, apostando decididamente por la formación profesional continua.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

Baviera Puig, I. (2008) "Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas", en Aranzadi Social, núm. 12/2008 (BIB 2008\2159).

Camas Roda, F. (2004) "La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral", en Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, AA.VV., Bomarzo, Albacete.

Colàs Neila, E. (2002) "Nuevas tecnologías, obtención

de pruebas y derechos fundamentales", en Aranzadi Social, núm. 5, 2002, versión digital (BIB 2002, 652).

De la Oliva Santos, A. (2004) "Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas", Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra, Ministerio de Justicia, Madrid.

Del Rey Guanter, S. (1989) "Nuevas técnicas probatorias, obtención ilícita de la prueba y derechos fundamentales en el proceso laboral", Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 37, Madrid.

Falguera Baró, M.A. (2004) "Criterios doctrinales en relación con el uso por el trabajador de los medios informáticos empresariales para fines extraproductivos", en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 15, 2004.

García-Perrote Escartín, I., La prueba en el proceso de trabajo (BIB 1994, 67), Civitas, Madrid.

Gil Plana, J. (2005) La prueba en el proceso laboral, Thomson-Aranzadi, Pamplona.

Goñi Sein, J.L. (1988) El respeto a la esfera privada del trabajador, Civitas, Madrid.

Luque Parra, M. (2004) "La introducción de las nuevas tecnologías como causa de extinción del contrato de trabajo", en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 15.

Martín-Casallo López, J.J. (2002) "El despido disciplinario y las nuevas tecnologías", en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 526.

Mercader Uguina, J.R. (2002) Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información, Lex Nova, Valladolid.

Pedrajas Moreno, A. (1992) Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia, Trotta, Madrid.

Rodríguez-Piñero, M. (1990) "Carga de la prueba y presunción de inocencia en el proceso de despido", en Relaciones Laborales, vol. I.

Sampedro Fromont, X. (1996) "Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Estatuto de los Trabajadores", Revista General de Derecho, núm. 616.

San Martín Mazzucconi, C. (1999) "Las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en el despido individual: un análisis jurisprudencial", en Aranzadi Social, vol. V., BIB 1999\1619.

Segalés Fidalgo, J. (2006) "La nulidad de la prueba que sostiene las imputaciones en un despido provoca también la de este último. Control de intimidad informática mediante la autorización judicial", en Aranzadi Social, núm. 16, (BIB 2006\1724).

Sempere Navarro, A.V. (1996) "Despido y presunción de inocencia", Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Madrid.

Sempere Navarro, A.V. – San Martín Mazzucconi, C. (2002) "Sobre 'Nuevas Tecnologías' y Relaciones Laborales", en Aranzadi Social, núm. 15. Versión digital BIB 2002\2021.

Reducción de la jornada de trabajo en Chile

Paulo Andrés Otárola Quintana

Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile. Docente del Departamento de Derecho Económico y Laboral de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción, Chile. Abogado de la Dirección del Trabajo. Director de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Correo electrónico paulo.otarola@ucsc.cl

El presente artículo intentará sintetizar la aprobación ocurrida el primer día hábil de septiembre de 2019 por la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional de Chile, del Proyecto de Ley de Reducir la Jornada de Trabajo de 45 a 40 horas a la Semana. Esta discusión se ha dado en paralelo a al debate de otro Proyecto de Ley presentado por el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera Echeñique de flexibilizar la jornada de trabajo para conciliar la vida familiar y laboral, carrera dada en paralelo, pero que en esta primera etapa de competencia lleva la delantera el proyecto de la oposición.

La discusión ha sido extremadanamente amplia, apasionada, a veces cruel, en la que han quedado muchos heridos en el camino. Han opinado expertos, ex ministros, académicos, políticos, dirigentes gremiales y sindicales, sociólogos, psiquiatras, ingenieros, de todas las áreas o disciplinas que directa o indirectamente e incluso remotamente pueda relacionarse con la jornada de trabajo, y la convivencia entre el trabajo y la vida familiar, sumado a un gran despliegue comunicacional, por lo que no debe sorprender a los lectores que este artículo contenga muchas notas de periódicos y diarios electrónicos, pues entiendo que se trata de una noticia en desarrollo, la que espero pueda contribuir a la comunidad juslaboralista peruana y Latinoamérica, queriendo refrendar con estas palabras que debe potenciarse el debate, en qué materias debe centrarse, y como no incurrir en errores que afectan a los que más nos necesitan: las trabajadoras y trabajadores de nuestros países hermanos.

I.- BREVE RESEÑA DE CONTEXTO

El 08 de marzo de 2017 la diputada del Partido Comunista de Chile, Sra. Camilla Vallejo Dowling, ingresó al Congreso Nacional un proyecto de ley que "Modifica el Código del Trabajo con el Objeto de Reducir la Jornada Laboral", asignándose el Boletín Nº 11179-13[1]. y que tenía por finalidad la "...modificación de las reglas del Código del Trabajo para reducir la jornada de trabajo de las trabajadoras y trabajadores de nuestro país".

El texto del proyecto de ley referido gozaba de extrema simpleza. Contenía un artículo único y dos numerales, más un artículo transitorio. En los numerales se establecía la eliminación del adverbio "efectivamente" del artículo 21 del Código del Trabajo y sustituyendo del artículo 22 del referido cuerpo legal la palabra "cuarenta y cinco" por "cuarenta". Además, la norma transitoria contenía dos precisiones. La primera, que la ley entraría en vigencia al inicio del año calendario inmediatamente siguiente a la publicación de la Ley en el Diario Oficial. Y, segunda, que bajo ninguna circunstancia la reducción de la jornada de trabajo podría significar disminución de las remuneraciones de los trabajadores.

Luego, contenía un mandato de reducción de la jornada de trabajo obligatoria. A este proyecto, por la discusión que generó, se le ha denominado "Proyecto de las 40 horas".

Desde su ingreso al Parlamento, este proyecto de Ley durmió el sueño de los justos, sin despertar el ánimo somnoliente de la ciudadanía.

Sin embargo, el referido proyecto de ley fue abruptamente despertado por la presentación por parte del Ejecutivo de un nuevo Proyecto de Ley, más amplio, pero que incidía y trastocaba la jornada de trabajo. En efecto, el 14 de mayo de 2019 el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera Echeñique presentó al Congreso Nacional, vía Senado, el "Proyecto de Ley sobre Modernización Laboral para la Conciliación, Familia e Inclusión" asignándose el Boletín Nº 12.618-13[2] y que tenía por finalidades la adaptabilidad y conciliación trabajo y familia, para una mejor calidad de vida; inclusión para todos, respeto y dignidad de la persona; y protección del empleo, capacitación del trabajador y nuevas formas de contratación" .

Este proyecto, también ha sido conocido como el "Proyecto de Flexibilidad" y/o Adaptabilidad Laboral.

El Proyecto del Ejecutivo, distinto al presentado por la parlamentaria, que es el de oposición, contiene once criterios de flexibilidad. Contempla, entre otras materias y en lo pertinente a este artículo, una jornada de trabajo mensual de 180 horas; un tipo especial de jornada denominada "4x3" (sistema de 4 por 3, esto es, 4 días de trabajado seguido de 3 días de descanso); la

1 https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11694&prmBoletin=11179-13
2 https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#

posibilidad de compensar las horas extraordinarias para imputarla al feriado anual; y adaptar el horario de ingreso y salida del trabajo.

Lo expuesto no tiene el carácter obligatorio, como el Proyecto de las 40 horas, sino sólo en el evento que exista total acuerdo entre trabajador y empleador.

Poco después de haber asumido el Presidente Piñera en el Gobierno (11 de maro de 2018), instruyó a sus distintas carteras ministeriales que comenzasen a trabajar en las reformas que el país necesitaba, entre ellas, las laborales. Fue así como se anunció en agosto de 2018 que el proyecto de reforma laboral estaba listo y que sería presentado en el mes de septiembre, lo que no ocurrió. Hubo un cambio de estrategia por parte de Ejecutivo y se procedió entonces a armar una mesa de expertos que estudiaría y propondría al Presidente de la República las reformas laborales solicitadas. Como ya es posible visualizar, el Proyecto de Flexibilidad nació de una Mesa de Expertos, en principio integrada por 13 académicos–autoridades en sus respectivas áreas-, formado por un grupo transversal, que en el plazo de 40 días emitieron un informe que fue presentado a la ciudadanía la primera semana de enero de 2019[3]. Este informe, respecto de la materia que nos incumbe, contempló alternativas de distribución de la jornada de trabajo, estableciendo una de 180 horas mensuales, límites máximos de jornada diaria y extraordinaria, con acuerdo del trabajador y del empleador.

En específico, ambas jornadas (la semanal y la mensual) podrían distribuirse en un máximo de 6 días. Sin embargo, se elimina el límite mínimo que es de 5. Contempla gradualidad en su aplicación para las mipymes (pequeñas y medianas empresas)[4]. Se mantienen los límites diarios y semanales: 12 horas de permanencia efectiva en la empresa; se incorpora el concepto de bolsas de horas extraordinarias, por lo que su límite será trimestral o mensual, según la jornada por la cual se opte, y no diario como es la actualmente contemplada en el Código del Trabajo; se protege la remuneración del trabajador estableciendo la compensación a que tiene derecho en caso que sea despedido, habiendo trabajado un promedio superior a 41 horas en el periodo de vigencia del contrato.

Más adelante, volveremos sobre el estado actual del Proyecto de 40 horas y el de Flexibilidad.

II.- ¿CÓMO ES LA JORNADA DE TRABAJO EN CHILE?

El Código del Trabajo[5] chileno de 1994, contempla un capítulo completo a tratar la jornada de trabajo, específicamente, el Capítulo IV denominado De la Jornada de Trabajo, integrante del Título I (Del Contrato Individual de Trabajo), del Libro I del cuerpo legal citado, intitulado Del Contrato Individual de Trabajo y de la Capacitación Laboral[6].

En términos generales, para la legislación laboral chilena, define el Código del Trabajo en el artículo 21 inciso 1º la jornada de trabajo, como el "…tiempo durante el cual el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad al contrato".

Reconoce el Código del Trabajo, entre otros tipos de jornada, la jornada ordinaria y la extraordinaria. La ordinaria se encuentra establecida en el inc. 1º del art. 22 del Código del Trabajo y alcanza actualmente a un máximo de 45 horas semanales. Esta norma dispone que: "La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales". Por su parte, el art. 30 del Código del Trabajo establece que "Se entiende por jornada extraordinaria la que excede del máximo legal o de la pactada contractualmente, si fuese menor".

De las normas legales sobre la materia se desprende que la jornada de trabajo puede ser de dos clases: ordinaria y extraordinaria, entendiéndose que constituye

3 https://www.pauta.cl/economia/los-ejes-estructurales-que-contendria-la-reforma-laboral-de-pinera
4 El artículo 505 bis del Código del Trabajo dispone:
"Artículo 505 bis. Para los efectos de este Código y sus leyes complementarias, los empleadores se clasificarán en micro, pequeña, mediana y gran empresa, en función del número de trabajadores.
Se entenderá por micro empresa aquella que tuviere contratados de 1 a 9 trabajadores, pequeña empresa aquella que tuviere contratados de 10 a 49 trabajadores, mediana empresa aquella que tuviere contratados de 50 a 199 trabajadores y gran empresa aquella que tuviere contratados 200 trabajadores o más."
5 https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436
6 Para efectos del estudio de general de la jornada de trabajo, se recomiendan los siguientes autores chilenos: THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio, Manual de Derecho del Trabajo, Derecho Individual de Trabajo, Tomo III, 4ª Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, marzo de 2007. WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, Derecho de las Relaciones Laborales, 1ª Edición, Santiago, Chile, Editorial Universitaria S.A., marzo 2003. GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, CATERINA, 1ª Edición, Santiago, Chile, Legal Publishing Chile, marzo 2010. LIZAMA PORTAL, Luis, Derecho del Trabajo, 1ª Edición, Santiago, Chile, Lexis Nexis Chile, marzo 2003. ROJAS MIÑO, Irene, Manual de Derecho del Trabajo, Derecho Individual, 1ª Edición, Santiago, Chile, LexisNexis Chile, marzo 2004. LANATA FUENZALIDA, Gabriela, Contrato Individual de Trabajo, 2ª Edición, Santiago, Chile, LexisNexis, julio 2007

jornada ordinaria de trabajo la que no excede de 45 horas semanales -o la pactada contractualmente si fuese menor-; y por jornada extraordinaria de trabajo el tiempo en que el dependiente se encuentra a disposición del empleador y que excede del máximo legal o de la pactada contractualmente si fuese menor (art. 30).

Por su parte, del art. 21 del Código del Trabajo podemos concluir dos circunstancias: que la jornada de trabajo en Chile es semanal; y que se pueden pactar jornadas de trabajo inferiores a 45 horas semanales.

A su vez, la jornada de trabajo ordinaria está sujeta a una duración y distribución, que por norma general es semanal.

Hay excepciones a la duración. Hay trabajadores que se encuentran "excluidos" de la limitación de 45 horas a la semana. En conformidad a la normativa vigente, quedan excluidos de la limitación de jornada establecida en el inc. 1º del art. 22, los trabajadores a que se refieren los incisos 2º, 3º, 4º y 5º de dicho precepto. Se trata de trabajadores que no están sujetos al límite de 45 horas a la semana. Se trata de dependientes que no tienen límite en el desempeño de sus funciones, pudiendo trabajar más allá de las 45 horas semanales. Ej., Los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata. La exclusión de estos trabajadores se debe a que por la naturaleza y características propias de las labores que realizan no pueden quedar sujetos a un horario fijo e inflexible para cumplir sus labores. Esta circunstancia produce como principal efecto que los trabajadores referidos quedan también excluidos de las normas sobre control de asistencia y pago de horas extraordinarias. Así, estos trabajadores no podrán hacer valer derecho alguno acerca de posibles horas extraordinarias, salvo que el empleador haya pactado con ellos una determinada jornada de trabajo, lo que significa que ya no estarían excluidos de la limitación en cuestión, debiendo por tanto registrar su asistencia de acuerdo a las normas generales.

Por su parte, existen trabajadores "exceptuados" del máximo de 45 horas a la semana (otra excepción más a la duración). En efecto, existe otro tipo de trabajadores cuya jornada de trabajo puede ser superior a las 45 horas semanales, pero con límite máximo, a diferencia del caso anterior; otros, cuya jornada de trabajo es mensual, y no semanal; otros, en que la jornada se desprende de los descansos; y otros, que tienen como límite máximo dos terceras partes de la jornada ordinaria de trabajo. Así, nos encontramos con la jornada larga o prolongada (Art. 27) (hoteles, restaurantes o clubes) (Relacionar con art. 34 bis); jornada de choferes y auxiliares de locomoción colectiva interurbana, de servicios interurbanos de transporte de pasajeros (Art. 25); jornada de choferes de vehículos de carga terrestre interurbana (Art. 25 bis); jornada de los que se desempeñen como parte de la tripulación a bordo de ferrocarriles (Art. 25 ter); jornada de choferes de servicios de transporte urbano colectivo de pasajeros (Art. 26); jornada de choferes y auxiliares de servicios de transporte rural colectivo de pasajeros (art. 26 bis); jornada parcial (art. 40 bis y ss.); jornada de trabajadores de artes y espectáculos (art. 145-A y ss.); y jornada de tripulantes de vuelo y tripulantes de cabina de aeronaves comerciales de pasajeros y de carga (Art. 152 ter y ss.).

1.- Duración y distribución de la jornada ordinaria de trabajo. Generalidades.

De acuerdo al artículo 28 del Código del Trabajo "El máximo semanal establecido en el inciso primero del artículo 22 no podrá distribuirse en más de seis ni en menos de cinco días.

En ningún caso la jornada ordinaria podrá exceder de diez horas por día, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo 38".

De acuerdo a la norma legal precitada el actual máximo ordinario de 45 horas semanales no podrá distribuirse en más de 6 ni en menos 5 días, ni exceder de 10 horas diarias.

Así, las 45 horas que "dura" ("duración") la jornada ordinaria de trabajo contiene las siguientes reglas en cuanto a su "distribución": No más de 6 días; no menos de 5 días; no más de 10 horas diarias.

Como es dable apreciar, el artículo 28 en comento consagra una amplia libertad para que las partes puedan acordar la distribución de la jornada laboral de manera de adecuarla a las necesidades que el caso exija.

En este orden de ideas, es perfectamente válido que un trabajador convenga con su empleador una distribución

de jornada en 5 o 6 días en forma alternada, en cuanto no exceda el máximo semanal que permite la ley ni sobrepase las 10 horas diarias. Así lo ha sostenido la Dirección del Trabajo en dictamen Nº 4380/102, de 25.06.90.

2.- Excepciones a la distribución semanal de la jornada ordinaria de trabajo.

Es necesario señalar que el sistema de jornada chileno contempla excepciones a la distribución de la jornada de trabajo y descansos propiamente tales y jornadas bisemanales. Las primeras son aquellas autorizadas por el Director del Trabajo mediante resolución fundada, en uso de las facultades que al efecto le confiere la ley. Se encuentran reguladas en el artículo 38 del Código del Trabajo, incisos penúltimo y final. Las segundas operan en aquellos casos en que la prestación de servicios deba efectuarse en lugares apartados de los centros urbanos, caso en el cual la ley faculta a las partes para pactar jornadas ordinarias de trabajo de hasta 2 semanas ininterrumpidas, al término de las cuales deberán otorgarse los días de descanso compensatorio de los días domingo o festivos que hayan tenido lugar en dicho período semanal, aumentados en uno (artículo 39 Código del Trabajo).

3.- Excepciones a la duración de la jornada ordinaria.

Esta materia aparece regulada en los artículos 24 y 29 del Código del Trabajo. El primero trata a los trabajadores del comercio, facultando su inciso 1º al empleador para extender, en forma unilateral, la jornada de trabajo de los trabajadores del comercio hasta en 2 horas diarias, durante 9 días, distribuidos en los 15 días previos al 25 de diciembre de cada año. El segundo permite extender la jornada ordinaria de trabajo en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, en los casos que se indican: i).- Cuando sobrevenga fuerza mayor o caso fortuito, esto es, el imprevisto a que no es posible resistir; ii).- Cuando deban impedirse accidentes o cuando deban efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones.

4.- Interrupción de la jornada de trabajo.

La interrupción de la jornada de trabajo es también conocida como descansos. Pueden distinguirse interrupciones o descansos diarios o dentro de la jornada de trabajo; interrupción o descanso entre jornadas; interrupción o descanso semanal; e interrupción o descanso anual (feriado).

Solo haremos un señalamiento al descanso diario, también conocido como descanso de colación, que es el tiempo destinado para que el trabajador pueda ingerir algún tipo alimento para reponer las energías gastadas durante la primera parte de la jornada de trabajo. El Código del Trabajo señala que este descanso tiene un límite mínimo de 30 minutos, no establece un límite máximo, y que el tiempo de descanso no es imputable a la jornada de trabajo.

III.- ¿QUÉ HA PASADO CON LOS DOS PROYECTOS DE LEY, ESTO ES, EL DE 40 HORAS Y EL DE FLEXIBILIDAD?

El texto aprobado contiene un artículo único, dos numerales y un art. Transitorio. Se presentaron indicaciones al texto (3 en total) durante su tramitación, las que fueron retiradas, acordándose por la oposición su reposición en Sala, entre ellas, una norma de gradualidad no contemplada en el proyecto original, que se hizo respecto a la pymes, esto es, pequeñas y medianas empresas, habiéndose indicado que las empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro y que no excedan las 75.000 UF[7] en el último año calendario a la fecha de vigencia de esta ley, estarán facultadas para reducir la jornada ordinaria máxima semanal en forma gradual al inicio de 12 meses desde la entrada en vigencia, comenzando en 44 horas semanales, para posteriormente ir disminuyendo una hora por año, hasta 40 horas semanales al inicio del quinto año posterior a la vigencia de la presente ley. Como se ha señalado, se presentará esta indicación o enmienda en Sala, además de una gradualidad de un año para todas las empresas.

El Proyecto de las 40 horas fue presentada por una Diputada del partido Comunista de Chile, el que posteriormente fue apoyado por todos los partidos de la oposición al Gobierno del Presidente Sebastián Piñera, a la que se le denominó "Bancada Transversal por las 40 Horas".

7 Unidad de Fomento. Unidad reajustable diaria, equivalente al 01 de septiembre de 2019 a US$2.701.783,25.

En la tramitación de la ley chilena, el nacimiento de la ley puede comenzar por una moción parlamentaria, como sucedió, ingresando el proyecto a la Cámara de Diputados (existiendo un congreso bicameral, Cámara de Diputados y de Senadores), la que antes que sea vista en Sala (esto es, por todos los diputados para la discusión en particular) es necesario que sea revisada por una Comisión, en este caso, la Comisión de Trabajo, la que está integrada actualmente por 6 diputado/as de Gobierno y 7 diputados/as de oposición, siendo presidida por la Diputada Gael Yeomans, del partido Convergencia Social, perteneciente a una alianza opositora denominada Frente Amplio, siendo aprobada la idea de legislar por 7 votos a favor y 6 en contra.

Previo a la discusión en la Comisión de Trabajo, hubo intentos por parte de parlamentarios de la alianza gobernante de dilatar su discusión, produciéndose un examen de forma, reglamentario, para que el proyecto saliera de tabla, pues había otros proyectos que eran anteriores en el tiempo y que gozaban de urgencia para su vista. La discusión era de urgencia suma o discusión inmediata vs urgencias parlamentarias, habiendo ganado la alternativa de la oposición, esto es, la urgencia parlamentaria, pues el Gobierno no había renovado las urgencias a los proyectos que ya estaban caducadas, habiendo expirado de esta forma la urgencia parlamentaria.

En la votación del 02 y 03 de septiembre de 2019 fue aprobado el corazón del proyecto, quedando para la discusión en Sala la imputación (o no) del descanso de colación a la jornada de trabajo, y si se aprobada la no rebaja de remuneraciones, siendo despachado el 03 de septiembre de 2019 a la Sala de la Cámara de Diputados para que sea puesto en tabla para la discusión en particular.

Antes del despacho a la cámara, parlamentarios de gobierno hicieron "Reserva de Constitucionalidad", esto es, se reservaron el derecho para acudir al Tribunal Constitucional[8]. Según la coalición de Gobierno, denominada "Chile Vamos", el proyecto es inconstitucional. Sobre este punto, a continuación profundizaremos.

IV.- ¿EL PROYETO DE LEY DE LAS 40 HORAS ES INCONSTITUCIONAL?

El principal argumento del Gobierno del Presidente Piñera y de Chile Vamos, es que el Proyecto trata una materia que es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, pues irroga gasto público, directa o indirectamente, al buscar un aumento de los salarios de los trabajadores del sector privado o las bases para su determinación; persigue un aumento del salario de los trabajadores del sector público regidos por el Código del Trabajo; e incluye el descanso de colación en la rebaja de la jornada (al imputar dicho tiempo dentro de la jornada de trabajo). Incluso, en la discusión en la Comisión de Trabajo el Gobierno acompañó un informe elaborado por la Dipres (Dirección de Presupuesto[9]) que habría estimado el gasto fiscal en US$2.400.000. Además, presentó un Informe en Derecho redactado por la Fundación Jaime Guzmán (Think Tank de Chile Vamos).

¿Cuándo debiese presentarse el requerimiento al Tribunal Constitucional? Hasta ahora, no hay fecha ni existe una forma. No hay fecha, pues pudiese presentarse desde ya, aunque hay jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional respecto del TPP-11 (Acuerdo de Asociación Transpacífico) en que omitió pronunciarse hasta que el acuerdo comercial fuese despachado por el Congreso Nacional; ni respecto de la forma, pues puede presentarse o hacerse parte durante la tramitación legislativa, requiriéndose la firma de 39 diputados presentes en Sala.

Se estima que pueda ser presentado por parlamentarios una vez terminada la discusión en particular en la Sala. Con todo, debe hacerse presente que la discusión en particular no será exprés, pues tendrá una duración mínima de 4 meses y debiesen realizarse al menos 8 audiencias.

A favor de la inconstitucionalidad de ha pronunciado el abogado constitucionalista Jorge Barrera quien ha señalado que sólo el Presidente puede iniciar un proyecto que altere las bases para el cálculo de las remuneraciones, y la jornada de trabajo es uno de los elementos de base para determinarla. Agrega que el

8 https://www.tribunalconstitucional.cl/
9 http://www.dipres.gob.cl/598/w3-channel.html

mayor gasto público, impacta directa o indirectamente en las arcas fiscales.

Algunos académicos se han pronunciado en contra de la inconstitucional. Así, Luis Cordero Vega, docente de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, ha señalado que si se considera que una iniciativa genera gasto fiscal por su "tercera derivada", entonces se impediría que existan mociones parlamentarias, según declaración citada por el diario El Mercurio, Sección Política, de 04 de septiembre de 2019. En idéntico sentido se ha pronunciado el académico Francisco Zúñiga Urbina, profesor titular del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile.

El abogado constitucionalista, Patricio Zapata Larraín, docente del Departamento de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile, quien al parecer defenderá el Proyecto de 40 horas ante un posible requerimiento de constitucionalidad, ha señalado que los parlamentarios sí tienen iniciativa legislativa en materia de jornada laboral. Señala que la esfera de materias de iniciativa exclusiva presidencial, que es excepcional, se justifica para garantizar a los gobiernos un adecuado control de la política fiscal, pero que no debe ser leída como una castración total de las potestades del Parlamento. Ha añadido que el proyecto no obliga al gobierno a gastar ni un solo peso más de los pesos que en su oportunidad, con iniciativa suya, ha pedido autorizar para gastar y que ha recibido (vía Ley de Presupuestos o leyes permanentes). El proyecto no modifica ninguna ley que fije remuneraciones o establezca reglas de cálculo de las mismas. Añade, finalmente, que ninguno de los precedentes que se citan justifica la inconstitucionalidad.

En esta discusión, parece muy acertada la opinión del académico constitucionalista de la Universidad de Valparaíso, Jaime Bassa Mercado[10]. El profesor Bassa ha señalado que el texto constitucional vigente entrega al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para presentar proyectos de ley en ciertas materias, enumeradas taxativamente en su artículo 65 inc, 3º y 4º[11], Entre estas se encuentra (Nº 4): fijar o aumentar remuneraciones mínimas del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan de base para determinarlos; a su vez, el inc. 3º incluye los proyectos de ley que alteren la administración financiera o presupuestaria del Estado. La supuesta inconstitucionalidad del proyecto de ley se sostiene en una interpretación que el Ejecutivo hace de estas normas, aun cuando ninguna de ellas mencione la jornada laboral. Agrega que la única forma que esta materia sea de atribución exclusiva del Presidente es interpretar extensivamente, "estirar" el significado de los enunciados, lo que responde a una decisión que se juega en el campo de la política, no de lo constitucional. Añade que quizás el mejor argumento sea la historia reciente: la rebaja de la jornada laboral de 48 a 45 horas semanales surgió del Congreso Nacional y no del Ejecutivo, y en su aprobación no hubo ningún problema de constitucionalidad. Concluye señalando que debe recordarse que el art. 65, inc. 3º y 4º contiene reglas de excepción, pues la regla general es la iniciativa legislativa compartida entre el Presidente y las o los congresistas (art. 65 inc. 1º). En tanto regla de excepción, su interpretación debe ser excepcional –restrictiva- y limitarse a lo que dispone el texto. Ante eventuales diferencias en su interpretación, debe primar la regla general, no la excepción. Lo contrario sería alterar, por la sola voluntad política del Presidente, el marco de competencias fijado o la Constitución. En el mismo sentido y también resulta muy interesante la opinión de Jaime Gajardo Falcón, académico de la Universidad Alberto Hurtado[12].

Se comparte la opinión que el proyecto en sí mismo no implica un mayor gasto fiscal, sino que podría –eventualmente- ser y sólo podría tener un efecto indirecto, lo que es comparable con numerosas mociones que requieren para su implementación recursos estatales. Si se considera gasto público lo indirecto, entonces no hay proyecto de ley alguno que pudiera ser presentado por los parlamentarios. Ejemplo, algún proyecto de ley que nace de una moción parlamentaria por la que ciertos informes que emitan los servicios públicos deban ser enviados

10 https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/08/13/las-40-horas-de-la-inconstitucionalidad/
11 https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302
https://www.eldesconcierto.cl/2019/08/14/por-que-las-40-horas-de-camila-vallejo-si-son-constitucionales/
12 https://www.eldesconcierto.cl/2019/08/26/el-ministro-monckeberg-y-su-error-sobre-la-constitucionalidad-del-proyecto-de-40-horas/

en forma impresa y no por correo electrónico, lo que indirectamente traería aparejado un mayor gasto fiscal en la adquisición de papel para imprimir.

V.- POSICIONES EN CONTRA DEL PROYECTO DE 40 HORAS

Sin duda, los representantes del empresariado han sido el ícono de la oposición en contra del Proyecto de 40 horas. Así, Alfonso Swett Opazo, presidente de la Confederación de la Producción y del Comercio, CPC[13], ha señalado que la aprobación del proyecto "… es darle la espalda a la realidad del mundo del trabajo, en favor de lo ideológico". En el mismo sentido ha opinado Dante Arrigoni Cammas, presidente de la Asociación de Industrias Metalúrgicas y Metalmecánicas A.G, Asimet, en cuanto a que la decisión "podría ser lapidaria para el sector, considerando los bajos niveles de productividad y competitividad con los cuales trabaja la industria de Chile" lo que significará "…menos empleo, porque habrá industrias que no podrán asumir esos mayores costos con iguales estándares productivos".

Incluso ya no representando a las grandes empresas sino a las pequeñas y medianas empresas, el vicepresidente de la Confederación Nacional de la Micro, Pequeña y Medina Empresa de Chile, Conapime, Miguel Araya, se ha opuesto al Proyecto de las 40 horas, pues "vamos a tener 5 horas menos de trabajo y vamos a bajar la productividad", resultando curioso ser partidario del apoyo al Proyecto de Flexibilidad propuesto por el Gobierno, porque "la jornada de hoy es muy rígida[14].

Pero la oposición al Proyecto de las 40 horas encuentra rechazo también en términos técnicos y de tramitación.

Desde el punto de vista técnico, se señala que hoy no es la oportunidad de legislar. Se indica que el país está con un crecimiento bajo, que el escenario mundial es incierto, por lo que habría que esperar ciclos económicos de repunte de la economía para tratar el tema.

Sobre este punto, siempre ha sido muy discutido en Chile, pues la verdad sea dicha, nunca es buena la oportunidad para legislar en materia laboral, cuando ello pueda favorecer a la clase trabajadora. Hoy, pues el crecimiento económico es bajo. Mañana, pues el crecimiento económico es alto y hay que mantenerlo y cuidarlo. Ayer, porque hay cosas que interesan más a los chilenos. Por el contrario cuando se trata de materias solo de flexibilidad laboral, parece que todo tiempo es bueno para legislar.

Se ha esgrimido como argumento que no existe un estudio que haya evaluado su impacto sobre el empleo y salarios. Aquello es cierto. Durante la discusión, no hubo un estudio serio, de rigurosidad científica que avalara que el proyecto no va a disminuir empleos o va a provocar mayor empleabilidad. Lo cierto es que no se sabe si se van a crear más fuentes de trabajo. Pero resulta dudoso la pérdida de empleos. En primer lugar, la experiencia empírica, pues ya hubo una reforma laboral que disminuyó la jornada de trabajo de 48 a 45 horas y definidamente no tuvo un impacto ni en el empleo, ni en la diminución de salarios ni en una baja en la productividad. En segundo lugar, pues el Gobierno iba a realizar indicaciones a su Proyecto de Flexibilidad en cuanto a una reducción de la jornada de trabajo, de 45 a 41,5 horas promedio. Esto da cuenta que fue poco creíble para los parlamentarios y para la ciudadanía que el Proyecto de 40 horas iba a destruir empleos y el Proyecto de Flexibilidad que reduciría la jornada de trabajo de 45 a 41,5 horas promedio no produciría impacto negativo en el empleo. (SIC).

Se señaló que hay relación directa entre aumento real de salarios y productividad. Se sostiene que si baja la productividad, necesariamente deben bajar los salarios. La productividad se sostiene hoy con una jornada de 45 horas, la que no podría mantenerse en el tiempo con una jornada de 40 horas. Se critica que no se trata de una simple operación aritmética, pues las empresas debiesen adecuar su sistema productivo a la nueva realidad laboral, por lo que no necesariamente la ecuación productividad-salario es directamente proporcional.

Se ha esgrimido que los costos laborales más altos deberán ser absorbidos por los empleadores y los

13 http://www.cpc.cl/
14 https://www.radioagricultura.cl/economia/2019/08/09/vicepresidente-de-conapyme-se-opone-a-jornada-de-40-horas-vamos-a-tener-5-horas-menos-de-trabajo-y-vamos-a-bajar-la-productividad.html

trabajadores. Ello partiendo del supuesto que habrá costos más altos. Ahora bien, no necesariamente pueden y deben ser absorbidos por los trabajadores, pero sí con seguridad por los empleadores.

Se ha alegado por el Gobierno que el gasto fiscal por ajustes en el sector público será de US$2.400M pues habrá una menor recaudación fiscal. El informe de la Dipres al que se ha hecho referencia señala que "Es un daño colateral que tendría esta iniciativa. Esto pues en el sector privado necesariamente el desarrollo de ciertas actividades económicas implicará que los empleadores deban incurrir en mayor gasto para cubrir las horas no trabajadas del personal actual, y si no pueden costearlo, su productividad puede verse disminuida lo que afectará la base de cálculo del Impuesto a la Renta, generando una disminución de la recaudación fiscal, por lo que se afectaría también la administración financiera del Estado. El principal canal por el cual se produce el impacto en recaudación es en el pago del impuesto por parte de la empresa, las cuales, suponiendo que harán un esfuerzo por mantener sus niveles de producción, incurrirán en mayores costos laborales, disminuyendo así su base imponible. De esta manera, suponiendo que el aumento en costos laborales es equivalente a la reducción de la jornada laboral, es decir, 11%, la menor recaudación de impuesto a la renta fluctuaría entre US$1.900M a US$2.400M". En contra se ha señalado que el informe no proviene de un organismo técnico independiente, sino de una institución del Estado cuyo gobierno es administrado por el presidente Sebastián Piñera. Además, el informe siempre opera sobre supuestos o condicionantes: productividad puede verse disminuida; se supone que las empresas harán un esfuerzo para mantener la producción; se supone que habrá un aumento en los costos laborales.

Otro argumento, es que según el Presidente, se van a perder entre 250.000 y 300.000 empleos. Lo expuesto es según las estimaciones del Ministerio de Hacienda.

Desde el punto de vista técnico, finalmente, se ha señalado que indicadores muestran una probabilidad cada vez más alta de recesión global, que Chile enfrentaría con mayor deuda y menor espacio fiscal.

En cuanto a las razones de tramitación, se ha señalado que la discusión en la Comisión de Trabajo fue antirreglamentaria. Se alega que aquel día (lunes 02 de septiembre de 2019) debieron verse dos proyectos del Gobierno, pero no se hizo porque no fue renovada la suma urgencia, resquicio dudoso, que desconoce una herramienta que la Constitución entrega al Poder Ejecutivo y que corresponde al Congreso respetar, con lo que se ha manipulado la institucionalidad.

Además, se ha hecho Reserva de Constitucionalidad en la discusión en la Comisión (ya vista).

Finalmente, el Presidente de Chile, Sebastián Piñera, ha sido enfático en señalar que se trata de un mal proyecto, que va a tener un tremendo impacto sobre la cantidad de empleos y salarios y que ante todo es inconstitucional pues todo lo que tiene que ver con gasto público es iniciativa exclusiva del Presidente, no descartando acudir al Tribunal Constitucional o hacer uso del veto presidencial.

VI.- POSICIONES A FAVOR DEL PROYECTO DE 40 HORAS.

Según ICARE, Instituto Chileno de Administración Nacional de Empresas[15], Chile está en el listado de países OCDE con más horas de trabajo, en el Top 10, citando por fuente a la Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE[16]), de cuyos 35 miembros de países desarrollados y en vías de desarrollo, Chile forma parte. El promedio de horas trabajadas de los países de la OCDE es de 1.760 horas al año, trabajando los alemanes 1.363 horas al año y los chilenos a 1.990 horas al año. Se agrega que hay que tener en cuenta diferencias culturales. Por ejemplo, en Corea del Sur, si bien hubo un esfuerzo por impulsar el crecimiento económico con largas jornadas de trabajo, se produjo una baja en la natalidad y una baja en la productividad, por lo que se está impulsando reducir la jornada de trabajo y darles a los trabajadores el "derecho a descansar". También debe tenerse presente las muertes por exceso de trabajo en Japón, karoshi, que trabaja en promedio 1.713 horas al año. Concluye el informe señalando que "más horas trabajadas no equivalen a mayor productividad", citando como

15 https://www.icare.cl/contenido-digital/horas-de-trabajo-paises-ocde/
16 https://www.oecd.org/

ejemplo a Alemania que se las arregla para mantener altos niveles de productividad pese a disfrutar de la menor cantidad de horas trabajadas entre los países miembros de la OCDE.

Sobre el mismo punto resulta importante el informe elaborado por el CEP Chile, Centro de Estudios Públicos[17] [18], históricamente ligado a la derecha económica chilena, en que se analizó la cantidad de horas trabajadas al año en Chile que, como se ha dicho, es de 1.990 horas al año, sobre el promedio OCDE, equivalente a más de 5 semanas adicionales al año que en el OCDE (1.737), preguntándose cuál era el número de horas trabajadas en Chile cuando los países de la OCDE llegaron a tener un PIB similar al que tiene Chile hoy o cuando llegaron a tener una productividad del trabajo semejante a la chilena actual, demostrando el estudio que en promedio para esas naciones era de 1.859 horas al año, confirmándose que en nuestro país se trabaja más horas que en esos países cuando tenían igual PIB per cápita que Chile. Concluye el informe señalando que cuando se ajusta por productividad laboral, el resultado es similar.

Claramente las grandes empresas están en contra del Proyecto de las 40 horas. Pero también es cierto que no toda la micro, pequeña y mediana empresa están en contra, sino a favor. Así, el presidente de Conupia[19], de la Confederación Gremial Nacional Unida de la Mediana, Pequeña, Microempresa, Servicios y Artesanado, Roberto Rojas, está a favor del Proyecto de las 40 horas[20]. Ha señalado que "Las pymes necesitan una labor continua en su producción. Para nosotros es más favorable tener una jornada fija, aunque sea de una hora diaria menos". Aseguró que no hay evidencia concreta que avale los pronósticos de pérdida de empleos en caso de aprobar las 40 horas semanales, señalando que "En esto sólo hay proyecciones, no hay evidencias concretas. Se dice que va a haber costo de contratación; efectivamente va a haber un costo, pero la mirada nuestra no es sólo desde lo tecnocrático, economicista, también ponemos en el centro la mirada humana y social", agregando que "…creemos que es necesario acotar la jornada laboral de manera que los trabajadores puedan laborar más contentos, que les permita tener tiempo disponible para sus familias, para su quehaceres personales, pero también pensamos que eso puede redundar en suplir la productividad que hoy es tan baja en las pymes y en el país, en general".

En otro orden de ideas, el Proyecto de las 40 horas prosperó pues hubo una falta de credibilidad absoluta en el Gobierno del Presidente Piñera, quien se limitó más a atacar el Proyecto que a defender su Proyecto de Flexibilidad. A modo ejemplar, el Ministerio de Hacienda señaló que el Proyecto de 40 horas acarrearía un aumento del 11,1% en el costo laboral de las empresas, lo que hizo aplicando una simple regla de tres, lo que resta seriedad a toda discusión. Sobre la marcha, el Ministro de Hacienda, Felipe Larraín Bascuñán, señaló que el Proyecto de 40 horas iba a destruir 250.000 empleos, para luego el Ministerio de Hacienda aumentar la cifra de un día para otro a 303.000, "rematando" el Presidente Piñera al día siguiente anunciando que se perderían entre 200.000 a 350.000, o sea, con un margen de error de 150.000 plazas de trabajo (SIC). Además, no gustó a la ciudadanía una gradualidad de rebaja de la jornada de trabajo propuesta por el Gobierno, que era de 45 a 41,5 horas promedio, fijada para el 2027. Estamos en el 2019, esperar hasta el 2027 fue mucho tiempo para la ciudadanía, además de que debe tenerse en cuenta que el Proyecto de Flexibilidad en realidad no contenía originalmente una rebaja de la jornada de trabajo, sino que esta fue propuesta y se haría vía indicación en el Congreso Nacional, lo que no se ha hecho hasta el momento, que se aplicaría sólo cuando exista acuerdo entre trabajador y empleador, pues en caso contrario, se sigue aplicando la jornada de 45 horas. Así la rebaja no es obligatoria, sino voluntaria, a diferencia del Proyecto de 40 horas que es obligatoria. La falta de organización del Gobierno fue tal que incluso algunos parlamentarios de su sector apoyaron públicamente el Proyecto de 40 horas.

Otras de las críticas es que no se consultó al Consejo Superior Laboral[21]. Creado al alero de la Ley N° 20.940[22]

17 https://www.cepchile.cl/
18 https://www.latercera.com/pulso/noticia/cep-chile-trabaja-mas-horas-paises-ocde-ajustado-pib-per-capita/785619/
19 https://www.conupia.cl/
20 https://www.adnradio.cl/noticias/nacional/conupia-apoya-proyecto-laboral-de-40-horas-semanales-es-mas-favorable-tener-una-jornada-fija/20190812/nota/3938965.aspx
21 http://www.mintrab.gob.cl/?s=CSL
22 https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1094436

que modernizó el sistema de relaciones laborales -aprobado y promulgado durante el segundo Gobierno de Michelle Bachelet- el Consejo Superior Laboral es un órgano de "carácter consultivo y tripartito, cuya misión es colaborar en la formulación de propuestas y recomendaciones de políticas públicas para fortalecer el diálogo social y una cultura de relaciones laborales justas, modernas y colaborativas en el país". Los trabajadores y empleadores están representados por las organizaciones más representativas de cada uno de estos actores. En el caso de los primeros, participa la CUT[23], la Central Unitaria de Trabajadores. Entre las funciones del Consejo Superior Laboral, se encuentra el "Elaborar, analizar y discutir propuestas y recomendaciones de política pública en materia de relaciones laborales y mercado del trabajo…". Por ello, llamó la atención que el Presidente Piñera no haya circunscrito a este espacio el debate de propuestas para su proyecto de contrarreforma laboral, pues si bien podía convocar a expertos e instalar mesas de trabajo, hoy existe una institucionalidad laboral que es el espacio para hacer diálogo, porque no solamente está el mundo sindical sino los empresarios, dando garantías de que podía realizarse un debate con altura de miras. El Gobierno, lamentablemente, no utilizó esa instancia.

Desde un punto de vista de los cimientos del Derecho del Trabajo, se encuentra asentado que no cualquier trabajo es bueno, sino sólo el trabajo digno, que dignifique la persona de las y los trabajadores, lo que no conseguía con el Proyecto de Flexibilización, pues se privilegiaba y valoraba más la flexibilidad, la adaptabilidad, la desregulación, sobre la valoración del trabajo. No todo es crecimiento. No todo es producción. El trabajo no es mercancía, que se transe libremente en el mercado, pues políticas de empleo y reformas laborales pueden tener la virtud de redistribuir la riqueza y hacer un traspaso desde los que tienen más a los que tienen menos. No en vano en Chile, el 1% de la población concentra el 33% de la riqueza. Entender que también el desarrollo puede generarse con trabajadores en condiciones dignas es muy importante, y esta forma de pensar está contemplada en un asunto tan simple como reducir obligatoriamente la jornada de trabajo. La disminución obligatoria de la jornada de trabajo, esto es, el Proyecto de las 40 horas, puede contribuir a mejorar los niveles de empleos y productividad con trabajadores menos estresados, con menos problemas de salud y más felices. Nuestra productividad no puede estar sustentada solamente en la cantidad de horas que el trabajador permanezca en su lugar de trabajo, sino en nuestra mayor eficiencia asociada a una mejor calidad de vida.

El Proyecto de las 40 horas, además, humaniza la jornada de trabajo. Jornadas más cortas, más dignas, más normales, permiten conciliar la vida laboral con la familiar, resultando curioso que éste haya sido el nombre del Proyecto de Flexibilización, y que lamentablemente no lo contiene. Estar con la familia, amigos o desarrollarse en otros ámbitos es respetar la dignidad y vida de las personas. Debe disfrutarse de los frutos del trabajo. Hay que trabajar para vivir, es cierto, pero no vivir para trabajar. Lo que no alcancemos a hacer, lo harán otros. Cuando se rebajó la jornada de trabajo de 48 a 45 horas semanales, fue aparejado con la inclusión de normas que eliminaron las horas extraordinarias voluntarias por estructurales y por la inclusión de normas especiales del trabajo a tiempo parcial, de modo tal que junto con la reducción de la jornada de trabajo se prohibió la realización de horas extraordinarias voluntarias, las que debían pactarse y atender a situaciones temporales, además de regular el trabajo a tiempo parcial, de modo que esa diferencia de 3 horas, de 48 a 45 horas, iban a poder ser ocupadas por personas desempleadas o subempleadas, lo que aumentó la empleabilidad o la plena empleabilidad. Según estudios de algunos economistas de la Universidad de Chile, se crearán más empleos.

No es torpe pensar, como han señalado algunos, que quizás las últimas horas de trabajo diario son, posiblemente, menos productivas que las primeras o las precedentes; que la afectación de la salud mental es un problema real y de alto costo para la sociedad, ni que decir del ausentismo, con los altos costos que tiene para la economía, costos para las empresas y costos para el sistema de salud. No creo que sean necesario muchos estudios para asentar la idea que la insatisfacción reduce el rendimiento y disminuye la

23 http://cut.cl/cutchile/

productividad.

Como se ha señalado, Chile ya vivió una reducción y no tuvo efectos negativos ni en el empleo ni en los salarios. Tampoco los países europeos lo tuvieron en la década 80 y 90 cuando redujeron la jornada de trabajo[24].

En otro orden de ideas, el Proyecto de Flexibilidad era innecesario, pues en Chile hay suficiente flexibilidad en materia de jornada de trabajo. Según se ha señalado, el Código del Trabajo chileno no impone tipos de jornadas de trabajo, sino sólo establece los parámetros mínimos. La jornada de trabajo es semanal. Respecto de su duración, esta no puede exceder de 45 horas a la semana. Respecto de su distribución, no pueden distribuirse las 45 horas en menos de 5 días ni en más de 6, debiendo descansarse al 7º día, el domingo y los festivos; además, no puede trabajarse mas de 10 horas al día y más de 2 horas extraordinarias por día, esto es, un total de 12 horas de permanencia en la empresa. Luego, ¿hay excesiva regulación o rigidez? ¿La ley impone algún tipo de jornada?. Ninguna. Las partes pueden darse la jornada de trabajo que más estimen conveniente, y ante una relación de poder asimétrica, no es difícil sospechar que es el empleador el que fija la jornada de trabajo que estime conveniente en la práctica, no en teoría en que debe acordarse entre las partes. Además, la legislación chilena contempla excepciones a la duración y distribución, en que ciertos trabajadores tienen como límite máximo 30 horas a la semana o 60 horas a la semana, y una distribución en más de 6 días y en menos de 5 días; sistemas especiales de distribución y de descanso autorizadas por la Dirección del Trabajo. Luego, es lógico pensar, que existiendo suficiente flexibilidad, no era necesario más, no presentando adhesión ciudadana al Proyecto de Flexibilidad del Gobierno, sino inclinándose ante la suficiente flexibilidad habida en el ambiente por la reducción de la jornada de trabajo contemplada en el Proyecto de las 40 horas. Hablemos en serio, en un mundo tan poco solidario, el Proyecto de Flexibilidad, también denominado de Adaptabilidad, lo que busca es una desregulación excesiva y sacar de la regulación existente (desregulación) a la jornada de trabajo. Sobre lo expuesto, resulta interesante lo escrito por el académico José Luis Ugarte[25].

Finalmente, una de las principales críticas realizada el Proyecto de Flexibilidad y por la cual esta batalla por el momento la va ganando el Proyecto de las 40 horas es que el Gobierno es de la idea que las relaciones laborales son simétricas, lo que hoy en día es insostenible. Esa falta de sinceridad pasó la cuenta. La irrenunciabilidad de los derechos labores es un principio universal. La limitación del principio de autonomía de la voluntad es algo tan real como que todos los días sale el sol en materia laboral. Pretender civilizar (no privatizar) el Derecho del Trabajo es no entender las bases que lo sustentan. A propósito de estas últimas palabras, cito los últimos artículos en favor del Proyecto de 40 horas realizadas en la prensa por los destacados académicos Rafael Pereira[26], José Luis Ugarte[27] y Sergio Gamonal[28].

CONCLUSIÓN

Hasta el momento, la batalla la va ganado el Proyecto de 40 horas sobre el Proyecto de Flexibilidad, aun cuando la guerra no se encuentra decidida. No obstante con pesar la discusión no se centró en la conciliación de la vida familiar y el trabajo, sino más bien en eslóganes.

Llamó la atención la ausencia en la Discusión del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, quienes con estudios serios hubiesen apoyado a decidir sobre los efectos que ambos proyectos podrían haber tenido en la economía, en la empleabilidad y en el crecimiento económico.

El Proyecto de Flexibilidad casi fue inentendible para la ciudadanía. El Gobierno centró su discurso en el empleo y la productividad, olvidando la conciliación familia-trabajo, para luego pasar a la inconstitucionalidad, seguir el posteriormente con el terror del desempleo y destrucción de fuentes de trabajo, "parchando sobre la marcha" el proyecto original, al que harían indicaciones (que no se han hecho hasta ahora) para reducir "voluntariamente" la jornada de trabajo de 45 a 41,5 horas promedio, tratando de empatar el Proyecto de 40 horas,

24 Al efecto, ver THAYER ARTEAGA, Williams, SÁNCHEZ TORO, Cecilia y PARADA TELL, Alexander, La Jornada de Trabajo de 45 horas, La Reducción de la Jornada Semanal y sus Efectos, 1ª Edición, Santiago, Chile, Editorial LexisNexis Chile, enero 2005.
25 UGARTE CATALDO, José Luis, El Nuevo Derecho del Trabajo, 1ª edición, Santiago, Chile, Editorial Universitaria S.A., agosto 2004. UGARTE CATALDO, José Luis, Derecho del Trabajo, Flexibilidad Laboral y Análisis Económico del Derecho, 1ª Edición, Editorial LexisNexis Chile, octubre de 2004.
26 https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/09/01/el-debate-sobre-el-tiempo-de-trabajo/
27 https://radio.uchile.cl/2019/08/29/jose-luis-ugarte-experto-laboral-la-inconstitucionalidad-del-proyecto-40-horas-es-un-disparate/#
28 https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/08/30/las-40-horas-y-la-flexigidez/

para finalmente terminar en estos senderos sinuosos con la manifestación del costo fiscal que acarrearía este último proyecto. En conclusión: discusión no clara ni franca, y cuya estrategia se iba arreglando en el camino. Nótese que se intentó reemplazar el esquema original por uno obligatorio (voluntario en realidad) de 41,5 horas semanales "promedio". Eso de 41,5 horas promedio, no pudo ser entendido por la comunidad. Como se ha señalado, se intentará introducir una indicación que aún no se hace por cuanto el proyecto original no rebajaba la jornada de manera obligatoria y sólo fue adaptado (o se adaptará) una vez que entró en carrera la iniciativa "comunista" o del "PC" como despectivamente denominaron al Proyecto de 40 horas, por medio de la sustitución de la jornada de trabajo de 45 horas semanales (que desaparece) por una de 41,5 horas semanales promedio que se calcularía de manera trimestral (estándar OCDE), manteniendo la alternativa del proyecto original en cuanto a que las partes puedan pactar una jornada ordinaria mensual de 180 horas (SIC).

El Proyecto de Flexibilidad tuvo rechazo ciudadano. El proyecto de 40 horas, por el contrario, tuvo adhesión ciudadana. La encuesta Pulso Ciudadano de Activa Research[29] pudo constatar que el 51,1% de la población prefiere el Proyecto de las 40 horas, versus el Proyecto de Flexibilidad con tan solo 9,6% de adhesión. Además, el Proyecto de Flexibilidad tampoco pudo posicionarse en la ciudadanía, pues sólo fue leído o escuchado por el 68,5% de la ciudadanía mientras el Proyecto de las 40 horas había sido visto o escuchado por el 91,8% de la población. Esta encuesta puso en entredicho la estrategia del Gobierno de ponerle pausa a su proyecto, además de que el Mandatario fue desaprobado, entre otras razones, por "favorecer a los empresarios", sumado al hecho de no entender que el foco de los chilenos estaba puesto en salud, delincuencia, pensiones, educación y en 5º lugar en el desempleo. En sentido similar y complementario se presentó la encuesta Cadem[30], por la cual el 72% de los trabajadores creía que el Proyecto de las 40 horas favorecía la productividad y el 86% apoyaba la iniciativa.

Así, el Proyecto de las 40 horas tenía respaldo ciudadano y sindical. Además, manifestaba una desconfianza hacia el Gobierno, llegándose a casos que pueden ilustrarse como pintorescos, como el realizado por el Ministro del Trabajo, señalando que si se aprobaba el Proyecto de las 40 horas los jugadores de fútbol de Chile no podrían participar de la Copa América (SIC). El Gobierno nunca fue claro: se habló en el camino de una reducción de 195 a 180 horas mensuales, que es equivalente a reducir la jornada de 45 a 41,5 horas. Se habló del proyecto de las 35 horas, del proyecto comunista, de descalificarlo más que tratar las bondades del propio. Incluso han hablado que el Proyecto de las 40 horas destruiría 350.000 empleos y el suyo, el de Flexibilidad, crearía 250.000, lo que la ciudadanía no puede entender, pues con 40 horas se destruyen empleos y con 41,5 de crean empleos (SIC). La decisión del Gobierno fue improvisada, empujada por las encuestas semanales, realizada mediante una campaña de deslegitimación e introducir el miedo en la población, lo que no fue bien percibido por la misma. Por el contrario, perdió apoyo ciudadano. A ello debe sumarse que el gran empresariado no estuvo en sintonía con el Gobierno, incluso entre ellos, SOFOFA y CPC, no hubo una voz en común, siendo cierto en todo caso que ambos agrupaciones gremiales consideraban que ambos proyectos eran un disparate.

Se lamenta que el debate haya sido solo desde un punto de vista economicista, olvidando que no todo es crecimiento, que en este mundo globalizado, el cuidado del medio ambiente y el bienestar familiar hoy en día debe estar por sobre variables económicas. Resulta además de justicia la rebaja de la jornada de trabajo. El Código del Trabajo chileno del año 1931, mantuvo la jornada de trabajo de 48 horas a la semana hasta el año 2001, con la Ley Nº 19.759[31] que se rebajó la jornada a 45 horas a la semana. En 88 años de historia, la jornada de trabajo en Chile se ha rebajado una sola vez, en el 2001, y ya han transcurrido 18 años para que sea revisada.

Me atrevo a manifestar mi conformidad con el Proyecto de las 40 horas por varias razones. El proyecto de la Flexibilidad no es necesario, pues en Chile existe suficiente flexibilidad respecto de la jornada de trabajo, además de fundarse en un casi absurdo jurídico de

29 file:///C:/Users/potarola/Downloads/96e6388e9450f8dde6a055b66cd3266a.pdf
30 https://www.cadem.cl/wp-content/uploads/2019/09/Track-PP-294-Agosto-S5-VF-2.pdf
31 https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=190282

la simetría de los roles de poder entre empleador y trabajador, lo que sólo llevará a la desregulación y traerá aparejada precariedad, no olvidando que una vez realizada la modificación a la norma legal, cuesta años y décadas poder volverla a su estado anterior. Sin embargo, estimo que el Proyecto de 40 horas puede mejorarse en el Congreso Nacional, considerando que la gradualidad en su aplicación es una buena medida, que debe aplicarse preferentemente a las micro, pequeñas y medianas empresas. Por el momento, no tengo el convencimiento íntimo que deba redurise aun más la jornada de trabajo a límites inferiores a 40 horas, por lo que por ahora no estoy de acuerdo con imputar el descanso de colación a la jornada de trabajo, la que sí estimo que debe regularse en su límite máximo. Además, estimo que aun hay espacio para trabajar y debatir respecto de algunos contratos especiales y algunas jornadas aplicables a alguna especial realidad de trabajo, de modo tal de resguardar y dar con el justo equilibrio entre empleabilidad, salario justo, crecimiento económico y el legítimo derecho a reducir la jornada de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, CATERINA, 1ª Edición, Santiago, Chile, Legal Publishing Chile, marzo 2010.

LANATA FUENZALIDA, Gabriela, Contrato Individual de Trabajo, 2ª Edición, Santiago, Chile, LexisNexis, julio 2007.

LIZAMA PORTAL, Luis, Derecho del Trabajo, 1ª Edición, Santiago, Chile, Lexis Nexis Chile, marzo 2003.

ROJAS MIÑO, Irene, Manual de Derecho del Trabajo, Derecho Individual, 1ª Edición, Santiago, Chile, LexisNexis Chile, marzo 2004.

THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio, Manual de Derecho del Trabajo, Derecho Individual de Trabajo, Tomo III, 4ª Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, marzo de 2007.

THAYER ARTEAGA, Williams, SANCHEZ TORO, Cecilia y PARADA TELL, Alexander, La Jornada de Trabajo de 45 horas, La Reducción de la Jornada Semanal y sus Efectos, 1ª Edición, Santiago, Chile, Editorial LexisNexis Chile, enero 2005.

UGARTE CATALDO, José Luis, El Nuevo Derecho del Trabajo, 1ª edición, Santiago, Chile, Editorial Universitaria S.A., agosto 2004.

UGARTE CATALDO, José Luis, Derecho del Trabajo, Flexibilidad Laboral y Análisis Económico del Derecho, 1ª Edición, Editorial LexisNexis Chile, octubre de 2004.

WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, Derecho de las Relaciones Laborales, 1ª Edición, Santiago, Chile, Editorial Universitaria S.A., marzo 2003.

https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11694&prmBoletin=11179-13

http://www.dipres.gob.cl/598/w3-channel.html

http://www.mintrab.gob.cl/?s=CSL

https://www.oecd.org/

https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#

https://www.tribunalconstitucional.cl/

https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436

https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=190282

https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1094436

https://www.conupia.cl/

https://www.cadem.cl/wp-content/uploads/2019/09/Track-PP-294-Agosto-S5-VF-2.pdf

https://www.cepchile.cl/

http://www.cpc.cl/

http://cut.cl/cutchile/

https://www.icare.cl/contenido-digital/horas-de-trabajo-paises-ocde/

https://www.adnradio.cl/noticias/nacional/conupia-apoya-proyecto-laboral-de-40-horas-semanales-es-mas-favorable-tener-una-jornada-fija/20190812/nota/3938965.aspx

https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/09/01/el-debate-sobre-el-tiempo-de-trabajo/

https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/08/30/las-40-horas-y-la-flexigidez/

https://www.latercera.com/pulso/noticia/cep-chile-trabaja-mas-horas-paises-ocde-ajustado-pib-per-capita/785619/

https://www.pauta.cl/economia/los-ejes-estructurales-que-contendria-la-reforma-laboral-de-pinera

https://www.radioagricultura.cl/economia/2019/08/09/vicepresidente-de-conapyme-se-opone-a-jornada-de-40-horas-vamos-a-tener-5-horas-menos-de-trabajo-y-vamos-a-bajar-la-productividad.html

https://radio.uchile.cl/2019/08/29/jose-luis-ugarte-experto-laboral-la-inconstitucionalidad-del-proyecto-40-horas-es-un-disparate/#

file:///C:/Users/potarola/Downloads/96e6388e9450f8dde6a055b66cd3266a.pdf

Normas legales

Fijan la equivalencia del cargo y la remuneración de referencia, que sirve de base para obtener el monto de la pensión inicial de los ex trabajadores beneficiarios de la Ley Nº 27803 que optaron por el beneficio de jubilación adelantada

RESOLUCIÓN MINISTERIAL
Nº 201-2019-TR
Lima, 8 de agosto de 2019

Vistos

El Oficio Nº 090-2018-DPR/ONP e Informe Nº 012-2018-OPG-EE/ONP de la Oficina de Normalización Previsional – ONP, el Informe Nº 594-2019-MTPE/2.16 de la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo y el Informe Nº 1851-2019-MTPE/4/8 de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

Considerando

Que, mediante Ley Nº 27803, Ley que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por las Leyes Nº 27452 y Nº 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las empresas del Estado sujetas a Procesos de Promoción de la Inversión Privada y en las entidades del Sector Público y Gobiernos Locales, se instituye el Programa Extraordinario de Acceso a Beneficios cuyos destinatarios son los ex trabajadores cesados mediante procedimientos de ceses colectivos llevados a cabo ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, debidamente inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente;

Que, mediante Ley Nº 30484, Ley de reactivación de la Comisión Ejecutiva creada por la Ley Nº 27803, Ley que implementa las recomendaciones derivadas de las Comisiones creadas por las Leyes Nº 27452 y Nº 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las empresas del Estado sujetas a procesos de promoción de la inversión privada y en las entidades del Sector Público y Gobiernos Locales, se reactiva la Comisión Ejecutiva para la revisión de las reclamaciones interpuestas contra la Resolución Suprema Nº 028-2009-TR, aplicando el criterio de analogía vinculante;

Que, los trabajadores inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente pueden optar excluyentemente, por alguno de los beneficios previstos en el artículo 3 de la Ley Nº 27803, Ley que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por las Leyes Nº 27452 y Nº 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las Empresas del Estado sujetas a Procesos de Promoción de la Inversión Privada y en las entidades del Sector Público y Gobiernos Locales, siendo uno de ellos la jubilación adelantada;

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto Supremo Nº 013-2007-TR, la calificación y otorgamiento de la pensión de jubilación adelantada a cargo de la Oficina de Normalización Previsional–ONP, conforme a las reglas de calificación de pensión establecidas por el Decreto Ley Nº 19990, normas modificatorias y complementarias, debe tomar en cuenta las remuneraciones pensionables de un trabajador que se encuentre en actividad de igual nivel, categoría

y régimen laboral que tuviera el ex trabajador al momento de ser cesado, así como la normatividad que le resulte aplicable;

Que, según lo señalado en el artículo 7 del citado decreto supremo, en los casos que no exista en la entidad en que laboró el trabajador, la plaza con la cual se pueda determinar el nivel, categoría o régimen laboral necesario o cuando no exista en la administración pública o en el ámbito de la actividad empresarial del Estado el nivel o categoría o de no existir la empresa o entidad respectiva; el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, mediante Resolución Ministerial, fija la equivalencia del cargo y la remuneración de referencia que servirá de base para obtener el monto de la pensión inicial, debiendo para tal efecto contar con opinión favorable de la Oficina de Normalización Previsional–ONP;

Que, de acuerdo a lo indicado en el Lineamiento Operativo que establece los procedimientos y Órganos Competentes para la Aplicación de la Ley Nº 30484, aprobado por Resolución Ministerial Nº 009-2017-TR, la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo, es responsable de dirigir y/o coordinar la ejecución de las acciones relacionadas con la aplicación de la Ley Nº 27803 y la Ley Nº 30484; asimismo, según lo desarrollado en la Resolución Ministerial Nº 251-2018-TR, se encarga de efectuar la fijación de equivalencias de cargo y remuneraciones de referencia para la determinación de la pensión inicial de los ex trabajadores que hubieran elegido el beneficio de jubilación adelantada;

Que, en esa línea, mediante Resolución Ministerial Nº 261-2018-TR, se estableció los cargos y remuneraciones equivalentes de trescientos ochenta y cuatro (384) ex trabajadores inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente para la ejecución del beneficio de la jubilación adelantada; asimismo mediante Resolución Ministerial N° 123-2019-TR, se fijó la equivalencia de cargos y remuneración de referencia de ciento y un (101) ex trabajadores del Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente;

Que, la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo, mediante Informe N° 594-2019-MTPE/2/16, en el numeral 4.3 concluye que: "Continuando con la ejecución de solicitudes realizadas por la ONP, efectuada la búsqueda de información y elaborados los cálculos correspondiente con la fórmula establecida, con opinión favorable de la ONP, según Oficio N° 090-2018-DPR/ONP e Informe N° 012-2018-OPG-EE/ONP de los siguientes treinta y siete (37) ex trabajadores, inmensos en los casos previstos en el artículo 7 del Decreto Supremo N° 013-2007-TR, que optaron por la pensión de jubilación adelantada, corresponde fijar las equivalencias de cargo y remuneraciones de referencia de los mismos por Resolución Ministerial.";

Que, mediante el citado informe, la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo, recomienda que es necesario fijar por Resolución Ministerial la equivalencia de cargo y la remuneración de referencia de treinta y siente (37) ex trabajadores en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente, dado que se cumple con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto Supremo Nº 013-2007-TR;

Que, según lo indicado en los informes de vistos, corresponde continuar con la expedición del acto administrativo que disponga el establecimiento de las equivalencias de cargos y las remuneraciones de referencia de treinta y siete (37) ex trabajadores del Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente para la ejecución del beneficio de la jubilación adelantada, las cuales deben ser aprobadas mediante resolución ministerial en aplicación de lo indicado en el artículo 7 del Decreto Supremo Nº 013-2007-TR;

Con las visaciones del Viceministerio de Trabajo, de la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo y de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 25 de la Ley Nº 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y modificatorias; la Ley Nº 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y modificatorias; la Ley Nº 27803, Ley que implementa las recomendaciones derivadas de las Comisiones creadas por las Leyes Nº 27452 y Nº 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las empresas del Estado sujetas a procesos de promoción de la inversión privada y las entidades del Sector Público y Gobiernos Locales; la Ley Nº 30484, Ley de reactivación de la Comisión Ejecutiva creada por la Ley Nº 27803, Ley que implementa las recomendaciones derivadas de las Comisiones creadas por las Leyes Nº 27452 y Nº 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las empresas del Estado sujetas a procesos de promoción de la inversión privada y en las entidades del Sector Público y Gobiernos Locales; el Decreto Supremo Nº 013-2007-TR, que reglamenta el Decreto de Urgencia Nº 020-2005 y la Ley Nº 28738; el Decreto Supremo Nº 004-2014-TR que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y su modificatoria; la Resolución Ministerial Nº 009-2017-TR que aprueba el Lineamiento Operativo que establece los procedimientos y órganos competentes para la aplicación de la Ley Nº 30484; y la Resolución Ministerial Nº 251-2018-TR, que deroga la Resolución Ministerial Nº 030-2013-TR;

Se resuelve

Artículo 1.- De la equivalencia de cargo y de la remuneración de referencia

Fijar la equivalencia del cargo y la remuneración de referencia, que sirve de base para obtener el monto de la pensión inicial de los ex trabajadores beneficiarios de la Ley Nº 27803 que optaron por el beneficio de jubilación adelantada, según se detalla en el anexo que forma parte de la presente resolución ministerial, conforme a lo previsto en el artículo 7 del Decreto Supremo Nº 013-2007-TR.

Artículo 2.- De la determinación de la pensión de jubilación adelantada

La presente resolución ministerial se notifica a la Oficina de Normalización Previsional–ONP para que proceda conforme a lo previsto en el artículo 14 de la Ley Nº 27803 y en el artículo 3 del Decreto Supremo Nº 013-2007-TR.

Artículo 3.- Publicación

Disponer la publicación de la presente resolución ministerial y su anexo en el Portal Institucional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (www.gob.pe/mtpe), en la misma fecha de su publicación en el diario oficial "El Peruano", siendo responsable de dicha acción el Jefe de la Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

SYLVIA E. CÁCERES PIZARRO

Ministra de Trabajo y Promoción del Empleo

Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Reconocimiento y Pago de Prestaciones Económicas de la Ley Nº 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud

DECRETO SUPREMO
Nº 013-2019-TR
EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Considerando

Que, el artículo 10 de la Constitución Política del Perú establece que, el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida;

Que, la Ley Nº 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, establece el marco normativo del aseguramiento universal en salud, a fin de garantizar el derecho pleno y progresivo de toda persona a la seguridad social en salud;

Que, el numeral 1.2 del artículo 1 de la Ley Nº 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud (ESSALUD) y sus modificatorias, establece que ESSALUD tiene por finalidad dar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas, y prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos;

Que, el numeral 3.1 del artículo 3 de la citada ley indica que las prestaciones que otorga ESSALUD son de prevención, promoción y recuperación de la salud, maternidad, prestaciones de bienestar y promoción social, prestaciones económicas, así como las prestaciones derivadas de los seguros de riesgos humanos;

Que, por su parte, el artículo 1 de la Ley Nº 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud y sus modificatorias, establece que la Seguridad Social en Salud se fundamenta en los principios constitucionales que reconocen el derecho al bienestar, debiendo desarrollarse en un marco de equidad, solidaridad, eficiencia y facilidad de acceso a los servicios de salud;

Que, el artículo 9 de la citada ley, establece que las prestaciones de dicho régimen contributivo son determinadas en los reglamentos, en función del tipo de afiliación, pudiendo comprender los siguientes conceptos: (i) prestaciones de prevención, promoción y atención de la salud; (ii) prestaciones de bienestar y promoción social; (iii) prestaciones en dinero correspondientes a subsidios por incapacidad temporal y maternidad; y, (iv) prestaciones por sepelio;

Que, en el numeral 3.5 del artículo 3 de la Ley Nº 27056 y sus modificatorias, y en el artículo 22 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 002-99-TR y sus modificatorias, se señalan que éstas comprenden los subsidios por incapacidad temporal, maternidad, lactancia y prestaciones por sepelio, dentro de los límites establecidos en la propia normatividad que les rige para su otorgamiento;

Que, en el artículo 12 de la Ley Nº 26790 y sus

modificatorias, se establecen las reglas de los subsidios por incapacidad temporal, maternidad y lactancia;

Que, asimismo, en el artículo 14 del Reglamento de la Ley Nº 26790, aprobado por Decreto Supremo Nº 009-97-SA y sus modificatorias, se precisa que las prestaciones económicas comprenden los subsidios por incapacidad temporal, maternidad, lactancia y las prestaciones por sepelio. El IPSS, ahora ESSALUD, establece la normatividad complementaria que contemple las diferentes circunstancias en el otorgamiento de las prestaciones económicas;

Que, el artículo 1 de la Ley Nº 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado y sus modificatorias, declara al Estado peruano en proceso de modernización en sus diferentes instancias, dependencias, entidades, organizaciones y procedimientos, con la finalidad de mejorar la gestión pública y construir un Estado democrático, descentralizado y al servicio del ciudadano;

Que, el artículo 4 de la precitada ley señala que el proceso de modernización de la gestión del Estado tiene como finalidad fundamental la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal, de manera que se logre una mejor atención a la ciudadanía, priorizando y optimizando el uso de los recursos públicos;

Que, mediante el Decreto Legislativo Nº 1246, se aprueban diversas medidas de simplificación administrativa, destinadas a dotar al régimen jurídico que rige a la Administración Pública, de disposiciones a favor del ciudadano en función a la simplificación, eficacia, eficiencia, celeridad y equidad en los procedimientos administrativos, garantizando así los derechos e intereses de los administrados, con sujeción al ordenamiento constitucional;

Que, el citado decreto legislativo prohíbe a la Administración Pública exigir a los administrados información que pueda obtener directamente mediante la interoperabilidad a la que alude el artículo 2 del referido decreto legislativo; y en esa misma línea prohíbe exigir los documentos listados en su artículo 5;

Que, mediante Decreto Legislativo Nº 1272, se modificó la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, con el objeto de simplificar, optimizar y eliminar procedimientos administrativos, priorizar y fortalecer las acciones de fiscalización posterior y sanción, emitir normas que regulen o faciliten el desarrollo de actividades económicas, comerciales y la prestación de servicios sociales en los tres niveles de gobierno;

Que, en el numeral 40.1 del artículo 40 del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS, señala que los procedimientos administrativos y requisitos deben establecerse en una disposición sustantiva aprobada mediante decreto supremo o norma de mayor jerarquía, por ordenanza regional, por ordenanza municipal, por resolución del titular de los organismos constitucionalmente autónomos;

Que, mediante el Decreto Legislativo Nº 1310, se aprueban medidas adicionales de simplificación administrativa, estableciéndose en su numeral 2.1 del artículo 2, modificado por el Decreto legislativo Nº 1448, que las entidades del Poder Ejecutivo deben realizar un Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos establecidos en disposiciones normativas de alcance general, a fin de identificar, eliminar y/o simplificar aquellos que resulten innecesarios, ineficaces, injustificados, desproporcionados, redundantes o no se encuentren adecuados a la Ley del Procedimiento Administrativo General o a las normas con rango de ley que les sirven de sustento;

Que, de conformidad con el artículo 17 de la Ley Nº 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, concordante con el artículo 39 de la Ley Nº 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, dispone que el Seguro Social de Salud – ESSALUD, constituye una

entidad administradora de fondos intangibles de la Seguridad Social adscrita al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo;

Que, en consecuencia, es necesario aprobar el Reglamento que regule el procedimiento, requisitos y condiciones que permita a ESSALUD cumplir con la obligación de pago de prestaciones económicas a los trabajadores asegurados, teniendo en cuenta la política de simplificación administrativa;

De conformidad con el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú; el numeral 3 del artículo 11 de Ley Nº 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y modificatorias; la Ley Nº 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y modificatoria; y su Reglamento de Organización y Funciones, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 004-2014-TR modificado por Decreto Supremo Nº 020-2017-TR;

Decreta

Artículo 1.–Aprobación

Apruébase el "Reglamento de Reconocimiento y Pago de Prestaciones Económicas de la Ley Nº 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud", que consta de cincuenta (50) artículos, cinco (5) Disposiciones Complementarias Finales, una (1) Disposición Complementaria Derogatoria y, (2) dos Anexos denominados: "Formulario 1040 – Formulario para el pago de prestaciones económicas" y "Tabla de Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones", cuyo texto forma parte integrante del presente Decreto Supremo.

Artículo 2.–Publicación

Publícase el presente decreto supremo y sus anexos en el Diario Oficial El Peruano, en el Portal Institucional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (www.gob.pe/mtpe) el mismo día de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 3.–Refrendo

El presente decreto supremo es refrendado por la Ministra de Trabajo y Promoción del Empleo.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los nueve días del mes de agosto del año dos mil diecinueve.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO

Presidente de la República

SYLVIA E. CÁCERES PIZARRO

Ministra de Trabajo y Promoción del Empleo

Reglamento de reconocimiento y pago de prestaciones económicas de la ley Nº 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I

OBJETO, ALCANCE, DEFINICIONES Y SILENCIO

Artículo 1.– Objeto

Establecer las normas complementarias y procedimientos para el otorgamiento y pago de prestaciones económicas, brindando a las Entidades Empleadoras, asegurados y beneficiarios, un instrumento normativo que facilite el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

Artículo 2.– Alcance

2.1. El presente Reglamento es de aplicación para el otorgamiento de las prestaciones económicas correspondientes a los asegurados regulares, asegurados agrarios y otros que se determinen por Ley.

2.2. Los asegurados potestativos (independientes) se someten a las reglas de su contrato, quedando excluidos de la aplicación del presente Reglamento.

Artículo 3.–Definiciones

Para la aplicación del presente Reglamento se entiende por:

3.1. Asegurados: son asegurados del Seguro Social de Salud, los afiliados regulares o potestativos y afiliados del Seguro de Salud Agrario, y sus derechohabientes.

3.2. Asegurados regulares: son los siguientes:

a) Trabajadores activos que laboran bajo relación de dependencia o en calidad de socios de cooperativa de trabajadores, cualquiera sea el régimen laboral o modalidad a la cual se encuentren sujetos. Incluye a los trabajadores pesqueros y pensionistas afiliados a la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador (CBSSP) conforme a las Leyes Nº 27766, Nº 28193 y Nº 28320 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 005-2005-TR, y sus modificatorias; a los trabajadores portuarios conforme lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley Nº 27866, Ley del Trabajo Portuario, y su modificatoria; y al personal contratado bajo el Régimen del Contrato Administrativo de Servicios (CAS), de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 1057, y sus modificatorias, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM.

b) Pensionistas de jubilación, incapacidad y sobrevivencia.

c) Pescadores y procesadores pesqueros artesanales independientes de conformidad con la Ley Nº 27177 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 002-2000- TR.

d) Otros que se incorporen por Ley.

3.3. Asegurados agrarios: son los trabajadores dependientes e independientes que desarrollan actividades de cultivo y/o crianza, avícola, agroindustrial o acuícola, con excepción de la industria forestal, que se encuentran acogidos al Seguro de Salud Agrario, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 885, Ley de Promoción del Sector Agrario, en la Ley Nº 27360, Ley que aprueba las Normas de Promoción del Sector

Agrario, y sus modificatorias, y la Ley Nº 27460, Ley de Promoción y Desarrollo de la Acuicultura, y su modificatoria.

3.4. Baja temporal del Trabajador Portuario: período en que el asegurado trabajador portuario no presta labor efectiva para ningún empleador (carece de continuidad laboral), pero tiene derecho al otorgamiento de las prestaciones de salud y prestaciones económicas. Tiene un máximo de tres (3) meses contados desde la fecha de cese del asegurado con su último empleador, vencido el cual no tiene derecho a prestaciones económicas por ningún concepto.

3.5. Beneficiario de prestación por Sepelio: se considera al familiar directo del asegurado titular fallecido, según el siguiente orden de prelación: cónyuge o concubino(a) registrado como tal en EsSalud, hijo(a) mayor de edad, padre o madre o hermano(a) mayor de edad o terceros que realizan los gastos de los servicios funerarios ante el fallecimiento de un asegurado titular, sea activo o pensionista, cuyos gastos se encuentren debidamente acreditados con los comprobantes de pago respectivos.

3.6. Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo–CITT: documento oficial por el cual se hace constar el tipo de contingencia y la duración del periodo de Incapacidad Temporal para el Trabajo. Se otorga al asegurado titular acreditado con derecho al mismo, determinado por el tipo de seguro y característica de cobertura que genera subsidio por Incapacidad Temporal para el Trabajo o Maternidad. Este documento es expedido obligatoriamente por el médico que realiza la atención, y en algunas patologías podrá ser emitido por el odontólogo u obstetra. La información del mismo debe estar registrada en la historia clínica del asegurado.

3.7. Certificado Médico Particular–CMP: documento que expide el médico cirujano después de una prestación asistencial y a solicitud del paciente. Pretende informar sobre los diagnósticos, tratamiento y periodo de descanso físico necesario.

3.8. Certificado de nacido vivo: es el documento público, probatorio de la ocurrencia del nacimiento del(a) recién nacido(a), emitido obligatoriamente por el personal de salud que atendió o constató el parto a través del sistema de información de nacimientos.

3.9. Certificado de salud: documento que expide el profesional odontólogo u obstetra después de una prestación asistencial y a solicitud del paciente, otorgado dentro del ámbito profesional de su competencia.

3.10. Condición de reembolso de la Entidad Empleadora: se constituye cuando la Entidad Empleadora no ha cumplido con el pago íntegro y oportuno de los aportes de sus trabajadores, teniéndose como consecuencia que EsSalud repita los montos abonados a los trabajadores por conceptos de subsidio por Incapacidad Temporal para el Trabajo y Maternidad, de acuerdo a las reglas del artículo 36 del Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, aprobado por Decreto Supremo Nº 009-97-SA, y sus modificatorias, y los artículos 13 y 31 de la presente norma.

3.11. Declaración de Entidad Empleadora de Días Laborados: es la declaración que realiza la Entidad Empleadora respecto de los días laborados por sus trabajadores asegurados, presumiéndose entonces la existencia de trabajo remunerado; independientemente de la denominación del instrumento de declaración que se use. Actualmente se realiza a través del PDT – PLAME.

3.12. Entidades Empleadoras: (i) empresas, asociaciones, instituciones o entidades privadas o públicas que emplean trabajadores bajo relación de dependencia, (ii) las que pagan pensiones y (iii) las cooperativas de trabajadores.

3.13. Entidad Responsable: Organización Social responsable de la declaración y pago de las contribuciones correspondientes al comercializador, armador artesanal, pescador y procesador pesquero artesanal independiente;

de acuerdo al Reglamento de la Ley Nº 27177, que incorpora como afiliados regulares del Seguro Social de Salud a los pescadores y procesadores pesqueros artesanales independientes, aprobado por Decreto Supremo Nº 002-2000-TR.

3.14. Formulario Nº 1040 – Formulario para Pago de Prestaciones Económicas: es el documento mediante el cual el administrado (asegurado, Entidad Empleadora, tercero) requiere a EsSalud el abono del importe correspondiente a Prestaciones Económicas a que tuviese derecho. Se encuentra contenido en el Anexo 1 del presente Reglamento.

3.15. Informe Médico de la Calificación de Incapacidades–IMECI: es el Informe emitido por una Comisión Médica Calificadora de Incapacidades que califica la naturaleza de la incapacidad como temporal o no temporal.

3.16. Pago Directo: es el pago de la prestación económica que EsSalud abona directamente al asegurado o beneficiario. Se pagarán bajo esta modalidad:

a) Lactancia y Sepelio: a todos los asegurados o beneficiarios.

b) Incapacidad Temporal para el Trabajo y Maternidad:

- Trabajadores del hogar.

- Asegurados pescadores y procesadores pesqueros artesanales independientes.

- Trabajadores portuarios con baja temporal.

- Asegurados agrarios independientes.

- Otros que sean incorporados por ley.

3.17. Pago por la Entidad Empleadora con cargo a reembolso: es el pago de la prestación económica por Incapacidad Temporal para el Trabajo y Maternidad asumidos por la Entidad Empleadora mediante el abono realizado a su trabajador(a) en la misma fecha en que se pagan las remuneraciones, durante el periodo subsidiado.

3.18. Prestaciones Económicas: constituye un derecho de contenido dinerario que se otorga a los asegurados titulares y/o beneficiarios que determine este Reglamento. Se paga (i) en forma directa por EsSalud o (ii) por la Entidad Empleadora con cargo a reembolso por parte de EsSalud, cuando se reúnen las condiciones y requisitos necesarios para el otorgamiento.

Comprende los subsidios por:

a) Incapacidad temporal para el Trabajo.

b) Maternidad.

c) Lactancia.

d) Sepelio.

3.19. Subsidio: prestación dineraria de duración determinada, que sustituye la pérdida de ingresos frente a una situación de Incapacidad Temporal para el Trabajo o Maternidad; o que tiene por objeto coadyuvar frente a necesidades de mayor gasto como en los casos de Lactancia y de Sepelio.

3.20. Mes de inicio de la contingencia: es el mes en que ocurre la contingencia que genera el otorgamiento de la prestación económica.

(1) Mes en que se origina la incapacidad que puede durar hasta el período máximo de otorgamiento del subsidio.

3.21. Período máximo postparto: para el subsidio por Maternidad se considera noventa y ocho (98) días posteriores al parto, con una extensión por treinta (30) días calendario adicionales en casos de nacimiento múltiple o niños con discapacidad. Para el subsidio de Lactancia corresponde a noventa y ocho (98) días posteriores al parto único y ciento veintiocho (128) días para partos múltiples.

3.22. Remuneración: es la definida en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, y sus modificatorias, y el Decreto Legislativo Nº 650 y sus normas modificatorias. Tratándose de los

socios trabajadores de cooperativas de trabajo, se considera remuneración el íntegro de lo que el socio percibe mensualmente como contraprestación por sus servicios.

3.23. Recién nacido: niño(a) desde el parto hasta veintiocho (28) días después, período en el cual requiere de alimentación y atenciones adecuadas con el fin de aumentar sus probabilidades de supervivencia y construir los cimientos de una vida con buena salud.

3.24. Validación de Certificado: Acto realizado por el Médico de Control que consiste en validar el Certificado Médico Particular y el Certificado de Salud expedido en el país o en el extranjero, a fin de otorgar el Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo – CITT, previa evaluación de las evidencias médicas y documentarias que sustenten dicho certificado y considerando los Criterios Técnicos contenidos en la Guía de Calificación de la Incapacidad.

Artículo 4.- Silencio administrativo negativo

El procedimiento de pago de prestaciones económicas se encuentra calificado con silencio negativo, de acuerdo a lo establecido en el numeral 1, del artículo 38 del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS.

CAPÍTULO II

PRESTACIONES ECONÓMICAS SEGÚN TIPO DE ASEGURADO Y CONDICIONES PARA LA CALIFICACIÓN

Artículo 5.- Asegurados con derecho a prestaciones económicas

5.1. Las prestaciones económicas se otorgarán a favor de los asegurados señalados a continuación:

(1) Incluye a los trabajadores CAS y Trabajadores del Hogar.

5.2. Los asegurados del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) que hayan fallecido por accidente de trabajo o enfermedad profesional, tienen la cobertura de dicho seguro conforme a los contratos y normas que lo regulan.

Artículo 6.- Condiciones generales para el otorgamiento de las prestaciones económicas a trabajadores activos dependientes y socios de cooperativa de trabajadores

6.1. Las condiciones generales para el otorgamiento de prestaciones económicas, a los asegurados regulares- trabajadores activos dependientes y socios de cooperativa de trabajadores, son las siguientes:

6.2. Tratándose de trabajadores portuarios que no cuenten con vínculo laboral vigente a la fecha de la ocurrencia o contingencia, por encontrarse en la condición de baja temporal, no se les exige este requisito, siendo suficiente para la calificación del derecho a las prestaciones económicas por Incapacidad Temporal para el Trabajo, Maternidad, Lactancia y Sepelio, que dentro de los tres meses anteriores al inicio de la ocurrencia hayan contado con vínculo laboral y que además cumplan con tener tres meses de aportación consecutivos o cuatro no consecutivos dentro de los seis meses anteriores al mes de la contingencia.

Artículo 7.- Condiciones generales para el otorgamiento de las prestaciones económicas a pensionistas de jubilación.

7.1. Los afiliados regulares pensionistas tienen derecho de cobertura a las prestaciones económicas por Lactancia y Sepelio, sin período de carencia, desde la fecha en que se les constituye como pensionistas, independientemente de la fecha en que se les notifica dicha condición y siempre que sean declarados por la Entidad Empleadora. Posteriormente, mantienen su cobertura siempre y cuando continúen con su condición de pensionistas, es decir, perciban pensión y cuenten con tres (3) meses de aportaciones consecutivos o cuatro (4) no consecutivos dentro de los seis (6) meses calendario anteriores al mes en que

ocurre el evento que origina el otorgamiento de la prestación económica.

7.2. Los pensionistas de la CBSSP, quienes tienen derecho al otorgamiento de las prestaciones económicas por Lactancia y Sepelio, sin período de carencia, desde la fecha en que se les constituye como pensionistas, independientemente de la fecha en que se les notifica dicha condición y siempre que sean declarados por la Entidad Empleadora. Posteriormente, mantienen su cobertura siempre que cumplan con tener tres (3) aportaciones mensuales consecutivas canceladas hasta el mes previo a la contingencia.

Artículo 8.- Condiciones generales para el otorgamiento de las prestaciones económicas a trabajadores pesqueros ex afiliados a la CBSSP

8.1. Las condiciones generales para el otorgamiento de prestaciones económicas, a los asegurados regulares–trabajadores pesqueros ex afiliados a la CBSSP, son las siguientes:

8.2. Tratándose de trabajadores pesqueros ex afiliados a la CBSSP, que no cuenten con vínculo laboral a la fecha de la contingencia por encontrarse en período de baja temporal, quienes tendrán derecho a las prestaciones de Lactancia y Sepelio, siempre que cuenten con dos (2) aportaciones mensuales consecutivas canceladas en los seis (6) meses previos a la contingencia.

Artículo 9.- Condiciones generales para el otorgamiento de las prestaciones económicas a pescadores y procesadores pesqueros artesanales independientes

Las condiciones generales para el otorgamiento de prestaciones económicas a los asegurados regulares–pescadores y procesadores pesqueros artesanales independientes, son las siguientes:

Artículo 10.- Condiciones generales para el otorgamiento de las prestaciones económicas a asegurados agrarios

Las condiciones generales para el otorgamiento de prestaciones económicas a los asegurados agrarios dependientes e independientes, son las siguientes:

Artículo 11.- Período de aportación para los trabajadores dependientes en actividad

11.1. Tratándose de trabajadores dependientes en actividad del Seguro Regular, se considera períodos de aportación aquellos que determinan la obligación de la Entidad Empleadora de declarar y pagar los aportes. Para la evaluación de los seis (6) meses previos al mes de inicio de la contingencia, las declaraciones efectuadas por las Entidades Empleadoras no surten efectos retroactivos para la determinación del derecho de cobertura.

11.2. Para el caso de trabajadores agrarios dependientes del Seguro de Salud Agrario, se aplica el mismo criterio de evaluación y se considerará los doce (12) meses previos al mes de inicio de la contingencia.

Artículo 12.- Período de aportación para los asegurados trabajadores agrarios independiente y pescador y procesadores pesqueros artesanales independientes

12.1. Para el caso de los asegurados trabajadores agrarios independientes, pescadores y procesadores pesqueros artesanales independientes, los períodos de aportación son los que corresponden a los aportes efectivamente realizados. La cobertura no puede ser rehabilitada con aportes efectuados con posterioridad a la ocurrencia de la contingencia.

12.2. La Entidad Responsable declara y paga las aportaciones mensuales de los asegurados pescadores y procesadores pesqueros artesanales independientes; asimismo, no tiene condición de Entidad Empleadora, por lo que, si fuera el caso, que no cumpliera oportunamente con el pago de las referidas aportaciones, no le corresponde el derecho al otorgamiento de las prestaciones económicas a los asegurados declarados en la Planilla Electrónica por la referida Entidad.

Artículo 13.–Período de evaluación de pago de aportaciones de las Entidades Empleadoras

13.1. Para fines del reconocimiento y pago de prestaciones económicas, las Entidades Empleadoras deben haber realizado la declaración y pago de las aportaciones anteriores al mes en que se produce la contingencia de sus trabajadores, de acuerdo a las siguientes condiciones:

13.2. En caso de pago directo, EsSalud procede con el pago de la prestación solicitada por el asegurado titular o beneficiario de ser el caso, siendo que, de no contarse con el número necesario de aportaciones pagadas, dispondrá las acciones de reversión o reembolso de los gastos a la Entidad Empleadora, hasta por el monto de las prestaciones económicas pagadas, conforme al numeral 13.1.

13.3. En el caso de pago por la Entidad Empleadora con cargo a reembolso, EsSalud paga el reembolso siempre que la Entidad Empleadora cuente con el número necesario de aportaciones pagadas, conforme al numeral 13.1; en caso contrario, se denegará el reembolso.

CAPÍTULO III

MODALIDADES DE PAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS

Artículo 14.–Modalidades de pago de prestaciones económicas

Las prestaciones económicas son pagadas mediante (i) pago directo por EsSalud; o, (ii) pago por la Entidad Empleadora con cargo a reembolso.

Artículo 15.–Pago directo por EsSalud

EsSalud paga directamente los subsidios de Lactancia y prestaciones por Sepelio a los asegurados o beneficiarios indicados en el artículo 5 del presente Reglamento. Asimismo, pagará directamente los subsidios por Incapacidad Temporal para el Trabajo y Maternidad, cuando se trate de los siguientes asegurados:

15.1. Trabajadores del hogar.

15.2. Asegurados pescadores y procesadores pesqueros artesanales independientes.

15.3. Trabajadores portuarios con baja temporal.

15.4. Asegurados agrarios independientes.

15.5. Otros que sean incorporados por Ley.

Artículo 16.–Requisitos del Pago directo por EsSalud

A fin de percibir la prestación económica respectiva, el asegurado que cumpla con las condiciones de los artículos 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del presente Reglamento, según corresponda, adicionalmente debe cumplir con los siguientes requisitos:

16.1. Presentar el Formulario Nº 1040–Formulario para Pago de Prestaciones Económicas, en la forma, plazo y condiciones debidos.

16.2. Presentar la documentación complementaria que resulte exigible según se detalle en el Título II, Disposiciones Específicas a las Prestaciones Económicas, correspondiente a cada prestación económica, según se trate.

Artículo 17.–Pago por la Entidad Empleadora con cargo a reembolso

17.1. Las Entidades Empleadoras de asegurados regulares y de asegurados agrarios pagarán directamente a sus trabajadores o socios de cooperativa de trabajadores, con excepción de los indicados en el artículo 15 de la presente norma, los montos correspondientes a los subsidios por Incapacidad Temporal para el Trabajo y Maternidad en la misma forma y oportunidad en que el trabajador o socio percibe sus remuneraciones o ingresos.

17.2. EsSalud reembolsa lo efectivamente abonado hasta la cantidad que corresponda de acuerdo a la normatividad y siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 18 del presente Reglamento.

Artículo 18.–Requisitos para solicitar el reembolso a EsSalud

18.1. EsSalud sólo reembolsa a las Entidades Empleadoras de asegurados regulares y de

asegurados agrarios los subsidios por Incapacidad Temporal para el Trabajo y Maternidad pagados a sus trabajadores o socios de cooperativa de trabajadores.

18.2. A fin de solicitar el reembolso, las Entidades Empleadoras deben cumplir con lo siguiente:

a) Estar al día en el pago de las aportaciones que dan derecho al otorgamiento de las prestaciones económicas.

b) Presentar el Formulario Nº 1040–Formulario para Pago de Prestaciones Económicas, en la forma, plazo y condiciones debidos.

c) Contar con el Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo–CITT del trabajador subsidiado.

d) Adjuntar la documentación complementaria que resulte exigible según se detalle en la parte especial.

Artículo 19.–Plazos para la solicitud del pago directo o reembolso de prestaciones económicas a EsSalud

19.1. Los plazos para la solicitud del pago directo o reembolso de prestaciones económicas a EsSalud son los siguientes:

a) Incapacidad Temporal para el Trabajo: plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha en que termina la incapacidad.

b) Maternidad: plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha en que termina el período máximo postparto, o desde la fecha de término del período de licencia consignada en el CITT. Para fines de esta evaluación, se considerará el plazo más favorable a la asegurada.

c) Lactancia: plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha del período máximo postparto.

d) Sepelio: plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de fallecimiento del asegurado titular.

19.2. Para los casos de prestaciones económicas por Lactancia y por Sepelio de pensionistas a quienes se les reconozca tal condición con posterioridad al nacimiento del menor o fallecimiento del pensionista, el período de prescripción se cuenta a partir de la notificación de la resolución que los reconoce como tales.

Artículo 20.- Suspensión de plazo para solicitar prestaciones económicas

El plazo se suspende cuando la solicitud de prestaciones económicas no hubiera sido presentada por causas no imputables al asegurado y sólo por el periodo del impedimento.

Artículo 21.- Causas comunes de extinción de prestaciones económicas

21.1. El derecho a percibir prestaciones económicas se extingue en los siguientes casos:

a) Se hubiese producido el pago de la prestación económica

b) Conducta fraudulenta para la obtención del subsidio.

21.2. De presentarse estos casos y el subsidio hubiese sido solicitado y pagado, EsSalud iniciará las acciones de recupero y las acciones administrativas y judiciales que correspondan.

CAPÍTULO IV

SOLICITUDES DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, PROCEDIMIENTO Y PLAZO DE EVALUACIÓN

Artículo 22.–Solicitud de prestaciones económicas

22.1. Es el acto por el cual el asegurado, Entidad Empleadora o beneficiario requiere a EsSalud, de acuerdo al Formulario Nº 1040–Formulario para Pago de Prestaciones Económicas, el pago directo o reembolso de prestaciones económicas, consignándose los datos que permitan la evaluación de la procedibilidad de lo requerido según el tipo de prestación económica, así como

adjuntando la documentación complementaria que resulte exigible.

22.2. En el caso de asegurados o beneficiarios, el trámite podrá ser realizado por un tercero, debiendo presentarse, en este caso, carta poder simple firmada por el asegurado titular o representante legal, autorizándolo a realizar el trámite de la solicitud de prestaciones económicas.

22.3. En el caso de Entidad Empleadora, el Formulario Nº 1040–Formulario para Pago de Prestaciones Económicas es suscrito por su representante legal, pudiendo delegarse dicha facultad a otros funcionarios o trabajadores de su entidad, mediante un documento de delegación o poder simple firmado por dicho representante legal.

Artículo 23.- Evaluación de las solicitudes de prestaciones económicas

23.1. Luego de la presentación del Formulario Nº 1040–Formulario para Pago de Prestaciones Económicas, y a partir de la calificación de la información en los aplicativos institucionales y aquélla que se encuentre en la Declaración de Entidad Empleadora de Días Laborados, EsSalud evalua:

a) El cumplimiento de todos los requisitos, de acuerdo a cada tipo de prestación económica.

b) El cumplimiento de las disposiciones generales y específicas para otorgar las prestaciones económicas de acuerdo a cada tipo de asegurado.

23.2. Si se cumple con lo indicado en los literales a) y b), EsSalud aprueba la solicitud y autoriza el pago de la prestación económica; si no cumple, EsSalud deniega la solicitud.

Artículo 24.- Verificación de no haber realizado labor remunerada en los casos de Incapacidad Temporal para el Trabajo y Maternidad

24.1. Para proceder al pago del subsidio por Incapacidad Temporal para el Trabajo y Maternidad, EsSalud verificará que el asegurado no haya realizado labor remunerada durante el periodo subsidiado.

24.2. La realización de trabajo remunerado, en el caso de ambos subsidios, da lugar a la declaración de improcedencia del pago de la prestación solicitada por los días en que se haya dado la labor remunerada durante el período subsidiable.

Artículo 25.- Asegurados con dos o más empleadores en los subsidios de Incapacidad Temporal para el Trabajo y Maternidad

25.1. Para los casos de subsidios por Incapacidad Temporal para el Trabajo y Maternidad, cuando el asegurado tenga dos o más empleadores, le corresponde solicitar a los profesionales de la salud tratantes los Certificados de Incapacidad Temporal para el Trabajo (CITT) por cada uno de aquéllos.

25.2. Las solicitudes de prestaciones económicas correspondientes a cada CITT serán evaluadas de manera independiente, en los términos de los artículos 23, 24 y otros de este Reglamento que determinen las condiciones y requisitos que correspondan.

Artículo 26.- Concurrencia de días a subsidiar y días laborados en los subsidios de Incapacidad Temporal para el Trabajo y Maternidad

26.1. En los casos en que se identifique concurrencia entre los días por los que solicita el subsidio y los días declarados como laborados por las Entidades Empleadoras a través de la Declaración de Entidad Empleadora de Días Laborados, EsSalud notificará tal situación a los administrados solicitantes (Entidad Empleadora o trabajador asegurado, según se trate de reembolso o pago directo) otorgando un plazo de siete (7) días hábiles para la subsanación, que consistirá principalmente en la modificación de la Declaración de Entidad Empleadora de Días Laborados, pudiendo también presentarse otros documentos que demuestren fehacientemente que el asegurado no laboró.

26.2. Si la subsanación tiene lugar dentro del plazo

se procede al otorgamiento del subsidio solicitado en su totalidad; de lo contrario, se pagará por los días de no concurrencia y sólo se deniega proporcionalmente a los días de la concurrencia, en concordancia con el numeral precedente.

Artículo 27.- Entidades Empleadoras con condición de reembolso

Cuando las Entidades Empleadoras incumplan el pago de las aportaciones de sus trabajadores de manera oportuna e íntegra, adquirirá la condición de reembolso; en consecuencia:

27.1. No tienen derecho al reembolso de los subsidios por Incapacidad Temporal para el Trabajo o por Maternidad que hayan pagado a sus trabajadores.

27.2. Si EsSalud hubiese asumido el pago de las prestaciones económicas, se les exige el reembolso del costo (reversión de gastos) de las solicitudes de pagos directos de prestaciones económicas brindadas a sus trabajadores y/o beneficiarios.

Artículo 28.- Pagos indebidos

EsSalud notifica a los asegurados, beneficiarios o Entidades Empleadoras el requerimiento de devolución del pago indebido de prestaciones económicas por cualquier causa que éste se haya configurado, precisando que en caso no se atienda en un plazo de tres días hábiles, tal hecho se procesa para la cobranza mediante las acciones legales que correspondan.

Artículo 29.- Casos especiales en la evaluación de solicitudes de prestaciones económicas

29.1. En los casos de trabajadores con derecho a prestaciones económicas cuyos empleadores que se hayan acogido a alguna forma de reorganización societaria, prevista en la Ley Nº 26887, Ley General de Sociedades, continuarán gozando del subsidio de que se trate. Estos casos de reorganización societaria serán evaluados específicamente por EsSalud, para lo cual el empleador presentará los documentos pertinentes que acrediten dicha situación.

29.2. En los casos de negocios de personas naturales, que se constituyen en una Micro o Pequeña Empresa – MYPE, de acuerdo con el Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado por Decreto Supremo Nº 013-2013-PRODUCE, se toman en cuenta las siguientes consideraciones para evaluar la procedencia del otorgamiento de las prestaciones económicas a sus trabajadores:

29.3. En los casos de negocios de personas naturales que laboren sin acogerse a los beneficios del Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado por Decreto Supremo Nº 013-2013-PRODUCE, se toman en cuenta las siguientes consideraciones para evaluar la procedencia del otorgamiento de las prestaciones económicas a sus trabajadores:

Artículo 30.–Procedimiento y plazo de duración

30.1. EsSalud diseña el procedimiento interno para la evaluación de las solicitudes de prestaciones económicas a través de los instrumentos normativos con los que cuente, dentro del marco de los límites que fijan la Ley y el presente Reglamento, así como la normativa aplicable.

30.2. El plazo de duración del procedimiento es de quince (15) días hábiles, contados desde el día siguiente de la presentación de la solicitud en las oficinas de EsSalud.

CAPÍTULO V

APORTES MÍNIMOS Y MONTOS DE SUBSIDIOS

Artículo 31.- Lineamientos excepcionales para regularización de aportes por importes mínimos

31.1. La Entidad Empleadora puede regularizar sus adeudos de aportes, por importes mínimos, motivados por omisiones involuntarias, efectos de redondeo o errores de pago de un porcentaje mínimo de aportes, que se encuentren en los siguientes parámetros:

a. Que, los adeudos no excedan el 0.2% de la UIT vigente a la fecha de la contingencia

del asegurado, por cada mes en el período de evaluación de los seis (6) meses anteriores.

b. Que, los adeudos no excedan el 15% de la UIT vigente a la fecha de la contingencia del asegurado, por la totalidad de los adeudos identificados en el período de evaluación de los doce (12) meses.

31.2. Para el efecto del numeral precedente, a solicitud escrita de EsSalud, la Entidad Empleadora efectuará el pago total del saldo deudor que mantenga más los intereses acumulados a la fecha de regularización, conforme los mecanismos de pago establecidos, dando cuenta a dichas unidades del pago efectuado y los documentos que lo acrediten.

31.3. En caso de incumplimiento, EsSalud procede conforme a la normatividad aplicable al empleador en condición de reembolso:

a) Para las solicitudes de reembolso de subsidios, denegará el derecho al mismo.

b) Para las solicitudes de pagos directos de subsidios, exigirá a las Entidades Empleadoras la restitución del importe de las prestaciones económicas brindadas a sus trabajadores y/o beneficiarios.

Artículo 32.- Montos de los subsidios

32.1. Los montos de las prestaciones económicas son de dos tipos:

1. Montos variables:

a. Incapacidad Temporal para el Trabajo y Maternidad: cuyo cálculo se da en función al promedio diario de remuneración por los días de incapacidad para trabajar o licencia por maternidad. En el caso de los trabajadores bajo el régimen de Contratación Administrativa de Servicios, el cálculo tendrá como tope el 30% de la UIT vigente.

b. Sepelio: la sumatoria de los gastos de sepelio sustentados hasta un monto tope determinado.

2. Montos fijos:

Lactancia: es un monto fijo indivisible.

32.2. Los montos de subsidio por Lactancia y el de tope determinado para Sepelio se definen al momento de la entrada en vigencia del presente Reglamento, en las Disposiciones Finales, pudiendo modificarse por Acuerdo del Consejo Directivo de EsSalud.

Artículo 33.- Cálculo del monto de subsidios de Incapacidad Temporal para el Trabajo y Maternidad

33.1. La base de cálculo para los asegurados regulares es su remuneración mensual, excluyendo las remuneraciones adicionales como las gratificaciones por Fiestas Patrias o Navidad u otros conceptos ordinarios legales o convencionales de periodicidad similar a las gratificaciones legales.

33.2. Las horas extras, sobretiempos y toda compensación por labor extraordinaria desarrollada fuera de la jornada regular del trabajo, se consideran remuneraciones complementarias y se incluirán en el cálculo de los subsidios.

33.3. La remuneración computable para el cálculo del subsidio por Incapacidad Temporal para el Trabajo es la definida en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, y sus modificatorias, y en el Decreto Legislativo Nº 650 y sus modificatorias.

33.4. Es obligación de los asegurados en condición de trabajadores regulares dependientes y trabajadores agrarios dependientes, y, de sus Entidades Empleadoras, solicitar el monto del subsidio por Incapacidad Temporal para el Trabajo en base a los conceptos computables establecidos en el numeral anterior, y las siguientes formas de cálculo por tipo de asegurado:

33.5. Cuando el asegurado, en el momento en que ocurre la incapacidad, tenga simultáneamente más de un empleador, podrá tramitar y recibir el

subsidio por Incapacidad Temporal para el Trabajo por cada Entidad Empleadora, siempre y cuando se encuentre acreditado por cada una de ellas, y cuente con Certificados de Incapacidad Temporal para el Trabajo emitidos para cada empleador.

33.6. Los subsidios que se hubieran pagado al asegurado por ocurrencias de Incapacidad Temporal para el Trabajo y/o Maternidad presentadas en los doce (12) últimos meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia serán tomados en cuenta para el cálculo del subsidio.

33.7. El subsidio por Incapacidad Temporal para el Trabajo se pagará con la forma de cálculo establecida para el régimen laboral, al cual pertenece el/la trabajador (a) incapacitado (a) al momento de la contingencia.

33.8. Los reintegros remunerativos percibidos dentro de los meses anteriores al mes en que se inicia la incapacidad temporal, formarán parte del promedio a calcular sólo en lo que corresponda a los meses que conforman el período de evaluación para la determinación del subsidio diario (4 o 12 meses), siempre y cuando la Entidad Empleadora haya declarado y pagado el aporte correspondiente a los reintegros, antes del mes del inicio de la contingencia.

33.9. Determinado el monto del subsidio promedio diario al inicio de la incapacidad temporal, este permanecerá invariable hasta el alta o el plazo máximo del subsidio; aun cuando la remuneración del asegurado regular, agrario o CAS, varíe mientras está incapacitado.

33.10. Es obligación de los asegurados y Entidades Empleadoras cumplir lo dispuesto para las siguientes situaciones especiales que se pueden presentar para otorgar el subsidio:

a) Si al 31 de diciembre, el empleador o cooperativa estuviera pagando la remuneración correspondiente a los primeros veinte (20) días de incapacidad temporal en ese año, y la incapacidad continuase, seguirá abonando la remuneración hasta que el trabajador sea dado de alta o hasta que se cumplan los veinte (20) días del siguiente año. Si al finalizar los veinte (20) días del siguiente año, subsistiera la incapacidad temporal, EsSalud abonará los subsidios que correspondan.

En el caso de asegurados pescadores y procesadores pesqueros artesanales independientes y agrarios independientes, que al 31 de diciembre se encuentren en los primeros veinte (20) días de incapacidad temporal en ese año, y la incapacidad temporal continuará en el siguiente año, EsSalud abonará el subsidio recién a partir del vigésimo primer día de incapacidad para el trabajo.

b) Si al 31 de diciembre el asegurado regular trabajador en actividad dependiente, asegurado pescador y procesador pesquero artesanal independiente o asegurado agrario dependiente o independiente, estuviera subsidiado por EsSalud y la incapacidad temporal continuase, se seguirá abonando el subsidio hasta ser dado de alta o hasta el vencimiento del plazo máximo.

c) Si el asegurado regular trabajador en actividad dependiente, durante sus vacaciones sufre una incapacidad, y su empleador ya hubiera asumido los primeros veinte (20) días, tiene derecho al subsidio de incapacidad temporal, a partir del día siguiente en que termina su período vacacional, siempre y cuando prosiga la incapacidad y se encuentre acreditado.

d) Si un asegurado regular trabajador en actividad dependiente, sufre una incapacidad, durante la purga de una sanción disciplinaria de suspensión sin goce de haber, y su empleador ya hubiera asumido los primeros veinte (20) días, tiene derecho al subsidio de incapacidad temporal, a partir del día siguiente en que termina su sanción disciplinaria, siempre y

cuando prosiga la incapacidad temporal y se encuentre acreditado.

e) En el caso de los docentes del Sector Público, cuyas vacaciones son tomadas obligatoriamente al término del año escolar, en los meses de enero y febrero, no les corresponde durante este periodo el derecho al subsidio por Incapacidad Temporal para el Trabajo debido a que por mandato legal no se puede percibir remuneración (vacacional) y subsidio a la vez.

33.11. En caso el subsidio por Incapacidad Temporal para el Trabajo reconocido por EsSalud sea menor a lo solicitado por el asegurado o la Entidad Empleadora, se le notificará el importe no reconocido indicándole que cuenta con un plazo de quince (15) días hábiles para solicitar la diferencia no reconocida, adjuntando la documentación que sustente dicha diferencia (solicitud original, hoja de cálculo del subsidio, copias simples de boletas de pago, contratos, convenios, depósito de remuneraciones y de subsidios en cuenta bancaria, etc.), y de ser positiva la evaluación, mediante Resolución se reconoce el importe del subsidio no pagado que correspondiera.

Artículo 34.- Pago del subsidio

34.1. El pago de los subsidios se realiza en las entidades bancarias con las cuales EsSalud tenga convenio, a través de órdenes de pago.

34.2. La orden de pago del subsidio de que se trate vencerá en cartera bancaria a los veinte (20) días hábiles de haberse generado la misma.

Artículo 35.–Reingreso del importe del subsidio a EsSalud

35.1. Una vez transcurridos veinte (20) días hábiles de emitidas las órdenes de pago, éstas se anulan y se extorna a EsSalud el dinero destinado al pago.

35.2. En estos casos, basta que el asegurado, beneficiario o la Entidad Empleadora que no realizó el cobro oportuno del subsidio, solicite a EsSalud la rehabilitación de dicho pago, mediante carta que consigne el número de expediente o número de documento de identidad, según corresponda.

TÍTULO II

DISPOSICIONES ESPECÍFICAS A LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS

CAPÍTULO I

INCAPACIDAD TEMPORAL PARA EL TRABAJO

Artículo 36.–Conceptos y condiciones

36.1. El derecho al subsidio de Incapacidad Temporal para el Trabajo se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad y hasta donde dure la misma, con un plazo máximo de once (11) meses y diez (10) días consecutivos en cada caso de enfermedad, en tanto no realice trabajo remunerado.

36.2. Durante los primeros veinte (20) días de incapacidad la Entidad Empleadora continúa obligada al pago de la remuneración. Para tal efecto, la Entidad Empleadora acumula los días de incapacidad remunerados durante cada año calendario por trabajador a su cargo. Dichos días deben ser sustentados en base a CITT o certificados médicos.

Artículo 37.- Criterios para el Informe Médico de Calificación de Incapacidades –IMECI

37.1. Se emitirá un Informe Médico de Calificación de la Incapacidad – IMECI de los asegurados titulares según cualquiera de los siguientes criterios:

a) Impedimento ocasionado por la enfermedad, lesión o secuela configurado como irrecuperable (permanente).

b) El pronóstico de la enfermedad es incierto (reservado).

c) Asegurado acumule ciento cincuenta (150) días de incapacidad en periodos consecutivos (respuesta al tratamiento).

d) Asegurado acumule noventa (90) días de incapacidad no consecutivos en los últimos trescientos sesenta y cinco (365) días (por patologías relacionadas, complicaciones o secuelas de las mismas).

37.2. Puede solicitar la emisión de un IMECI:

a) El asegurado titular, con solicitud dirigida al Director de la IPRESS donde se le expidió los CITT.

b) El Médico Tratante o Médico de Control, cuando detecte asegurados con criterios para calificación con un IMECI.

c) El Empleador, con solicitud dirigida al Director del Establecimiento de Salud, donde se le expidió el CITT al asegurado que cumpla con los criterios establecidos para calificación con un IMECI.

d) EsSalud cuando detecte, como parte del procedimiento de evaluación de solicitud de prestaciones económicas, a un asegurado con criterios establecidos sin IMECI.

e) La Gerencia de Prestaciones Económicas de la Gerencia Central de Seguros y Prestaciones Económicas, cuando detecte a un asegurado con criterios establecidos para calificación con un IMECI.

37.3. Resultados de la calificación del IMECI:

a) Si se determina que la incapacidad es de naturaleza temporal

- Se continuará reconociendo el pago de subsidio, sin que este supere el plazo máximo de ley establecido.

- El IMECI de naturaleza temporal solo tiene validez máxima de seis (6) meses.

b) Si se determina que la incapacidad es de naturaleza no temporal:

- Si el asegurado pasó a calificación a los ciento cincuenta (150) días consecutivos, se reconocerá el pago de subsidio, hasta un máximo de 180 días consecutivos.

- Si el asegurado pasó a calificación a los noventa (90) días no consecutivos, por patología o complicaciones relacionadas, se reconocerá el pago de subsidio hasta por treinta (30) días adicionales (pudiendo reconocerse el pago de subsidio hasta por ciento ochenta (180) días en total, en caso de CITT regularizados por periodos anteriores a la fecha de emisión del IMECI).

- Si el asegurado pasó a calificación por impedimento configurado como permanente, se reconocerá el pago de subsidio hasta por treinta (30) días adicionales, teniendo como tope la fecha de la emisión del IMECI.

- Si el asegurado, con posterioridad al IMECI de naturaleza no temporal, presenta un CITT por diagnósticos no relacionados o independientes del IMECI emitido, podrá reconocerse el pago de subsidio, iniciándose un nuevo periodo de incapacidad. Todo pago en exceso a este número de días corre por cuenta de la Entidad Empleadora.

- Si un asegurado tuviera un primer IMECI calificando su incapacidad como temporal y posteriormente en base a una recalificación el resultado fuera incapacidad no temporal, EsSalud sólo le pagará el subsidio hasta la fecha de emisión del segundo IMECI, sin que en ningún caso sobrepase los once (11) meses y diez (10) días.

Artículo 38.–Oportunidad de solicitud de prestación

38.1. El subsidio de Incapacidad Temporal para el Trabajo se solicita una vez vencido el plazo que dure el descanso médico establecido en el CITT. El plazo máximo para solicitar el subsidio es de seis (6) meses contados a partir de la fecha en que cesa el período de incapacidad del asegurado, pudiéndose presentar los siguientes casos:

38.2. Cuando el plazo es señalado por días, se entiende por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio (sábados, domingos y feriados), y los días no laborables de orden nacional o regional.

38.3. Cuando el último día del plazo o la fecha determinada es inhábil o por cualquier otra circunstancia la atención al público ese día no funcione durante el horario normal, son entendidos prorrogados al primer día hábil siguiente.

38.3. Cuando el plazo es fijado en meses o años, es contado de fecha a fecha, concluyendo el día igual al del mes o año que inició, completando el número de meses o años fijados para el lapso. Si en el mes de vencimiento no hubiere día igual a aquel en que comenzó el cómputo, es entendido que el plazo expira el primer día hábil del siguiente mes calendario.

Artículo 39.- Extinción del subsidio

El derecho al subsidio de Incapacidad Temporal para el Trabajo se extingue o pierde, cuando se presente cualquiera de los siguientes hechos:

1. Cese del vínculo laboral del asegurado, toda vez que éste ya no cumpliría la condición de asegurado regular activo conforme lo exige el artículo 7 del Reglamento de la Ley 26790, aprobado por Decreto Supremo Nº 009-97-SA, y sus modificatorias.

2. Recuperación de la salud, toda vez que el asegurado ya no se encuentra incapacitado, con lo cual desaparece la condición imprescindible para otorgar el subsidio, establecida en el artículo 15 del Reglamento de la Ley 26790, aprobado por Decreto Supremo Nº 009-97-SA, y sus modificatorias.

3. Informe Médico de Calificación de la Incapacidad que determine naturaleza No Temporal.

4. Realización de labor remunerada durante el periodo del subsidio con la Entidad Empleadora a la que aplica la Incapacidad Temporal para el Trabajo.

Artículo 40.- Recuperabilidad del importe del subsidio por causa de incapacidad imputable a tercero

En los casos de incapacidades causadas por terceros responsables, EsSalud repetirá contra estos el monto de los subsidios por Incapacidad Temporal para el Trabajo otorgados a sus asegurados.

Artículo 41.- Consideraciones y requisitos adicionales para situaciones especiales

Se tienen las siguientes cuatro (4) situaciones especiales que prevén requisitos adicionales:

41.1. Asegurados titulares que fallecieron sin tramitar el subsidio por Pago Directo

Los herederos deberán proceder de la siguiente manera:

a) Presentar el Formulario Nº 1040–Formulario para Pago de Prestaciones Económicas.

b) Si el importe del subsidio no cobrado es menor a media (1/2) Unidad Impositiva Tributaria–UIT: Presentar Declaración Jurada con firma y huella digital de cada uno de los herederos, en el que se declaran como tales y designan a uno de ellos para que en nombre de los demás, solicite el pago del subsidio devengado y no cobrado.

c) Si el importe del subsidio no cobrado es mayor a media (1/2) UIT y hasta tres (3) UIT: Presentar copia simple del documento (Testamento o Sucesión Intestada) que acredite a los herederos como tales, así como poder simple otorgado a uno de ellos para que, en representación de los demás, solicite el pago del subsidio devengado y no cobrado.

d) Más de tres (3) UIT: Presentar copia simple del documento (Testamento o Sucesión Intestada) que acredite a los herederos como tales, y exhibir poder por Escritura Pública.

41.2. Asegurados titulares que recibieron el subsidio de su Entidad Empleadora, pero fallecieron sin haber firmado la solicitud de prestaciones económicas que sustente el reembolso.

En este caso, la Entidad Empleadora deberá proceder de la siguiente manera:

a) Presentar el Formulario Nº 1040–Formulario para Pago de Prestaciones Económicas.

b) Presentar documentos sustentatorios (copias simples de Cheques, Boletas de pago, Transferencia a Cuenta Bancaria del asegurado fallecido, Recibos, Liquidación de Beneficios Sociales, y otros similares) que acrediten fehacientemente que cumplió con pagar el subsidio al asegurado fallecido, familiar directo, curador, tutor o persona autorizada por aquél.

CAPÍTULO II

MATERNIDAD

Artículo 42.- Conceptos y condiciones

42.1. El pago del subsidio por Maternidad es el monto en dinero a que tiene derecho la asegurada titular en actividad durante los noventa y ocho (98) días de goce del descanso por alumbramiento, a fin de resarcir el lucro cesante como consecuencia del mismo. El subsidio se extenderá por treinta (30) días adicionales en los casos de nacimiento múltiple o niños con discapacidad.

42.2. La asegurada, para acceder al subsidio, deberá tener derecho de cobertura y vínculo laboral al momento de la contingencia, durante el período subsidiado y al momento de la concepción. Por excepción a las aseguradas agrarias no se les requiere que cumplan este último requisito.

Artículo 43.- Requisitos adicionales para situaciones especiales

Se tienen las dos siguientes situaciones especiales configuradas por el fallecimiento de la asegurada, que prevén requisitos adicionales:

43.1. Aseguradas titulares que fallecieron sin tramitar el subsidio por Pago Directo

Los herederos deberán proceder de la siguiente manera:

a) Presentar el Formulario Nº 1040 – Formulario para Pago de Prestaciones Económicas.

b) Si el importe del subsidio no cobrado es menor a media (1/2) Unidad Impositiva Tributaria–UIT: Presentar Declaración Jurada con firma y huella digital de cada uno de los herederos, en el que se declaran como tales y designan a uno de ellos para que en nombre de los demás, solicite el pago del subsidio devengado y no cobrado.

c) Si el importe del subsidio no cobrado es mayor a media (1/2) UIT y hasta 3 UIT: Presentar copia simple del documento (Testamento o Sucesión Intestada) que acredite a los herederos como tales, así como poder simple a uno de ellos para que, en representación de los demás, solicite el pago del subsidio devengado y no cobrado.

d) Más de 3 UIT: Presentar copia simple del documento (Testamento o Sucesión Intestada) que acredite a los herederos como tales, y exhibir poder por Escritura Pública.

43.2. Aseguradas titulares que recibieron el subsidio de su empleador, pero fallecieron sin haber firmado la solicitud de prestaciones económicas que sustente el reembolso

En este caso, la Entidad Empleadora deberá proceder de la siguiente manera:

a) Presentar el Formulario Nº 1040–Formulario para Pago de Prestaciones Económicas.

b) Presentar documentos sustentatorios (copias simples de Cheques, Boletas de pago, Transferencia a Cuenta Bancaria de asegurada fallecida, Recibos, Liquidación de Beneficios Sociales, y otros similares) que

acrediten fehacientemente que cumplió con pagar el subsidio a la asegurada fallecida, familiar directo, curador, tutor o persona autorizada por aquélla.

CAPÍTULO III

LACTANCIA

Artículo 44.- Del subsidio por Lactancia

44.1. El pago del subsidio por Lactancia es un beneficio que otorga EsSalud a la madre del hijo recién nacido vivo de un asegurado titular con la finalidad de contribuir a su cuidado. En caso de parto múltiple el subsidio por Lactancia será abonado por cada recién nacido vivo.

44.2. Para tener derecho a este beneficio, el asegurado titular debe tener derecho de cobertura y vínculo laboral al momento del nacimiento de su menor hijo, quien debe estar registrado en el sistema de registro del certificado de nacido vivo en línea (SRNVL) del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y/o en su defecto en la misma RENIEC.

Artículo 45.- Solicitud de prestación

Los requisitos son los siguientes:

45.1. Presentar Formulario Nº 1040 – Formulario para Pago de Prestaciones Económicas.

45.1 En caso la solicitud sea presentada por un tercero, se deber adjuntar Carta Poder Simple firmada por el asegurado(a) titular y/o madre o tutor autorizando el trámite de la solicitud de prestaciones económicas.

Artículo 46.- Requisitos adicionales para situaciones especiales

Se tienen las tres siguientes situaciones especiales configuradas por el fallecimiento de la madre y la naturaleza de la incapacidad de ejercicio de la madre, que prevén requisitos adicionales:

46.1. Madre fallecida: cuando la madre del recién nacido, sea titular o derechohabiente, fallece; el padre o tutor debe presentar los siguientes documentos:

a) Formulario Nº 1040–Formulario para Pago de Prestaciones Económicas.

b) Copia simple del Acta o Certificado de Defunción de la madre del lactante.

c) En caso del tutor, deber mostrar documento de identidad y presentar copia simple del documento que acredite la tutela del menor: sentencia judicial u otro permitido por normas vigentes.

46.2. Madre declarada incapaz: cuando la madre es declarada incapaz, el subsidio se paga a través del curador, quien presenta:

a) Formulario Nº 1040 – Formulario para Pago de Prestaciones Económicas.

b) Copia simple del documento que lo acredite como tal: sentencia judicial u otro permitido por normas vigentes.

46.3. Madre menor de edad: en el caso que la derechohabiente madre menor de edad sea soltera y sin título oficial que la autorice a ejercer una profesión u oficio, la prestación se paga a través del padre, madre o tutor de la madre menor de edad, quien debe presentar copia simple del documento que lo acredite como tal: partida de nacimiento, sentencia judicial u otro permitido por normas vigentes. Excepcionalmente, ante la ausencia de las tres personas anteriormente mencionadas, el subsidio será pagado al asegurado (padre del lactante).

CAPÍTULO IV

SEPELIO

Artículo 47.- Prestación por Sepelio

El pago de prestación por Sepelio es el monto en dinero que otorga EsSalud, hasta el monto tope determinado, al familiar o tercero que realiza los gastos de los servicios funerarios por la muerte de un asegurado titular, sea activo o pensionista, previa

evaluación del cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidas para su otorgamiento.

Artículo 48.- Prelación en el pago a beneficiarios

La prestación es pagada a los familiares, excluyentemente y en el siguiente orden:

48.1. Cónyuge o concubino (a) del difunto, o

48.2. Descendientes,

48.3. Ascendientes,

48.4. Hermano(a),

48.5. Tercero.

Artículo 49.- Procedimiento y requisitos

El procedimiento se inicia a solicitud del familiar o tercero con la presentación de los siguientes requisitos:

49.1. Presentar Formulario Nº 1040 – Formulario para Pago de Prestaciones Económicas.

49.2. Exhibir comprobantes de pago originales por los gastos funerarios, haciendo referencia al nombre del asegurado fallecido y emitidos a nombre del familiar o tercero que realiza el gasto. Los gastos funerarios pueden referirse a: nicho o sepultura, cremación o entierro, ataúd o urna, capilla ardiente, carroza, transporte, mortaja o traje de preparación de cadáver.

49.3. Si el gasto hubiese sido efectuado por un tercero, además de los dos requisitos precedentes, deber contar con la Declaración Jurada del familiar que reconozca el gasto hecho por el tercero; o evidencia presentada por el tercero que pruebe que ha tenido bajo su cuidado al asegurado.

Artículo 50.- Requisitos adicionales para situaciones especiales

Se tienen las tres siguientes situaciones especiales configuradas por el fallecimiento del asegurado en el extranjero, el fallecimiento por muerte súbita o violenta de aquél, así como por el fallecimiento de quien haya efectuado los gastos de sepelio del asegurado antes de cobrar el importe a EsSalud; que prevén requisitos adicionales:

50.1. En caso de asegurado que fallece en el extranjero:

Exhibir el comprobante de pago en original, con firmas legalizadas en las Oficinas Consulares de Perú o el documento con el sello de Apostilla de la Haya.

50.2. Cuando el familiar o tercero que realizó el gasto haya fallecido, los herederos presentan:

a) Copia simple del documento que los acredite como tales (Testamento o Sucesión Intestada).

b) Autorización con firma y huella digital de cada uno de los herederos del familiar o tercero que realizó el gasto, designando a uno de ellos para que, en representación de todos, solicite el pago de la prestación por Sepelio.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

FINALES

Primera.- Aprobación del Formulario Nº 1040

Apruébase el Formulario Nº 1040 – Formulario para Pago de Prestaciones Económicas, para el inicio del procedimiento administrativo descrito en los artículos precedentes, que como Anexo 1 forma parte integrante de la presente norma.

Segunda.- Uso de la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones

Apruébase en el Anexo 2 que forma parte integrante de la presente norma, el uso de la "Tabla de Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones", aplicable en el procedimiento administrativo.

Tercera.- Responsabilidades

Las transgresiones a las normas dispuestas en el presente Reglamento están sujetas a responsabilidad civil y penal, independientemente de la responsabilidad administrativa que correspondan.

Asimismo, EsSalud deriva a los Colegios Profesionales competentes los casos en que se presuman faltas éticas y deontológicas.

Cuarta.- Actualización del monto de las prestaciones económicas por Lactancia y Sepelio.

La prestación económica por Lactancia es de un monto fijo de ochocientos veinte soles (S/ 820.00) por cada recién nacido; y, dos mil setenta soles (S/ 2,070.00) como monto tope determinado para prestaciones por Sepelio. Dichos montos pueden ser revisados y actualizados mediante Acuerdo del Consejo Directivo del Seguro Social de Salud – EsSalud.

Quinta.- Adecuación de normas internas de EsSalud

En un plazo de ciento veinte (120) días el Seguro Social de Salud–EsSalud adecuará sus normas internas según las disposiciones establecidas en el presente Reglamento.

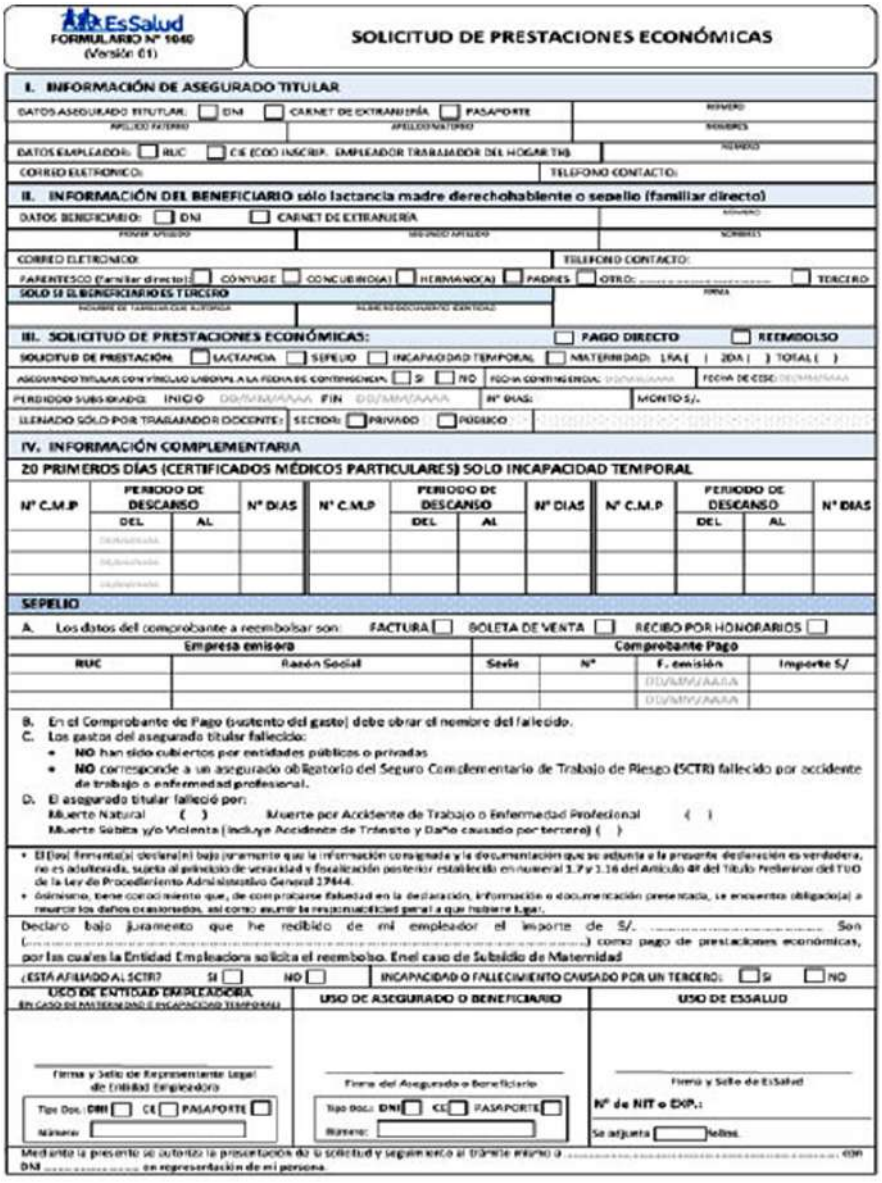
DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA

DEROGATORIA

Única.- Derogación

A partir de la vigencia de la presente norma, derógase el Decreto Supremo Nº 163-2005-EF, que establece procedimiento para que ESSALUD realice el pago del subsidio por incapacidad temporal y maternidad directamente en la cuenta bancaria del trabajador del Sector Público.

ANEXO 1: FORMULARIO PARA PAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS



EsSalud
FORMULARIO N° 1040
(Versión 01)

SOLICITUD DE PRESTACIONES ECONÓMICAS

I. INFORMACIÓN DE ASEGURADO TITULAR

DATOS ASEGURADO TITULAR: ☐ DNI ☐ CARNET DE EXTRANJERÍA ☐ PASAPORTE — NÚMERO
APELLIDO PATERNO — APELLIDO MATERNO — NOMBRES
DATOS EMPLEADOR: ☐ RUC ☐ CE (CÓD INSCRIP. EMPLEADOR TRABAJADOR DEL HOGAR TH) — NÚMERO
CORREO ELECTRÓNICO: — TELÉFONO CONTACTO:

II. INFORMACIÓN DEL BENEFICIARIO sólo lactancia madre derechohabiente o sepelio (familiar directo)

DATOS BENEFICIARIO: ☐ DNI ☐ CARNET DE EXTRANJERÍA — NÚMERO
PRIMER APELLIDO — SEGUNDO APELLIDO — NOMBRES
CORREO ELECTRÓNICO: — TELÉFONO CONTACTO:
PARENTESCO (Familiar directo): ☐ CÓNYUGE ☐ CONCUBINO(A) ☐ HERMANO(A) ☐ PADRES ☐ OTRO: ☐ TERCERO
SOLO SI EL BENEFICIARIO ES TERCERO — FIRMA
NOMBRE DE TRABAJADOR CON SUBSIDIO — NÚMERO DOCUMENTO IDENTIDAD

III. SOLICITUD DE PRESTACIONES ECONÓMICAS: ☐ PAGO DIRECTO ☐ REEMBOLSO
SOLICITUD DE PRESTACIÓN: ☐ LACTANCIA ☐ SEPELIO ☐ INCAPACIDAD TEMPORAL ☐ MATERNIDAD: 1RA ( ) 2DA ( ) TOTAL ( )
ASEGURADO TITULAR CON VÍNCULO LABORAL A LA FECHA DE CONTINGENCIA: ☐ SI ☐ NO — FECHA CONTINGENCIA: DD/MM/AAAA — FECHA DE CESE: DD/MM/AAAA
PERÍODO SUBSIDIADO: INICIO DD/MM/AAAA FIN DD/MM/AAAA — N° DÍAS: — MONTO S/.
LLENADO SÓLO POR TRABAJADOR DOCENTE: SECTOR: ☐ PRIVADO ☐ PÚBLICO

IV. INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA

20 PRIMEROS DÍAS (CERTIFICADOS MÉDICOS PARTICULARES) SOLO INCAPACIDAD TEMPORAL

N° C.M.P	PERÍODO DE DESCANSO DEL	PERÍODO DE DESCANSO AL	N° DÍAS	N° C.M.P	PERÍODO DE DESCANSO DEL	PERÍODO DE DESCANSO AL	N° DÍAS	N° C.M.P	PERÍODO DE DESCANSO DEL	PERÍODO DE DESCANSO AL	N° DÍAS
	DD/MM/AAAA										
	DD/MM/AAAA										
	DD/MM/AAAA										

SEPELIO

A. Los datos del comprobante a reembolsar son: FACTURA ☐ BOLETA DE VENTA ☐ RECIBO POR HONORARIOS ☐

Empresa emisora		Comprobante Pago			
RUC	Razón Social	Serie	N°	F. emisión	Importe S/
				DD/MM/AAAA	
				DD/MM/AAAA	

B. En el Comprobante de Pago (sustento del gasto) debe obrar el nombre del fallecido.
C. Los gastos del asegurado titular fallecido:
- **NO** han sido cubiertos por entidades públicas o privadas
- **NO** corresponde a un asegurado obligatorio del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) fallecido por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

D. El asegurado titular falleció por:
Muerte Natural ( ) Muerte por Accidente de Trabajo o Enfermedad Profesional ( )
Muerte Súbita y/o Violenta (Indique Accidente de Tránsito y Daño causado por tercero) ( )

- El (los) firmante(s) declara(n) bajo juramento que la información consignada y la documentación que se adjunta a la presente declaración es verdadera, no es adulterada, sujeta al principio de veracidad y fiscalización posterior establecido en numeral 1.7 y 1.16 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General 27444.
- Asimismo, tiene conocimiento que, de comprobarse falsedad en la declaración, información o documentación presentada, se encuentra obligado(a) a resarcir los daños ocasionados, así como asumir la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

Declaro bajo juramento que he recibido de mi empleador el importe de S/. ..... Son (.....) como pago de prestaciones económicas, por las cuales la Entidad Empleadora solicita el reembolso. En el caso de Subsidio de Maternidad

¿ESTÁ AFILIADO AL SCTR? SI ☐ NO ☐ — INCAPACIDAD O FALLECIMIENTO CAUSADO POR UN TERCERO: ☐ SI ☐ NO

USO DE ENTIDAD EMPLEADORA (EN CASO DE MATERNIDAD O INCAPACIDAD TEMPORAL)	USO DE ASEGURADO O BENEFICIARIO	USO DE ESSALUD
Firma y Sello de Representante Legal de Entidad Empleadora	Firma del Asegurado o Beneficiario	Firma y Sello de EsSalud
Tipo Doc.: DNI ☐ CE ☐ PASAPORTE ☐	Tipo Doc.: DNI ☐ CE ☐ PASAPORTE ☐	N° de NIT o EXP.:
Número:	Número:	Se adjunta ☐ folios.

Mediante la presente se autoriza la presentación de la solicitud y seguimiento al trámite inherente a ..... con DNI ..... en representación de mi persona.

Aprueban el reconocimiento “Sello libre de trabajo infantil” y el marco normativo para su implementación

RESOLUCIÓN MINISTERIAL Nº 204-2019-TR
Lima, 16 de agosto de 2019

Vistos

El Informe Técnico N° 40-2019-MTPE/2/15.1 de la Dirección de Promoción y Protección de los Derechos Fundamentales Laborales, el Oficio N° 367- 2019-MTPE/2/15 de la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo, el Informe N° 263-2019-MTPE/4/9.2 de la Oficina de Presupuesto, el Memorandum N° 597-2019-MTPE/4/9 de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto, y el Informe N° 1334-2019-MTPE/4/8 de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

Considerando

Que, el artículo 23 de la Constitución Política del Perú establece que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente, entre otros, al menor de edad que trabaja; Que, el artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa Nº 25278, establece que los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social, debiendo adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación de dicha disposición;

Que, el artículo 1 del Convenio OIT Nº 138, Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo, ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa Nº 27453, señala que todo miembro para el cual esté en vigor el referido convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores;

Que, el artículo 1 del Convenio OIT Nº 182, Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa Nº 27543, dispone que todo miembro que ratifi que el referido convenio deberá adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia;

Que, de conformidad con el artículo 22 del Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por la Ley N° 27337, y sus modifi catorias, el adolescente que trabaja es protegido en forma especial por el Estado; asimismo, el Estado reconoce el derecho de los adolescentes a trabajar, con las restricciones que impone el código en mención, siempre y cuando no exista explotación económica y su actividad laboral no importe riesgo o peligro, afecte su proceso educativo o sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social;

Que, mediante la Ley N° 30362, Ley que eleva a rango de Ley el Decreto Supremo Nº 001-2012-MIMP y declara de interés nacional y preferente atención la asignación de recursos públicos para garantizar

el cumplimiento del Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia–PNAIA 2012 – 2021, se eleva a rango de ley el Decreto Supremo N° 001-2012-MIMP, que aprueba el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia– PNAIA 2012-2021, el mismo que contempla como resultados esperados al 2021 que las niñas, niños y adolescentes se encuentran protegidos frente al trabajo infantil y que las y los adolescentes se encuentran protegidos frente al trabajo peligroso;

Que, el numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley N° 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y sus modifi catorias, establece que dicho Ministerio es el organismo rector en materia de trabajo y promoción del empleo y ejerce competencia exclusiva y excluyente respecto de otros niveles de gobierno en todo el territorio nacional, entre otros, para formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales, entre otros en materia de derechos fundamentales en el ámbito laboral;

Que, el numeral 7.8 del artículo 7 de la mencionada ley establece que, en el marco de sus competencias exclusivas, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo tiene como una de sus funciones, el promover normas y estándares nacionales de responsabilidad social empresarial en materia laboral;

Que, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 015-2012-TR, Decreto Supremo que aprueba la Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2012-2021, establece que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través de la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo, y el Comité para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil–CPETI tienen a su cargo la supervisión y monitoreo de la mencionada estrategia;

Que, la Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2012-2021 tiene como Eje 4 mejorar las condiciones laborales del trabajo adolescente permitido, siendo una de sus formas de intervención la certifi cación de buenas prácticas: capacitación y certifi cación laboral a empresas que promuevan buenas prácticas de protección del trabajo adolescente permitido en su cadena de valor;

Que, mediante Resolución Viceministerial N° 01-2018- MTPE/2, se conforma el grupo de trabajo denominado "Mesa de trabajo para el diseño de una acreditación de cadenas productivas libres de trabajo infantil", integrado por representantes del Despacho Viceministerial de Trabajo, la Dirección de Promoción y Protección de Derechos Fundamentales Laborales de la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo, y la Dirección de Prevención y Solución de Confl ictos Laborales y Responsabilidad Social Empresarial de la Dirección General de Trabajo;

Que, según lo indica la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo en los documentos de vistos, el grupo de trabajo mencionado concluyó que la creación de un reconocimiento de productos y servicios libres de trabajo infantil contribuirá directamente a sensibilizar sobre la problemática de trabajo infantil, a erradicar dicha práctica y a mejorar las condiciones de trabajo de las y los adolescentes, a través de incentivos por parte del Estado hacia los empleadores;

Que, en tal sentido se hace necesario emitir la resolución ministerial que apruebe el reconocimiento "Sello libre de trabajo infantil" y el marco normativo para su implementación;

Con las visaciones del Despacho Viceministerial de Trabajo, de la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo, de la Dirección General de Trabajo, de la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo, de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto, y de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y de la Ley Nº 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, y sus modificatorias; la Ley N° 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción

del Empleo, y sus modificatorias; y el literal d) del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2014-TR, y sus modificatorias;

Se resuelve

Artículo 1.- Aprobación del reconocimiento "Sello libre de trabajo infantil" y del marco normativo para su implementación Apruébese el reconocimiento "Sello libre de trabajo infantil" que se otorga a aquellas personas jurídicas que realicen prácticas que aporten a la implementación de la política pública para la prevención y erradicación del trabajo infantil, así como el marco normativo para su implementación, el mismo que en calidad de anexo forma parte integrante de la presente resolución ministerial.

Artículo 2.- Financiamiento La implementación del reconocimiento "Sello libre de trabajo infantil" y de su marco normativo se financia con cargo al presupuesto institucional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, sin irrogar gastos adicionales al Tesoro Público.

Artículo 3.- Publicación Disponer la publicación de la presente resolución ministerial y su anexo en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (www.gob.pe/mtpe), en la misma fecha de la publicación de la presente resolución ministerial en el Diario Oficial El Peruano, siendo responsable de dicha acción el/la Jefe/a de la Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

SYLVIA E. CÁCERES PIZARRO

Ministra de Trabajo y Promoción del Empleo

Disponen la publicación del proyecto de documento denominado “Protocolo de Fiscalización en Materia de Seguridad Social”

RESOLUCIÓN DE SUPERINTENDENCIA
N° 261-2019-SUNAFIL
Lima, 21 de agosto de 2019

Vistos

El Acta de Trabajo de fecha 18 de julio de 2019; el Informe N° 195-2019-SUNAFIL/INII, de fecha 19 de agosto de 2019, de la Intendencia Nacional de Inteligencia Inspectiva; el Informe N° 409-2019-SUNAFIL/OGPP, de fecha 20 de agosto de 2019, de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto; el Informe N° 321-2019-SUNAFIL/GG-OGAJ, de fecha 20 de agosto de 2019, de la Oficina General de Asesoría Jurídica, y demás antecedentes; y,

Considerando

Que, mediante la Ley N° 29981 se crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL, como organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias;

Que, la SUNAFIL desarrolla y ejecuta las funciones y competencias establecidas en el artículo 3 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, en el ámbito nacional y cumple el rol de autoridad central y ente rector del Sistema de Inspección del Trabajo, de conformidad con las políticas y planes nacionales y sectoriales, así como con las políticas institucionales y los lineamientos técnicos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Asimismo, como ente rector de ese sistema funcional dicta normas y establece procedimientos para asegurar el cumplimiento de las políticas públicas en materia de su competencia que requieren de la participación de otras entidades del Estado, garantizando el funcionamiento del Sistema;

Que, la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, tiene por objeto regular el Sistema de Inspección del Trabajo, su composición, estructura orgánica, facultades y competencias, de conformidad con el Convenio Nº 81 de la Organización Internacional del Trabajo;

Que, de acuerdo al artículo 3 de la citada Ley N° 28806, una de las finalidades de la inspección del trabajo es la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales, en relación a las prestaciones de salud y sistema previsional, especialmente las normas referidas al sistema nacional de pensiones, al sistema privado de pensiones y al régimen de prestaciones de salud;

Que, el artículo 35 de la referida norma establece que constituyen infracciones en materia de seguridad social la omisión a la inscripción en el régimen de prestaciones de salud y en los sistemas de pensiones, sean estos públicos o privados, sin perjuicio de las demás infracciones establecidas en la normatividad específica sobre la materia;

Que, asimismo, señala que tratándose del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de

Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo N° 054-97-EF y la Ley N° 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, y demás normas modificatorias, constituyen infracciones en materia de seguridad social el incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador establecidas en las normas legales y reglamentarias aplicables, incluyendo sin carácter limitativo la falta de declaración, la falta de pago o la declaración o el pago inoportunos o defectuosos de los aportes previsionales;

Que, de acuerdo al artículo 32 del Reglamento de Organización y Funciones de la SUNAFIL, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2013-TR, modificado por Decreto Supremo N° 009-2013-TR, la Intendencia Nacional de Inteligencia Inspectiva, tiene por función formular y proponer la política institucional en materia de inspección del trabajo, en el marco de las políticas nacionales y sectoriales, así como formular y proponer las normas, lineamientos técnicos, directivas, mecanismos y procedimientos que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo;

Que, a través del informe de vistos, la Intendencia Nacional de Inteligencia Inspectiva propone y sustenta la aprobación del documento denominado "Protocolo de Fiscalización en materia de Seguridad Social", que tiene como objeto establecer las reglas y criterios específicos para el adecuado ejercicio de la función inspectiva, con la finalidad de coadyuvar a la verificación eficiente del cumplimiento de las normas de seguridad social, solicitando la publicación de dicho proyecto normativo a fin de que los interesados presenten, por escrito, sus comentarios y/o sugerencias;

Que, mediante el Informe N° 409-2019-SUNAFIL/OGPP, la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto emite opinión técnica favorable para la aprobación del documento denominado "Protocolo de Fiscalización en materia de Seguridad Social", señalando que cumple con las disposiciones contenidas en la Versión 02 de la Directiva N° 001-2014-SUNAFIL/OGPP–"Gestión de Instrumentos Normativos", aprobada por Resolución de Secretaría General N° 014-2016-SUNAFIL-SG, actualizada mediante la Resolución de Secretaría General N° 059-2017-SUNAFIL-SG;

Que, el numeral 1 del artículo 14 del Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, señala que las entidades públicas dispondrán la publicación de los proyectos de normas de carácter general que sean de su competencia en el Diario Oficial El Peruano, en sus Portales Electrónicos o mediante cualquier otro medio, en un plazo no menor de treinta (30) días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales, y que dichas entidades permitirán que las personas interesadas formulen comentarios sobre las medidas propuestas;

Con el visado del Gerente General, del Intendente Nacional de Inteligencia Inspectiva, del Jefe de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto, y de la Jefa de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

De conformidad con la Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, su Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2013-TR, modificado por Decreto Supremo N° 009-2013-TR, la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS;

Se resuelve

Artículo 1.- Disponer la publicación del proyecto de documento denominado "PROTOCOLO DE FISCALIZACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL", que como Anexo forma parte integrante de la presente resolución.

Artículo 2.- Establecer el plazo de treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación de la presente resolución, a fin de que los interesados presenten, por escrito, sus comentarios y/o sugerencias en la Mesa

de Partes de la Superintendencia Nacional de Fiscalización laboral – SUNAFIL, ubicada en la Av. Salaverry N° 655 – 1er. Piso, distrito de Jesús María, Departamento de Lima – Perú, y/o vía correo a la dirección electrónica: inii@sunafil.gob.pe

Artículo 3.- Disponer la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, así como la publicación de la resolución y su Anexo en el Portal Institucional de la SUNAFIL (www.sunafil.gob.pe), en la misma fecha de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS REQUEJO ALEMAN

Superintendente Nacional de Fiscalización Laboral

1799778-1

Jurisprudencia

CASACIÓN LABORAL Nº 221-2017 LIMA

SUMILLA: La motivación de las resoluciones judiciales constituye un derecho del justiciable, debiendo ser adecuada, suficiente y congruente. En el caso en concreto, la instancia de mérito no ha incurrido en afectación de tal garantía, puesto que ha expresado fundamentos suficientes, adecuados y congruentes para confirmar la sentencia apelada.

Lima, cinco de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTA

La causa número doscientos veintiuno, guion dos mil diecisiete, guion LIMA, en audiencia pública de la fecha; y producida la votación con arreglo a ley, se ha emitido la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la empresa demandada, GMC Engineering Solutions S.A.C., mediante escrito presentado el doce de agosto de dos mil dieciséis, que corre de fojas trescientos veintidós a trescientos veintiséis, contra la Sentencia de Vista de fecha diecinueve de julio de dos mil dieciséis, que corre de fojas doscientos noventa y nueve a trescientos nueve, que confirmó la sentencia apelada de fecha cinco de diciembre de dos mil catorce, que corre de fojas ciento setenta y ocho a ciento ochenta y seis, que declaró fundada la demanda; en el proceso seguido por la demandante, Silvia Karina Tunjar Celis, sobre reconocimiento de vínculo laboral y otros.

CAUSAL DEL RECURSO: Mediante resolución de fecha dieciséis de julio de dos mil dieciocho, que corre de fojas cincuenta y nueve a sesenta y dos del cuadernillo, se ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la causal de infracción normativa por vulneración del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú; correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo sobre las citadas causales.

CONSIDERANDO

Primero: De la pretensión demandada Como se advierte de la demanda, que corre de fojas cincuenta y cinco a setenta y tres, la actora pretende el reconocimiento de un vínculo laboral y se disponga la reposición a su puesto de trabajo por haber sido cesada por despido incausado. Sostiene que el veinte de marzo de dos mil trece ingresó a prestar servicios para la demandada mediante contratos de locación de servicios; agrega que sus servicios fueron prestados de manera personal y directa al demandado, y que la realizaba en condiciones de subordinación por lo que percibía una remuneración. Segundo: Pronunciamiento de las instancias de mérito El Juez del Décimo Juzgado de Trabajo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha cinco de diciembre de dos mil catorce, que corre de fojas ciento setenta y ocho a ciento ochenta y seis, resolvió declarar fundada la demanda; en consecuencia, declara que entre las partes existió un vínculo laboral a plazo indeterminado por el periodo comprendido entre el veinte de febrero de dos mil trece al trece de setiembre de dos mil trece en la que la actora desarrolló el cargo de supervisora de seguridad, y ordenó que la demanda reponga a la actora al puesto de trabajo (supervisora de seguridad) que venía ocupando antes de su despido ocurrido el trece de setiembre

de dos mil trece, tras considerar que la demandada no ha acreditado que la actora haya gozado en el terreno de los hechos la independencia funcional y autonomía organizativa que indicó, antes bien, de los medios probatorios aportados se advierte que la emplazada ha ejercido respecto de ella los poderes de dirección, fiscalización y sanción, configurándose los elementos esenciales del contrato de trabajo, y estando que no se le imputó a la actora una causa justa de despido relacionada con su conducta o capacidad se configuró un despido incausado. Por su parte, el Colegiado de la Tercera Sala Laboral de Lima de la misma Corte Superior, mediante sentencia de vista de fecha diecinueve de julio de dos mil dieciséis, que corre de fojas doscientos noventa y nueve a trescientos nueve, confirmó la sentencia apelada, por similares fundamentos, precisando que la demandante no califica como una trabajadora de confianza, en razón de que no se ha cumplido con los requisitos previstos en el Decreto Supremo Nº 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, concordado con el Decreto Supremo Nº 001-96-TR, Reglamento del Decreto Legislativo Nº 728. Tercero: Infracción normativa En el presente caso, se ha declarado procedente el recurso por la causal de infracción normativa del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, cuya norma señala que: "Artículo 139º.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación (...)". Al respecto, corresponde señalar que el debido proceso es considerado un derecho humano y a la vez fundamental, además del reconocimiento constitucional (inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú), se encuentra consagrado en instrumentos internacionales, entre ellos, el artículo 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 2º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y los artículos 1º y numeral 1 del artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Cuarto: En cuanto a la exigencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional ha expresado lo siguiente: "(...) Ya en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Expediente Nº 1480-2006-AA/TC. FJ 2) ha tenido la oportunidad de precisar que "el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Así mismo, el sétimo fundamento de la referida Sentencia ha señalado que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales queda delimitado entre otros por los supuestos siguientes: a) Inexistencia de motivación o motivación aparente, b) falta de motivación interna del razonamiento, c) deficiencias en la motivación externa: justificación de las premisas, d) motivación insuficiente, e) motivación sustancialmente incongruente y f) motivaciones cualificadas. En ese sentido, habrá motivación de las resoluciones judiciales siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y por sí misma la resolución judicial exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa. Quinto: Solución del caso concreto Esta Sala Suprema advierte, que la decisión adoptada por las instancias de mérito se ha ceñido a lo aportado, mostrado y debatido en el proceso, de manera que dicho fallo no puede ser cuestionado por ausencia o defecto en la motivación, en tanto se ha cumplido con analizar las pruebas ofrecidas y con precisar la norma que le permite asumir un criterio interpretativo en el que sustenta su ratio decidendi, aplicando el Principio de Primacía de la Realidad, determinando la existencia de un contrato de trabajo, analizando el despido

alegado y concluyendo que el cargo ostentado por la demandante no era de confianza; en consecuencia, un parecer o criterio distinto al que ha quedado establecido, no puede ser causal para cuestionar la motivación; asimismo, no se advierte la existencia de vicio alguno durante el trámite del proceso que atente contra las garantías procesales constitucionales. Por estas consideraciones, corresponde declarar infundado el recurso de casación interpuesto, al no haber infringido la instancia de mérito la causal denunciada.

Por estas consideraciones:

DECISIÓN

Declararon: INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada, GMC Engineering Solutions S.A.C., mediante escrito presentado el doce de agosto de dos mil dieciséis, que corre de fojas trescientos veintidós a trescientos veintiséis; en consecuencia, NO CASARON la Sentencia de Vista de fecha diecinueve de julio de dos mil dieciséis, que corre de fojas doscientos noventa y nueve a trescientos nueve; y ORDENARON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en el proceso seguido por la demandante, Silvia Karina Tunjar Celis, sobre reconocimiento de vínculo laboral y otros; interviniendo como ponente la señora jueza suprema De La Rosa Bedriñana; y los devolvieron. SS. DE LA ROSA BEDRIÑANA, YRIVARREN FALLAQUE, YAYA ZUMAETA, TORRES GAMARRA, MALCA GUAYLUPO

CASACIÓN LABORAL Nº 524–2018 LIMA

SUMILLA: El Juez puede fijar el monto indemnizatorio, bajo una valoración equitativa, en los casos donde exista una dificultad para acreditar el daño de acuerdo a lo previsto en el artículo 1332º del Código Civil. Lima, diez de diciembre de dos mil dieciocho.

Indemnización por daños y perjuicios.

VISTA

La causa número quinientos veinticuatro, guion dos mil dieciocho, guion LIMA, en audiencia pública de la fecha; y luego de verificada la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante, Santos Cecilio Yuyes Correa, mediante escrito presentado el diez de agosto de dos mil diecisiete, que corre de fojas doscientos ochenta y tres a doscientos ochenta y ocho, contra la Sentencia de Vista de fecha trece de julio de dos mil diecisiete, que corre de fojas doscientos setenta y dos a doscientos setenta y nueve, que revocó la Sentencia emitida en primera instancia de fecha veintinueve de agosto de dos mil catorce, que corre de fojas doscientos catorce a doscientos diecinueve, que declaró fundada en parte la demanda; y reformándola declararon infundada; en el proceso ordinario laboral seguido con la demandada, Petróleos del Perú S.A. – PETROPERÚ, sobre indemnización por daños y perjuicios.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El recurrente denuncia como causales de su recurso: i) Interpretación errónea del artículo 1321º del Código Civil. ii) Inaplicación del artículo 1985º del Código Civil. iii) Contravención al debido proceso, previsto en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú. iv) Inaplicación del artículo 1332º del Código Civil.

CONSIDERANDO

Primero: El recurso de casación cumple con los requisitos de forma contemplados en el artículo 57º de la Ley Nº 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley Nº 27021, necesarios para su admisibilidad; por lo que corresponde examinar si el recurso reúne los requisitos de fondo. Segundo: Sobre la causal que denuncia en el ítem i), debemos decir que la interpretación errónea es denominada por parte de la doctrina como "error normativo de apreciación por comprensión", se origina cuando, no obstante el órgano jurisdiccional ha elegido correctamente la norma aplicable al caso que analiza, le otorga un sentido, significado u orientación distinta a la admitida como apropiada o adecuada en un determinado sistema social en el cual la norma está vigentel ; en suma no es otra cosa que la equivocación o yerro en el proceso lógico realizado por el órgano jurisdiccional al desentrañar o dilucidar el sentido de un enunciado normativo, que en la mayoría de los casos, es producto de un desconocimiento o mal manejo de las reglas de hermenéutica jurídica. En el caso concreto, se verifica del análisis de la sentencia recurrida que el dispositivo legal invocado no ha sido aplicado, ni forma parte del sustento en la Sentencia de Vista; por lo tanto, no es factible denunciar respecto de él su interpretación errónea; por lo expuesto resulta improcedente. Tercero: Respecto a la causal invocada en el ítem ii), se debe señalar que cuando se denuncia la causal de inaplicación de una

norma de derecho material, se debe demostrar la pertinencia de la misma a la relación fáctica establecida en la Sentencia recurrida y cómo su aplicación modificaría el resultado del juzgamiento. En el caso concreto, la parte recurrente no ha expuesto el fundamento por el cuál la norma que invoca debió ser aplicada, máxime si la norma mencionada está referida a una responsabilidad civil extracontractual, lo cual no es objeto de controversia; en consecuencia, la propuesta contraviene lo previsto en el inciso c) del artículo 58º de la Ley Nº 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificada por el artículo 1º de la Ley Nº 27021, deviniendo en improcedente. Cuarto: Verificada la causal denunciada en el ítem iii), se advierte que el artículo 56º de la Ley Nº 26636, modificada por el artículo 1º de la Ley Nº 27021, señala taxativamente como causal del recurso de casación la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material; en ese sentido, al no estar contemplada la contravención al debido proceso como causal de casación en el artículo 56º de la norma procesal laboral antes citada, la propuesta deviene en improcedente. Quinto: Finalmente, respecto a la causal denunciada en el ítem iv), el recurrente cumple con señalar por qué debió aplicarse la norma que es denunciada al caso concreto; cumpliendo así con lo establecido en el inciso c) del artículo 58º de la Ley Nº 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificada por el artículo 1º de la Ley Nº 27021; deviniendo en procedente. Sexto: De la pretensión demandada Como se advierte del escrito de demanda, que corre de fojas seis a catorce, el actor pretende que la demandada cumpla con pagar la suma de noventa mil con 00/100 Soles (S/. 90,000.00) por concepto de indemnización por daños y perjuicios irrogados a su persona por padecimiento de la enfermedad ocupacional de neumoconiosis en primer estadio de evolución; más intereses legales, con costos y costas del proceso. Sétimo: Pronunciamiento de las instancias de mérito La Juez del Décimo Sétimo Juzgado Especializado de Trabajo de Trabajo Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia apelada de fecha veintinueve de agosto de dos mil catorce, que corre de fojas doscientos catorce a doscientos diecinueve, declaró fundada en parte la demanda; ordenando a la demandada que cumpla con pagar a favor del actor la suma de quince mil con 00/100 Soles (S/ 15,000.00) por concepto de daño moral, más intereses legales, con costas y costos del proceso, e infundado el pago de lucro cesante y daño emergente. Por su parte, el Colegiado Superior de la Segunda Sala Laboral de la referida Corte Superior, revocó la sentencia que declaró fundada en parte la demanda; y reformándola, declararon infundada, tras considerar que no se encuentra acreditado que el padecimiento de la enfermedad sea consecuencia del desarrollo de las labores realizadas por el actor. Octavo: La infracción normativa En el caso de autos, se ha declarado procedente el recurso por la causal de inaplicación del artículo 1332º del Código Civil, el cual establece lo siguiente: "Valoración del resarcimiento Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa". Noveno: Enfermedades ocupacionales dilucidadas en el presente proceso La enfermedad profesional puede definirse como todo aquel estado patológico, crónico o temporal, que afecta la salud física o mental del trabajador, cuyo origen se encuentra en la naturaleza de las labores realizadas por él o el medio donde desempeña dichas labores. En ese sentido, cuando se celebra un contrato de trabajo, verbal o escrito, se origina como obligación principal en relación al empleador el de pagar la remuneración correspondiente, y con respecto al trabajador el de efectuar la prestación personal de sus servicios; sin embargo, estas no son las únicas obligaciones que se originan en dicho contrato, sino también otras, como es el caso del deber de seguridad o protección que tiene el empleador frente a sus trabajadores, cuyo cumplimiento resulta trascendental, toda vez que previene los riesgos profesionales. Décimo: Si bien las medidas de seguridad e higiene laboral se encuentran contenidas mayormente en normas legales y

reglamentarias; ello no desvirtúa el carácter contractual del cual se encuentra revestido el deber de seguridad y salud en el trabajo, toda vez que estos se originan producto del contrato laboral o con ocasión de su ejecución; por lo tanto, siendo el empleador el responsable del control y la forma cómo se desempeñan las labores dentro del centro de trabajo, la responsabilidad que se le atañe es la responsabilidad civil contractual, la cual se encuentra regulada por el Título IX del Libro VI del Código Civil sobre "Inejecución de Obligaciones". Décimo Primero: La neumoconiosis (silicosis) es una enfermedad pulmonar producida por la inhalación de polvo del sílice y la consecuente deposición de residuos sólidos inorgánicos en los bronquios, los ganglios linfáticos y/o el parénquima pulmonar, con o sin disfunción respiratoria asociada; debiendo precisarse que el tipo, cantidad, tamaño y plasticidad de las partículas inhaladas, así como la duración de la exposición y la resistencia individual determinan el tipo de sintomatología, así como el curso de la enfermedad. El trastorno más frecuente de la dolencia es la alteración respiratoria producida por la formación permanente de tejido cicatricial en los pulmones, el mismo que provoca la pérdida de su elasticidad, requiriendo un mayor esfuerzo para respirar. Décimo Segundo: La Responsabilidad Civil en las enfermedades ocupacionales Resulta pertinente señalar que, para la determinación de la existencia de responsabilidad civil, deben concurrir necesariamente los siguientes requisitos: a) Daño; b) el dolo o culpa, salvo en los casos de responsabilidad objetiva y c) La relación de causalidad entre el hecho y el daño producido. Décimo Tercero: El daño indemnizable alcanza a toda lesión sufrida contra un interés jurídicamente protegido, se trate de un derecho patrimonial o extra patrimonial. El daño patrimonial, es todo menoscabo en los derechos patrimoniales de la persona; mientras que el daño extra patrimonial, se encuentra referido a las lesiones a los derechos no patrimoniales, dentro de los cuales se encuentran los sentimientos, considerados socialmente dignos o legítimos, y por ende, merecedores de tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral, el cual es concebido como un daño no patrimonial inferido sobre los derechos de la personalidad o en valores, que pertenecen más al ámbito afectivo que al fáctico y económico; en tal sentido, el daño moral abarca todo menoscabo proveniente del incumplimiento de cualquier obligación que se pueda valorar en función de su gravedad objetiva. Asimismo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a sus proyectos de vida, originan supuestos de daños extra patrimoniales, por tratarse de intereses tutelados reconocidos como derechos no patrimoniales. Décimo Cuarto: En los casos de enfermedades profesionales la responsabilidad contractual comprende tanto el daño patrimonial: daño emergente y lucro cesante; así como extra patrimonial plasmado en el daño moral. Décimo Quinto: El nexo causal viene a ser la relación de causa – efecto existente entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima, pues, de no existir tal vinculación, dicho comportamiento no generaría una obligación legal de indemnizar. En el ámbito laboral, la relación causal exige, en primer lugar, la existencia del vínculo laboral; y, en segundo lugar, que la enfermedad profesional se produzca como consecuencia de la ejecución del trabajo realizado en mérito a ese vínculo laboral. Para que exista nexo causal, es necesario que se pueda afirmar que el estado patológico del trabajador es una consecuencia necesaria de las circunstancias ambientales en que laboró; sin embargo, si se tratara de enfermedades no relacionadas con el trabajo no existiría posibilidad de reclamar indemnización alguna al empleador. Décimo Sexto: Por otro lado, conforme a lo acordado en el I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral, celebrado los días cuatro y catorce de mayo de dos mil doce, que en el literal c) del Tema Nº 02, acordó lo siguiente: "Que el trabajador debe cumplir con probar la existencia de la enfermedad profesional, y el empleador, el cumplimiento de sus obligaciones legales, laborales y convencionales". Décimo Sétimo: Pronunciamiento sobre el caso concreto

En el caso de autos, se encuentra acreditado que el recurrente prestó servicios en el área de manteamiento como tubero soldador, desde el dos de noviembre de mil novecientos sesenta y siete, tal como se menciona en el certificado de trabajo, que corre en fojas tres; expuesto durante ese tiempo a los riesgos de toxicidad, peligrosidad e insalubridad, por la inhalación del polvo mineralizado, lo cual devino en el padecimiento de neumoconiosis; enfermedad que se encuentra acreditada con el Informe de Evaluación Médica de Incapacidad emitido por la Comisión Médica, que corre en fojas cinco; así como Dictamen de Comisión Médica que corre en fojas cuatro, en la cual se diagnostica al demandante con Neumoconiosis I, con menoscabo del 64%. Décimo Octavo: En ese sentido, acreditado el daño en la persona del demandante, quien padece de una enfermedad ocupacional, corresponde amparar la indemnización por daños y perjuicios conforme a lo previsto en el artículo 1321º del Código Civil, toda vez que los mismos derivan del incumplimiento de las disposiciones legales y laborales por parte del empleador, al no haberse acreditado que la emplazada haya proporcionado al demandante los implementos necesarios para el desempeño de sus funciones, ni garantizado la seguridad dentro del lugar donde se prestaban los servicios, lo que conllevó al menoscabo no sólo de la salud del recurrente, sino de su dignidad como persona. Décimo Noveno: La empresa demandante en su calidad de empleadora y de acuerdo a las actividades específicas al rubro a que se dedica, debió tener en cuenta las normas de seguridad, no habiendo acreditado con documento idóneo durante el proceso, su cumplimiento frente al trabajador, por lo que éste al haber adquirido la enfermedad de neumoconiosis como consecuencia de sus actividades laborales, es evidente que el demandado ha incurrido en culpa inexcusable, siendo de aplicación el artículo 1319º del Código Civil que prescribe: "Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación", por lo que corresponde indemnizar al demandante. Vigésimo: Sin bien el juez de primera instancia, ampara el daño moral, desestima el lucro cesante y daño emergente soslayando que el artículo 1332º del Código Civil dispone "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa" motivo por el cual corresponde ordenar el pago de la indemnización respecto al daño emergente y lucro cesante. Vigésimo Primero: Ahora bien, teniendo en cuenta que no resulta posible la estimación económica exacta de los daños señalados en el párrafo precedente, este Colegiado Supremo considera que el monto a pagar por los conceptos de lucro cesante, daño emergente es de treinta y cinco mil con 00/100 Soles (S/.35,000.00), que siendo el monto de quince mil con 00/100 Soles (S/.15,000.00) fijado por el juez por concepto de daño moral, hacen un total de cincuenta mil con 00/100 Soles (S/.50,000.00), lo cual no implica una decisión arbitraria o inmotivada, debido a que ha sido fijado de acuerdo a una valoración equitativa de conformidad a los parámetros establecidos del artículo 1332º del Código Civil. Por las consideracizzones expuestas:

FALLO:

Declararon: FUNDADO en parte el recurso de casación interpuesto por el demandante, Santos Cecilio Yuyes Correa, mediante escrito presentado el diez de agosto de dos mil diecisiete, que corre de fojas doscientos ochenta y tres a doscientos ochenta y ocho; en consecuencia, CASARON la Sentencia de Vista de fecha trece de julio de dos mil diecisiete, que corre en fojas doscientos setenta y dos a doscientos setenta y nueve; y actuando en sede de instancia: CONFIRMARON la Sentencia emitida en primera instancia de fecha veintinueve de agosto de dos mil catorce, que corre en fojas doscientos catorce a doscientos diecinueve, que ordena el pago de quince mil con 00/100 soles (S/ 15,000.00) como indemnización por concepto de daño moral; y revocaron el extremo que declara infundado el pago de lucro cesante y daño emergente; reformándola declararon fundado dicho extremo, fijando el monto de treinta y cinco mil con

00/100 Soles (S/ 35,000.00) por ambos conceptos; en consecuencia; ORDENARON el pago de cincuenta mil con 00/100 Soles (S/ 50,000.00) a favor del demandante por los conceptos puntualizados en la presente resolución; y DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido con la demandada, Petróleos del Perú S.A. – PETROPERÚ, sobre indemnización por daños y perjuicios; interviniendo como ponente la señora juez suprema, De La Rosa Bedriñana; y los devolvieron.

SS. ARÉVALO VELA,

DE LA ROSA BEDRIÑANA,

YRIVARREN FALLAQUE,

YAYA ZUMAETA,

MALCA GUAYLUPO

CASACIÓN LABORAL Nº 937–2017 LA LIBERTAD

SUMILLA: El derecho al debido proceso establecido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho y exige que las sentencias expliquen en forma suficiente las razones de su fallo, en plena concordancia con el inciso 5) del artículo 139º del citado texto constitucional.

Reposición por despido incausado.

Lima, cinco de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTA

La causa número novecientos treinta y siete guion dos mil diecisiete guiones LA LIBERTAD, en audiencia pública de la fecha; y producida la votación con arreglo a ley, se ha emitido la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la empresa demandada, HIDRANDINA S.A., mediante escrito presentado el cuatro de noviembre de dos mil catorce, que corre de fojas cuatrocientos cincuenta y nueve a cuatrocientos sesenta y uno, contra la Sentencia de Vista el doce de octubre de dos mil dieciséis, que corre de fojas cuatrocientos cuarenta y siete a cuatrocientos cincuenta y cinco, que confirmó la Sentencia apelada el tres de junio de dos mil quince, que corre de fojas doscientos setenta y ocho a doscientos noventa y seis, que declaró fundada en parte la demanda sobre reposición por despido incausado interpuesto por el demandante, Crisóstomo Marreros Sobrados.

CAUSAL DEL RECURSO

Por resolución de fecha dieciséis de julio de dos mil dieciocho, que corre de fojas setenta y ocho a ochenta y uno del cuaderno de casación, se declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto por la causal de infracción normativa del derecho al debido proceso previsto en el numeral 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú; correspondiendo emitir pronunciamiento de fondo sobre dicha causal.

CONSIDERANDO

Delimitación del objeto de pronunciamiento Primero: Conforme a la causal de casación denunciada, el análisis debe circunscribirse a determinar si se ha infringido o no el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, relacionado al debido proceso. De advertirse la infracción normativa de carácter procesal corresponderá a esta Sala Suprema declarar fundado el recurso de casación propuesto y la nulidad de la resolución recurrida, de conformidad con el artículo 39º de la Ley número 294971, Nueva Ley Procesal del Trabajo, con reenvío de la causa a la instancia de mérito pertinente; en sentido contrario, de no presentarse la afectación alegada por la parte recurrente, dicho recurso devendrá en infundado. Segundo: Apuntes previos sobre el recurso de casación 2.1. El Recurso de Casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme lo precisa el artículo 384º del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria según autorización contenida

en la Primera Disposición Complementaria de la Ley número 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. En materia de casación es factible el control de las decisiones jurisdiccionales, con el propósito de determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al proceso regular, teniendo en consideración que éste supone el cumplimiento de los principios y garantías que regulan al proceso como instrumento judicial, precaviendo sobre todo el ejercicio del derecho a la defensa de las partes en conflicto. 2.2. La labor casatoria es una función de cognición especial, sobre vicios en la resolución por infracciones normativas que inciden en la decisión judicial, ejerciendo como vigilantes el control de derecho, velando por su cumplimiento "y por su correcta aplicación a los casos litigiosos, a través de un poder independiente que cumple la función jurisdiccional"2 , revisando si los casos particulares que acceden a casación se resuelven de acuerdo a la normatividad jurídica, correspondiendo a los Jueces de casación custodiar que los Jueces encargados de impartir justicia en el asunto concreto respeten el derecho objetivo en la solución de los conflictos. Así también, habiéndose acogido entre los fines de la casación la función nomofiláctica, ésta no abre la posibilidad de acceder a una tercera instancia ni se orienta a verificar un reexamen del conflicto ni la obtención de un tercer pronunciamiento por otro Tribunal sobre el mismo petitorio y proceso, siendo más bien un Recurso singular que permite acceder a una Corte de Casación para el cumplimiento de determinados fines, como la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República. 2.3. Por causal de casación ha de entenderse al motivo que la ley establece para la procedencia del recurso, debiendo sustentarse en aquellas previamente señaladas en la ley, pudiendo interponerse por apartamiento inmotivado del precedente judicial, por infracción de la ley o por quebrantamiento de la forma. Se consideran motivos de casación por infracción de la ley, la violación en el fallo de leyes que debieron aplicarse al caso, así como la falta de congruencia de lo decidido con las pretensiones formuladas por las partes y la falta de competencia. Los motivos por quebrantamiento de la forma aluden a infracciones en el proceso, en tal sentido, si bien todas las causales suponen una violación de la ley, asimismo, éstas pueden darse en la forma o en el fondo. 2.4. La infracción normativa en el Recurso de Casación ha sido definida por el Supremo Tribunal en los siguientes términos: "Que, la infracción normativa puede ser conceptualizada, como la afectación de las normas jurídicas en las que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan subsumidos en el mismo, las causales que anteriormente contemplaba el Código Procesal Civil en su artículo 386, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, pero además incluyen otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo". Respecto a la infracción procesal, cabe anotar que ésta se configura cuando en el desarrollo de la causa no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han soslayado o alterado actos del procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano judicial deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en evidente quebrantamiento de la normatividad vigente y de los principios procesales. Antecedentes judiciales Tercero: A fi n de establecer si en el caso de autos se ha incurrido o no en la infracción normativa reseñada precedentemente, es pertinente realizar las siguientes precisiones fácticas sobre el proceso, para cuyo efecto se puntualiza un resumen de la controversia suscitada, así como de la decisión a las que han arribado las instancias de mérito. a) Pretensión demandada: Se verifica del escrito de demanda de fecha dieciocho de febrero de dos mil catorce que corre de fojas cuatro a quince que el actor solicitó que se declare la existencia de una relación laboral con la demandada, Empresa

Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio (HIDRANDINA S.A.) por desnaturalización del contrato de tercerización de sus adendas y del contrato de intermediación laboral suscritos por la demandada con diferentes empresas intermediadoras, ordenándose su reposición en su puesto de trabajo al haber incurrido la empresa principal en un despido incausado, con el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios consistente en lucro cesante, más los intereses legales, con costas y costos de proceso. b) Sentencia de primera instancia: Mediante Sentencia de fecha tres de junio de dos mil quince que corre de fojas doscientos setenta y ocho a doscientos noventa y seis el juez del Cuarto Juzgado Transitorio Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, declaró fundada en parte la demanda declarando la desnaturalización de los contratos de tercerización así como de las adendas celebrados entre las codemandadas y la existencia de una relación contractual de naturaleza laboral desde el dieciséis de mayo de dos mil doce al tres de febrero de dos mil catorce, ordenando la reposición del actor en su puesto de trabajo que venía ocupando al momento del cese. c) Sentencia de segunda instancia: Por su parte el Colegiado de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de la Libertad a través de la Sentencia de Vista de fecha doce de octubre de dos mil dieciséis que corre de fojas cuatrocientos cuarenta y siete a cuatrocientos cincuenta y cinco revocó la resolución que admitió como medio probatorio de oficio la constancia de actuación inspectiva; reformándola declararon no admitir dicho documento y confirmaron la sentencia apelada en cuanto declaró fundada en parte la demanda presentada, infundadas las tachas planteadas contra el acta de constatación policial y el acta de despido arbitrario deducidas por la demandada HIDRANDINA S.A., declarando además la nulidad del confesorio de apelación en cuanto a los agravios de reconocimiento de nivel remunerativo, retención del impuesto a la renta, aportes AFP y monto a pagar. La infracción normativa Cuarto: La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Sobre los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56º de la Ley número 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley número 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de normas de derecho material, además de otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo. Infracción del derecho constitucional al debido proceso Quinto: Conforme a la causal de casación declarada procedente en el auto calificatorio del recurso, la presente resolución debe circunscribirse a determinar si la instancia de revisión ha incurrido en vulneración del derecho al debido proceso previsto en el numeral 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, norma que establece lo siguiente: "Artículo 139º.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. [...] Sexto: Respecto a la infracción normativa del numeral 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, debemos aceptar enunciativamente que entre los distintos elementos integrantes al derecho del debido proceso, están necesariamente comprendidos los siguientes: a) Derecho a un juez predeterminado por la ley (juez natural); b) Derecho a un juez independiente e imparcial; c) Derecho a la defensa y patrocinio por un abogado; d) Derecho a la prueba; e) Derecho a una resolución debidamente motivada; f) Derecho a la impugnación; g) Derecho a la instancia plural; h) Derecho a no revivir procesos

fenecidos. Debemos precisar, que en el caso sub examine no se ha cuestionado la razonabilidad ni la proporcionalidad de la decisión adoptada por los magistrados, por lo que, no corresponde emitir pronunciamiento respecto al debido proceso desde su perspectiva sustantiva o material. Séptimo: El Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente Nº 4907-2005-HC/TC de fecha ocho de agosto de dos mil cinco, en sus fundamentos dos, tres y cuatro ha expresado lo siguiente respecto al debido proceso: "[...] 2. El artículo 139 de la Norma Suprema establece los principios y derechos de la función jurisdiccional. El inciso 3 garantiza la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. 3. En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no solo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad investigatoria realizada por el órgano jurisdiccional. De esta forma, el debido proceso no solo es un derecho de connotación procesal que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional. 4. El artículo 4 del Código Procesal Constitucional, recogiendo lo previsto en los instrumentos internacionales, consagra el derecho al debido proceso como atributo integrante de la tutela procesal efectiva, que se define como aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan este y otros derechos procesales de igual significación [...]". [Énfasis propio] Octavo: Respecto al derecho a una resolución debidamente motivada, el cual se encuentra reconocido en el inciso 5) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, corresponde precisar que la necesidad de motivar las resoluciones judiciales, y de hacerlo de manera razonable y ajustada a las pretensiones formuladas en el proceso, forma parte de los requisitos que permiten la observancia en un proceso concreto del derecho a la tutela judicial efectiva. Al respecto, Aníbal QUIROGA sostiene que: "(...) para que se considere cumplido el requisito de la motivación, es necesario que se lleve a cabo la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explicito que este responde a una determinada interpretación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos". Asimismo, el Tribunal Constitucional nacional en la Sentencia de fecha trece de octubre de dos mil ocho, al resolver el expediente número 00728-2008-HC, respecto a la debida motivación de las resoluciones judiciales, sexto fundamento, ha expresado lo siguiente: "(...) Ya en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N° 1480-2006-AA/TC. FJ 2) ha tenido la oportunidad de precisar que 'el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso'". Asimismo, en el séptimo fundamento de la referida Sentencia ha señalado que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales queda delimitado, entre otros, por los supuestos siguientes: a) inexistencia de motivación o motivación aparente; b) falta de motivación interna del razonamiento; c) deficiencias en la motivación externa: justificación de las premisas; d) motivación insuficiente; e) motivación sustancialmente incongruente; y, f) motivaciones cualificadas. En ese sentido, habrá motivación de las resoluciones judiciales siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y por sí misma la resolución judicial exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa. Principio de congruencia y competencia del juez superior Noveno: Integrando la esfera de la debida motivación de las resoluciones judiciales, se haya

el principio de congruencia, cuya transgresión la constituye el llamado "vicio de incongruencia", que ha sido entendido como el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones o sus argumentos de defensa, pudiendo clasificarse en incongruencia omisiva (ex silentio), esto es cuando el órgano judicial no se pronuncia sobre alegaciones sustanciales formuladas oportunamente; la incongruencia por exceso (extra petitum), cuando el órgano jurisdiccional concede algo no planteado o se pronuncia sobre una alegación no expresada; y la incongruencia por error, en la que concurren ambos tipos de incongruencia, dado que en este caso el pronunciamiento judicial recae sobre un aspecto que es ajeno a lo planteado por la parte, dejando sin respuesta lo que fue formulado como pretensión o motivo de impugnación. Décimo: Que, adicionalmente a ello y enmarcado en el principio de congruencia, el artículo 370º del Código Procesal Civil, regula el alcance de la impugnación de la resolución recurrida así como determina los poderes del órgano superior para resolver de forma congruente la materia objeto del recurso, de manera que, el Colegiado Superior deberá resolver en función a los agravios, errores de hecho y derecho y sustento de la pretensión impugnatoria que haya expuesto el recurrente en su escrito de apelación, de lo contrario podría incurrir en los vicios de incongruencia clasificados en el considerando precedente. Fundamentos de la infracción normativa denunciada Décimo Primero: Sostiene la recurrente como sustento del pedido de nulidad de la Sentencia de Vista lo siguiente: i) el Colegiado solo ha declarado la nulidad del ofrecimiento de la prueba extemporánea de la constancia de actuación inspectiva, sin tener en consideración la apelación oralizada hecha en la Audiencia de Juzgamiento contra la admisión extemporánea del acta de verificación de despido; asimismo señala que no se ha analizado la nulidad planteada respecto a la admisión, en calidad de pruebas, de la constancia de actuación inspectiva y la carta de la empresa PROINSAC, si las mismas han sido consideradas por el juzgador como pruebas de oficio o extemporáneas; ii) la Sentencia de Vista ha declarado la nulidad del concesorio de apelación en el extremo de las pretensiones de retención del impuesto a la renta y aportes a la AFP, habiendo analizado solo el contenido de la demanda sin tener en consideración que esta pretensión fue postulada en el escrito de contestación a la demanda; iii) la resolución de vista ha confirmado el extremo de la indemnización por lucro cesante, sin dar mayor argumento o razonamiento que sustente su decisión, incurriendo en una motivación aparente; iv) la sentencia de primera instancia ha declarado la desnaturalización de la tercerización sin motivar realmente el sustento de cómo llega a dicha conclusión, habiendo citado medios probatorios documentales aportados por el demandante sin motivar o explicar el motivo que justifique la existencia de una desnaturalización; y v) la Sala Superior no ha explicado el motivo por el cual concluye en declarar fundado el supuesto despido invocado. Décimo Segundo: Expuestas las premisas precedentes, relativas a la infracción normativa denunciada y a lo manifestado por la recurrente, corresponde analizar los argumentos expuestos por la impugnante; en ese sentido, respecto a la denuncia descrita en el acápite i), debemos señalar que se verifica del Audiencia de Juzgamiento (minutos 18´50" y 19´35") que la juez de la causa admitió como medios probatorios extemporáneos el acta de verificación de despido arbitrario de fecha cuatro de marzo de dos mil catorce y la carta de fecha cinco de noviembre de dos mil once, presentados en dicho acto por el demandante; y respecto a la constancia de inspección inspectiva de fecha trece de mayo de dos mil trece, señaló que no calificaba como prueba extemporánea; sin embargo, procedió a su admisión sin expresar en que calidad era admitida, conforme se visualiza del minuto 19´22" de la Audiencia de Juzgamiento, decisión que -en dicho acto- fue impugnado y sustentado por el abogado de la demandada (minuto 19´45"), apelación que fue concedido por la juzgadora sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida, conforme se visualiza en el minuto 22´56" del

desarrollo de la audiencia. Décimo Tercero: Que, del examen de la Sentencia de Vista se verifica que el Colegiado al emitir pronunciamiento respecto a la apelación planteada por la demandada en la Audiencia de Juzgamiento ha procedido a revocar la resolución interlocutoria señalando que la constancia de actuación inspectiva de fecha trece de mayo de dos mil once que corre de fojas doscientos veinte, no califica como un ofrecimiento extraordinario de prueba para ser admitida como prueba de oficio a tenor del artículo 22º de la Nueva Ley Procesal del Trabajo; sin tener en consideración el Colegiado que la juez de la causa concedió el recurso de apelación respecto a la admisión de los medios probatorios extemporáneos consistentes en el acta de verificación de despido arbitrario de fecha cuatro de marzo de dos mil catorce así como de la carta de fecha cinco de noviembre de dos mil once; por lo tanto, el análisis de grado debió estar dirigido a analizar la viabilidad probatoria de estas instrumentales y no solo sobre la admisión de la prueba de oficio, cuestionamiento último, que si bien fue sustentado por el abogado de la demandada como un pedido de nulidad; empero, al haberlo formulado al momento de oralizar su recurso de apelación se entiende que el pedido planteado se dio dentro del contexto del recurso de apelación, razón por la que la validez de la citada prueba se deberá realizar en el marco del citado medio impugnatorio, más aún si tenemos en cuenta que el recurso de apelación contiene intrínsecamente el pedido de nulidad. Puntos sobre las cuales, no existe pronunciamiento alguno por parte del Colegiado Superior en la Sentencia de Vista. Décimo Cuarto: Que, de lo expuesto se verifica con suma claridad que el Colegiado Superior al revocar la resolución emitida en la Audiencia de Juzgamiento en el extremo que admite como medio probatorio de oficio la constancia de actuación de inspectiva, desestimando su incorporación al proceso, no ha dado respuesta a la totalidad de los agravios oportunamente invocados por la impugnante al momento de fundamentar la apelación en la Audiencia de Juzgamiento, conforme se verifica de la parte considerativa y resolutiva de la Sentencia de Vista, omitiendo de esta forma resolver la impugnación concedida por la juez de la causa, vulnerando de esta forma el principio de congruencia procesal, toda vez que como órgano superior, le correspondía dicha obligación, incurriendo de esta forma la resolución impugnada en motivación inexistencia o aparente, lo que trae como consecuencia la constatación de la infracción al derecho constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales y con ello el derecho al debido proceso, encontrándose la sentencia, en este extremo, inmersa en causal insalvable de invalidez al no contener los elementos mínimos necesarios para sostener una decisión formalmente válida, correspondiendo por tanto a la Sala Superior de mérito renovar dicho acto procesal por contravenir el numeral 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú; razones por las que el recurso en este extremo deviene en fundado. Décimo Quinto: En cuanto a la denuncia planteada en el acápite ii), debemos decir que la etapa de fijación de puntos controvertidos permite al juzgador delimitar las premisas de razonamiento sobre las que recaerá su pronunciamiento, admitiendo las pruebas que servirán directamente para probar tales hechos, precluyendo con ello la posibilidad de las partes del proceso de modificar el objeto litigioso delimitado. En el caso de autos según se verifica del Acta de Conciliación la juez de la causa fijó como puntos controvertidos la desnaturalización de los contratos de tercerización y/o intermediación laboral; se declare como incausado el despido del actor y su reposición en el puesto de trabajo; el pago de una indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante y el pago de intereses legales, con costas y costos del proceso, extremos sobre las cuales la juez de la causa ha emitido pronunciamiento expreso en la sentencia apelada; no advirtiéndose de los puntos señalados que se haya fijado como pretensión la retención del impuesto a la renta y a los aportes a la AFP; por lo tanto, al no haberse consignado como pretensión a ser dilucidado la pretensión alegada por la demandada, el órgano judicial de primera instancia

ni la instancia de revisión se encontraban obligados a emitir pronunciamiento respecto a este derecho; en consecuencia, este extremo de la causal bajo análisis resulta infundado. Décimo Sexto: Respecto a lo señalado en el acápite iii), de la simple lectura del considerando décimo tercero de la Sentencia de Vista, se aprecia que la Sala Superior no ha desarrollado argumento alguno en relación a la configuración del derecho del actor a la percepción de la indemnización por daños y perjuicios por concepto de lucro cesante, relevando su análisis en virtud a lo resuelto por la juez de primera instancia, situación que infringe el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, por lo que la causal en este extremo deviene en fundada. Décimo Séptimo: En cuanto a lo afirmado en el acápite iv), se advierte de la fundamentación contenida en el recurso que la recurrente pretende cuestionar el razonamiento expuesto por la juez de primera instancia respecto a la desnaturalización del contrato de tercerización suscrita por las codemandadas, olvidando que el recurso extraordinario de casación se interpone contra las sentencias y autos emitidos por las Salas Superiores con la finalidad de cuestionar la decisión asumida por esta instancia en un caso particular; en ese ese sentido, estando dirigido la motivación a cuestionar el criterio de la juez de primera instancia y no el razonamiento del Colegiado, corresponde declarar infundado este extremo impugnado. Décimo Octavo: Por último, respecto a la denuncia propuesta en el acápite v), se verifica del noveno considerando de la Sentencia de Vista que el Colegiado ha expuesto las justificaciones fácticas y jurídicas que lo llevaron a determinar el derecho del actor a la reposición demandada lo que evidencia una adecuada o suficiente motivación en la resolución judicial impugnada, situación que permite concluir que no se ha vulnerado el derecho al debido proceso, por lo que la causal invocada en este extremo deviene en infundada. Décimo Noveno: Teniendo en cuenta lo discernido en los considerandos décimo cuarto y décimo sexto, permite concluir que existe infracción normativa del numeral 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú; por lo que la causal respecto a estos extremos deviene en fundada, consecuencia, frente a la invalidez insubsanable y en aplicación de la facultad nulificante del juzgador prevista en el segundo párrafo del artículo 39º de la Ley número 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, corresponde a esta Sala Suprema declarar la nulidad de la Sentencia de Vista ordenando que el órgano de segunda instancia emita nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta los fundamentos expuestos en la presente ejecutoria. Por estas consideraciones:

FALLO:

Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada, HIDRANDINA S.A., mediante escrito presentado el cuatro de noviembre de dos mil catorce que corre de fojas cuatrocientos cincuenta y nueve a cuatrocientos sesenta y uno; en consecuencia, **NULA** la Sentencia de Vista de fecha doce de octubre de dos mil dieciséis que corre de fojas cuatrocientos cuarenta y siete a cuatrocientos cincuenta y cinco; **ORDENARON** que el Colegiado Superior emita nuevo pronunciamiento cumpliendo con fundamentar adecuadamente su decisión con arreglo a ley, y observando las consideraciones que se desprenden de este pronunciamiento; **DISPUSIERON** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme al artículo 41º de la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo; en el proceso ordinario laboral seguido por el demandante, Crisostomo Marreros Sobrados sobre reposición por despido incausado; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Yaya Zumaeta; y los devolvieron.

SS.

DE LA ROSA BEDRIÑANA,
YRIVARREN FALLAQUE,
YAYA ZUMAETA,
TORRES GAMARRA,
MALCA GUAYLUPO

CASACIÓN LABORAL Nº 1181-2018 LIMA

Sumilla: La búsqueda de un parecer o criterio distinto al que ha quedado establecido en la instancia superior de mérito, no puede ser causal para cuestionar la motivación o el debido proceso. Por otra parte, está acreditada la relación laboral ininterrumpida entre las partes por el periodo reclamado, por lo que corresponde los beneficios sociales reclamados; no obstante, dada la condición del actor como jubilado desde el uno de noviembre de mil novecientos noventa y siete, y más aún al tener la edad de ochenta y un años cumplidos al momento del término de la relación laboral, se tiene que no se ha configurado un despido arbitrario, toda vez que la condición de jubilado constituye en sí una causal de extinción del contrato de trabajo, de conformidad con el literal f) del artículo 16º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR.

Indemnización por despido arbitrario y otro.

Lima, doce de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTA

La causa número mil cientos ochenta y uno, guion dos mil dieciocho, guion LIMA, en audiencia pública de la fecha, con el voto ponente del señor juez supremo Malca Guaylupo, con la adhesión de los señores jueces supremos Yrivarren Fallaque y Torres Gamarra; y con el voto en singular de la señora jueza suprema Torres Vega, con la adhesión de la señora jueza suprema Rodríguez Chávez; se emite la siguiente Sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada, Junta de Propietarios del Edificio Diplomat, mediante escrito presentado el cuatro de octubre de dos mil diecisiete, que corre de fojas doscientos cincuenta y dos a doscientos sesenta y uno, contra la Sentencia de Vista de fecha catorce de septiembre de dos mil diecisiete, que corre de fojas ciento ochenta y uno a ciento noventa y ocho, que confirmó la sentencia apelada de fecha doce de septiembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas ciento treinta y dos a ciento cuarenta y cinco, que declaró fundada la demanda y modificó la suma ordenada a pagar a favor del actor; en el proceso seguido por el demandante, Priscilo Fulgencio Montes Moreno, sobre indemnización por despido arbitrario y otro.

CAUSALES DEL RECURSO

El recurso de casación interpuesto por el demandado se declaró procedente mediante resolución de fecha cinco de octubre de dos mil dieciocho, que corre de fojas ciento setenta y dos a ciento setenta y seis del cuaderno formado, por las siguientes causales: i) Infracción normativa del inciso 5) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú. ii) Infracción normativa del literal f) del artículo 16º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR. Corresponde a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento al respecto.

CONSIDERANDO

Antecedentes judiciales Primero: A fi n de establecer si en el caso de autos se ha incurrido o no en las infracciones normativas indicadas precedentemente, contenidas en un Auto Calificatorio consentido, es pertinente realizar las siguientes precisiones fácticas sobre el proceso, para cuyo efecto se puntualiza un resumen de la controversia suscitada, así como de la decisión a las que han arribado las instancias de grado. 1.1.- Pretensión: Se aprecia de la demanda que corre de fojas dieciséis a veintiuno, que el actor pretende el pago de la suma total de cincuenta y un mil noventa y tres con 40/100 soles (S/ 51,093.40) por los conceptos de vacaciones no gozadas, gratificaciones, Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), e indemnización por despido arbitrario. 1.2.- Sentencia de primera instancia: El Décimo Octavo Juzgado Especializado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha doce de septiembre de dos mil dieciséis, declaró fundada la demanda reconociendo la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado desde el uno de abril de mil novecientos sesenta y cuatro hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil quince, y ordenando el pago de los conceptos de indemnización por despido arbitrario, gratificaciones, vacaciones y Compensación por Tiempo de Servicios. Consideró que el hecho que el actor perciba la pensión de jubilación no se contrapone a la percepción de la remuneración, conforme al artículo 45º del Decreto Ley número 19990; en ese sentido, consideró que está acreditada la existencia de los elementos del contrato de trabajo y que existió un despido arbitrario ya que no se cumplió con el procedimiento de despido. 1.3.- Sentencia de segunda instancia: La Octava Sala Laboral Permanente de la misma Corte Superior de Justicia, mediante Sentencia de Vista de fecha catorce de septiembre de dos mil diecisiete, confirmó la sentencia apelada que declaró fundada la demanda y modificó la suma ordenada a pagar a favor del demandante. Consideró que la prestación personal por parte del actor para la demandada se ha dado de manera subordinada, lo que permite concluir que entre las partes existió una relación contractual de naturaleza laboral; siendo que el actor fue objeto de un despido arbitrario, pues se dio por concluido el vínculo laboral sin observar el debido proceso. Infracción normativa Segundo: La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Sobre los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56º de la Ley número 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley número 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de normas de derecho material, además de otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo. Sobre la infracción normativa del inciso 5) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú Tercero: Tal disposición establece lo siguiente: "Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan". Cuarto: Respecto al derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales, elemento integrante del derecho al debido proceso, el Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha trece de octubre de dos mil ocho, al resolver el Expediente número 00728-2008-HC, sexto fundamento, ha expresado lo siguiente: "(...) Ya en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N° 1480-2006-AA/TC. FJ 2) ha tenido la oportunidad de precisar que "el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente

acreditados en el trámite del proceso". Asimismo, el séptimo fundamento de la referida Sentencia ha señalado que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales queda delimitado, entre otros, por los supuestos siguientes: a) Inexistencia de motivación o motivación aparente; b) Falta de motivación interna del razonamiento; c) Deficiencias en la motivación externa: justificación de las premisas; d) Motivación insuficiente; e) Motivación sustancialmente incongruente; y, f) Motivaciones cualificadas. Quinto: En ese sentido, habrá motivación de las resoluciones judiciales siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y por sí misma la resolución judicial exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa. Solución al caso concreto Sexto: De la revisión del recurso de casación que corre de fojas doscientos cincuenta y dos a doscientos sesenta y uno, se aprecia que la recurrente señala que el Colegiado Superior vulneró el principio de congruencia procesal, contenido en el deber de motivación de las resoluciones judiciales, al haber expresado que se debe abonar a favor del actor la suma de ciento dos mil setecientos sesenta y dos con 00/100 soles (S/ 102,762.00), y no la suma de cincuenta y un mil noventa y tres con 40/100 soles (S/ 51,093.40), que es la petición voluntaria del demandante; es decir, el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegado por las partes. Al respecto, debemos indicar que en el considerando trigésimo sexto de la Sentencia de Vista de fecha catorce de septiembre de dos mil diecisiete1 , el Colegiado Superior menciona que: "Con respecto al agravio sobre la aplicación arbitraria de la facultad ultra petita, expuesto por la parte apelante, debemos tener presente que esta fi gura se encuentra regulada en el artículo 31º de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley Nº 29497, en la cual faculta al juez para que disponga el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere el error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables [...]", y por ello luego concluye que con lo mencionado queda determinada la regulación de dicha previsión por la norma procesal. Séptimo: Siendo así, se verifica que la decisión del Colegiado Superior cuenta con argumentos de derecho, encontrándose motivada, por lo que la Sentencia impugnada no ha lesionado el contenido esencial de la garantía constitucional del debido proceso ni el principio de congruencia procesal; en ese sentido, la búsqueda de un parecer o criterio distinto al que ha quedado establecido en la instancia superior de mérito, no puede ser causal para cuestionar la motivación o el debido proceso, sin que tampoco se advierta la existencia de vicio alguno durante el trámite del expediente que atente contra las garantías procesales y constitucionales; por ello, la causal denunciada deviene en infundada. Sobre la infracción normativa del literal f) del artículo 16º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR Octavo: La disposición en mención regula lo siguiente: "Artículo 16.- Son causas de extinción del contrato de trabajo: [...] f) La jubilación; [...]". Es importante traer a colación para la resolución de la causal bajo examen lo dispuesto por el último párrafo del artículo 21º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR: "Artículo 21.- [...] La jubilación es obligatoria y automática en caso que el trabajador cumpla setenta años de edad, salvo pacto en contrario." Delimitación del objeto de pronunciamiento Noveno: Se verifica del recurso de casación, específicamente de los fundamentos que sustentan la causal bajo examen, que el análisis debe circunscribirse a determinar si el Colegiado Superior incurrió o no en la infracción normativa del literal f) del artículo 16º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, en el sentido que si posterior al treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y siete existió una relación laboral entre las partes, y si se configuró un despido arbitrario. Alcances sobre la extinción del contrato de trabajo Décimo: Por

extinción del contrato de trabajo, debe entenderse a aquella situación en la cual se pone término a la relación laboral, ya sea por causas provenientes de la voluntad de ambos contratantes, por decisión unilateral de uno solo de ellos (voluntaria) o por causas completamente ajenas a dicha voluntad (involuntaria). En ese sentido, el artículo 16º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo número 003-97-TR, contempla como causales para poner término a la relación laboral, las siguientes: a) El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural; b) La renuncia o retiro voluntario del trabajador; c) La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad; d) El mutuo disenso entre trabajador y empleador; e) La invalidez absoluta permanente; f) La jubilación; g) El despido, en los casos y forma permitidos por la ley; y h) La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y formas permitidos por la presente Ley. Décimo Primero: La jubilación entendida como motivo o causa justa para dar término al vínculo laboral, se configura cuando el trabajador sea del sector privado o público, según el caso, cumple con los requisitos establecidos en la ley para tener derecho a una pensión, pudiendo ser facultativa u obligatoria; en el primer caso, se presenta cuando el trabajador, no obstante tener derecho a gozar de pensión de jubilación, decide continuar en actividad, criterio que es potestativo y responsable, pues es el trabajador quien decide a partir de qué momento debe retirarse de la actividad laboral; y en el segundo caso, la jubilación es obligatoria y automática, sin contar con la anuencia del trabajador. Solución al caso concreto Décimo Segundo: De la revisión de autos, se aprecia que la recurrente en el recurso de casación2 , respecto a los fundamentos que sustentan la causal bajo análisis, señala que los contratos de trabajo no son eternos, ya que en algún momento el vínculo entre el empleador y el trabajador se va a terminar o extinguir, siendo que la jubilación es una causa de extinción del contrato de trabajo; es decir, la jubilación es la fecha en la que a partir de la cual el trabajador deja de laborar y empieza a recibir una pensión por ese motivo. Décimo Tercero: Al respecto, debemos decir que la relación laboral entre las partes desde el uno de abril de mil novecientos sesenta y cuatro hasta el treinta y uno de diciembre del año dos mil quince, está acreditada con lo siguiente:–Manifestación de la parte demandada en la Audiencia de Juzgamiento, específicamente en el minuto treinta y cuatro segundo veintinueve (34:29), en el que reconoce que sí mantuvo un vínculo de naturaleza laboral con el demandante desde el uno de abril de mil novecientos sesenta y cuatro hasta el treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y siete.–Parte de Constatación Policial de fecha seis de enero de dos mil dieciséis3 , en la que se aprecia la manifestación de la presidenta de la Junta de Propietarios del Edificio Diplomat , Patricia Elinor Anderson Zapara, quien señaló que el actor ingresó a trabajar desde el uno de noviembre de mil novecientos noventa y siete hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil quince, con un horario de trabajo que fue de lunes a sábado de ocho de la mañana a doce del mediodía, y de una de la tarde a ocho de la noche; siendo que el motivo de su cese fue por la edad del actor.–Declaración similar a la del Parte de Constatación Policial mencionado, se aprecia en el Acta de Verificación de Despido Arbitrario de fecha dieciocho de enero de dos mil dieciséis, en el que la presidenta de la Junta de Propietarios del Edificio Diplomat, manifestó que el actor trabajó como portero de dicho edificio hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil quince. Décimo Cuarto: Por otro lado, se debe tener en cuenta que la condición de jubilado del actor también está acreditada, conforme se advierte del documento denominado Hoja de Liquidación D.L. 19990 que corre a fojas noventa y tres, en el que se aprecia que la fecha de cese es el treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y siete; además, dicha condición de jubilado se corrobora con las constancias de pago de pensión de

jubilación que corren de fojas noventa y cuatro a noventa y seis. Siendo así, cabe precisar que una persona que esté percibiendo la pensión de jubilación puede reincorporarse a la actividad laboral, y además puede percibir simultáneamente pensión y remuneración cuando la suma de estos conceptos no supere el cincuenta por ciento (50%) de la UIT vigente, conforme al segundo párrafo del artículo 45º del Decreto Ley número 19990; siendo que en el presente caso, la sumatoria de la remuneración que percibía el actor y la pensión de jubilación no superó el cincuenta por ciento (50%) de una UIT, lo cual no fue cuestionado por la parte demandada; por lo tanto, el demandante podía percibir dichos conceptos en forma simultánea. Décimo Quinto: De acuerdo a lo expuesto, se concluye que entre las partes existió una relación laboral ininterrumpida desde el uno de abril de mil novecientos sesenta y cuatro hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil quince, por consiguiente, le corresponde al demandante los beneficios sociales reclamados; no obstante, la causal bajo análisis debe declararse fundada, en el sentido que en el caso de autos, dada la condición del actor como jubilado desde el uno de noviembre de mil novecientos noventa y siete, y más aún al tener la edad de ochenta y un años cumplidos al momento del término de la relación laboral6 , no se ha configurado un despido arbitrario, toda vez que la condición de jubilado constituye en sí una causal de extinción del contrato de trabajo; en consecuencia, no corresponde que se ampare la pretensión de indemnización por despido arbitrario. Siendo así, causal de infracción normativa del literal f) del artículo 16º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR deviene en fundada. Por estas consideraciones y de conformidad con lo establecido además por el artículo 41º de la Ley número 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo,

FALLO

Declararon **FUNDADO EN PARTE** el recurso de casación interpuesto por la demandada, Junta de Propietarios del Edificio Diplomat, mediante escrito presentado el cuatro de octubre de dos mil diecisiete, que corre de fojas doscientos cincuenta y dos a doscientos sesenta y uno; en consecuencia, **CASARON** la Sentencia de Vista de fecha catorce de septiembre de dos mil diecisiete, que corre de fojas ciento ochenta y uno a ciento noventa y ocho, en el extremo que amparó la pretensión de indemnización por despido arbitrario, y **REFORMÁNDOLO** lo revocaron a **INFUNDADO;** dejando subsistente lo demás que contiene la sentencia recurrida; ORDENARON la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, conforme a ley; en el proceso seguido por el demandante, Priscilo Fulgencio Montes Moreno, sobre indemnización por despido arbitrario y otro; interviniendo como ponente el señor juez supremo Malca Guaylupo; y los devolvieron.

SS.

YRIVARREN FALLAQUE,

TORRES VEGA,

RODRÍGUEZ CHÁVEZ,

TORRES GAMARRA,

MALCA GUAYLUPO

EL VOTO EN SINGULAR DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA TORRES VEGA, CON LA ADHESIÓN DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA RODRÍGUEZ CHÁVEZ, ES COMO SIGUE:

Primero: Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada, Junta de Propietarios del Edificio Diplomat, mediante escrito presentado el cuatro de octubre de dos mil diecisiete, que corre de fojas doscientos cincuenta y dos a doscientos sesenta y uno, contra la Sentencia de Vista de fecha catorce de septiembre de dos mil diecisiete, que corre de fojas ciento ochenta y uno a ciento noventa y ocho, que confirmó la sentencia apelada de fecha doce de septiembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas ciento treinta y dos a ciento cuarenta y cinco, que declaró fundada la

demanda y modificó la suma ordenada a pagar a favor del actor; en el proceso seguido por el demandante, Priscilo Fulgencio Montes Moreno, sobre indemnización por despido arbitrario y otro. Segundo: Por compartir la conclusión contenida en el voto del señor juez Supremo Malca Guaylupo, nos ADHERIMOS al mismo, puntualizando además lo siguiente: La relación laboral no encuentra su origen necesariamente en un contrato de trabajo escrito, en el cual las partes hubieren consensuado cada una de las obligaciones asumidas con motivo de su celebración, sino que por el contrario, teniendo en cuenta la naturaleza de este tipo de relaciones y lo establecido por el legislador en el artículo 4º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, es pacífico considerar que el contrato de trabajo es uno de naturaleza consensual, el cual se configura con el mero consentimiento de las partes, en donde una de ellas se obliga a prestar servicios bajo las directivas y fiscalización de su contraparte dentro de los parámetros del ordenamiento jurídico, en tanto que esta se compromete a la retribución de los servicios prestados y cumplimiento de la normatividad que regula este tipo de relaciones jurídicas; vale decir, que la consensualidad es una característica de los contratos de trabajo. Asimismo, cabe precisar que otra de las características del contrato de trabajo es que es de tracto sucesivo, es decir, que se desarrolla día a día, lógicamente con el previo consentimiento de las partes. En ese sentido, habiéndose dilucidado por este Colegiado Supremo que entre las partes del presente proceso existió un vínculo laboral ininterrumpido, desde el uno de abril de mil novecientos sesenta y cuatro hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil quince, es pertinente precisar que lo que primó en la relación laboral correspondiente al periodo que comprende desde el uno de noviembre de mil novecientos noventa y siete hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil quince, es el acuerdo o consenso entre las partes respecto a la continuación del vínculo laboral; acuerdo que por decisión de una de las partes, en este caso el empleador, se extinguió válidamente por haber continuado la vigencia del mismo en forma consensual, sustentada en la voluntad del empleador por cuanto la normativa jurídica permite el término de la relación laboral, siendo así resulta acorde a derecho que el contrato termine por la edad avanzada del demandante, conforme se acredita con lo declarado por la presidenta de la Junta de Propietarios del Edificio Diplomat en el Parte de Constatación Policial de fecha seis de enero de dos mil dieciséis, que corre a fojas ocho. Por lo tanto, la relación laboral entre las partes terminó por la falta de consenso de una de ellas, en este caso, por la decisión del empleador de no continuar con el tracto sucesivo del contrato de trabajo por el motivo de la edad avanzada del actor, quien estaba en condición de jubilado; por consiguiente, en el caso de autos no corresponde amparar la pretensión de indemnización por despido arbitrario toda vez que no se ha configurado dicho tipo de despido.

SS.

TORRES VEGA,

RODRÍGUEZ CHÁVEZ.

CASACIÓN LABORAL Nº 1218-2017 LIMA

SUMILLA: El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Además, el pronunciamiento debe guardar relación lógica con lo expuesto por las partes del proceso, en aplicación del principio de congruencia procesal.

Despido fraudulento.

Lima, cuatro de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTA

La causa número mil doscientos dieciocho, guion dos mil diecisiete, guion LIMA; en audiencia pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la parte demandada, Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), mediante escrito presentado el treinta de junio de dos mil dieciséis, que corre en fojas cuatrocientos veintiocho a cuatrocientos treinta y ocho, contra la Sentencia de Vista de fecha veinticinco de mayo de dos mil dieciséis, que corre en fojas cuatrocientos nueve a cuatrocientos veinticinco, que confirmó la Sentencia apelada de fecha dieciséis de setiembre de dos mil catorce, que corre en fojas doscientos tres a doscientos doce, que declaró fundada la demanda; en el proceso seguido por el demandante, Jesús Gerardo Morales Juárez, sobre despido fraudulento.

CAUSAL DEL RECURSO

Por resolución de fecha trece de julio de dos mil dieciocho, que corre en fojas noventa y dos a noventa y cinco, se declaró procedente el recurso interpuesto por la demandada, por la siguiente causal: infracción normativa del inciso 5) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú. Correspondiendo a este Colegiado Supremo emitir pronunciamiento al respecto.

CONSIDERANDO

Primero: Antecedentes del Caso a) Pretensión: Se aprecia en la demanda, que corre en fojas ochenta y uno a ciento siete, modificada en fojas ciento diecisiete a ciento dieciocho, el actor pretende, como pretensión única principal, su reposición al puesto laboral, al haber sido objeto de un despido fraudulento. b) Sentencia de Primera Instancia: El juez del Décimo Segundo Juzgado de Trabajo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima mediante Sentencia, que corre en fojas doscientos tres a doscientos doce, declaró fundada la demanda. Sostuvo que el despido imputado al actor mediante Carta Nº C.70-GG/2014, de fecha veintinueve de enero de dos mil catorce, deviene en fraudulento, puesto que las faltas imputadas no se hace mención expresa de la fecha en que supuestamente se habrían producido, realizándose una mención genérica que vendría dándose hace mucho tiempo atrás; asimismo, las declaraciones resultan imprecisas y no están avaladas por ningún medio probatorio más que el dicho del actor. Entre otros argumentos, refirió que no se acredita de manera cierta la falta imputada al demandante, pues, quien habría remitido el mensaje de texto

sería una tercera persona solicitando la marcación y no así el demandante, resultando fraudulenta y engañosa la falta imputada, más aún si la imagen del mensaje de texto sobre la cual se decide despedir al demandante, no ha logrado acreditarse que corresponda, realmente, a la señorita Díaz, ni que los mismos hayan sido recepcionados o que hayan sido enviados por la señora Nathalie Bulnes. Concluye alegando que la parte demandada recurrió a la fabricación de pruebas e imputación de hechos totalmente falsos e imaginarios. c) Sentencia de Vista: El Colegiado Superior de la Primera Sala Laboral Transitoria de la Corte Superior antes mencionada, mediante Sentencia de Vista que corre en fojas cuatrocientos nueve a cuatrocientos veinticinco, confirmó la Sentencia apelada que declaró fundada la demanda. Como argumentos, refirió que los mensajes de texto capturados y copiados no han sido consignados en la carta de pre aviso de despido, razón por la cual se habría incurrido en una vulneración al derecho de defensa y contradicción que le asiste al trabajador al privársele de la posibilidad de su verificación para que, en base a ello, ejercite de manera adecuada su derecho de defensa y de aportación de nuevas pruebas o alegación de nuevos hechos. Consideró, también que no se ha realizado la verificación ni del contenido, ni de la remisión y recepción de los mensajes, lo que demuestra un ejercicio arbitrario de la facultad sancionadora, puesto que dichos mensajes por si solos no acreditarían la comisión de un acto irregular, pues, para su validación se requiere la verificación a efectos de corroborar si fue la trabajadora Nathalie Bulnes quien envió los mensajes solicitando que se registre su marcación o la del actor, si realmente se realizó por tercera persona su registro y si efectivamente, el actor autorizó dicha marcación, razón por la que no se genera convicción sobre la validez de los mensajes y resultando incierta la veracidad de su contenido, más aún si la acusación formulada es genérica y vaga, no contando con mayor acervo probatorio, ni haber efectuado la parte demandada ninguna actuación probatoria tendiente a sustentar sus alegaciones, por lo que, el actor ha sido objeto de un despido sin causa justificada, configurándose un despido fraudulento. Segundo: Infracción normativa La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma, las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56º de la Ley Nº 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley Nº 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación, incluyendo otros tipos de normas como son las de carácter adjetivo. Tercero: Sobre la infracción normativa de la causal declarada procedente Se encuentra referida al inciso 5) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, que establece: "5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan". Cuarto: El Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha trece de octubre de dos mil ocho, al resolver el Expediente Nº 00728-2008-PHC/TC, respecto de la debida motivación de las resoluciones judiciales, en su sexto fundamento ha expresado lo siguiente: "(...) Ya en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. Nº 1480-2006-AA/TC. FJ 2) ha tenido la oportunidad de precisar que "el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso". Asimismo, el sétimo fundamento de la referida Sentencia ha señalado que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

queda delimitado, entre otros, por los supuestos siguientes: a) inexistencia de motivación o motivación aparente, b) falta de motivación interna del razonamiento, c) deficiencias en la motivación externa: justificación de las premisas, d) motivación insuficiente, e) motivación sustancialmente incongruente y f) motivaciones cualificadas. Quinto: De lo anotado, se infiere que la congruencia que debe mediar entre la resolución o sentencia se encuentre referida a las acciones que ejercen las partes intervinientes y el objeto del petitorio, de modo que el pronunciamiento jurisdiccional debe referirse a estos elementos y no a otros. Esto significa que los fundamentos de hecho deben ser respetados, en el sentido que, además de servir de base a la pretensión, la limitan y en este aspecto el proceso se rige por el principio dispositivo; en cambio, en lo que se refiere a los fundamentos de derecho, el juez está ampliamente facultado para sustituirlos, en aplicación del principio "iura novit curia". Sexto: La Motivación de las Resoluciones Judiciales Al respecto, debe tenerse en cuenta que en todo Estado constitucional y democrático de derecho, la motivación debida de las decisiones constituye un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva, es así que el derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las partes que intervienen en el proceso. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y/o congruente constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, atentatoria de derechos. De otro lado, el derecho a la motivación de las resoluciones importa una exigencia en el sentido de que los fundamentos sustentados en la resolución deben ser objetivos y coherentes con la materia de pronunciamiento, quedando fuera de ella consideraciones de orden subjetivo o que no tienen ninguna relación con el objeto de resolución, de modo tal que una resolución puede devenir en arbitraria cuando no se encuentre motivada o se haya motivado de manera deficiente. De lo anotado se infiere que en un Estado Constitucional, las partes tiene el derecho de conocer e informarse acerca de las razones y argumentos que sirvieron de sustento para la emisión del fallo, más aún, si ven frustradas sus expectativas o, peor aún, si se perjudica la esfera del ejercicio de sus derechos fundamentales, así este derecho a ser informado, no solo se constituye en una cortesía del juzgador, sino un detalle con las partes, de modo tal que se trata de un derecho de rango constitucional. A partir de ello, el fundamento constitucional de la obligación de motivar impide que se ignore o sencillamente no se atienda a los argumentos esenciales de las partes, más aún, si son ellas las que traen el objeto del proceso y el marco de discusión dentro del mismo. Sétimo: Solución al caso concreto De los argumentos expresados en el recurso de casación, se advierte lo siguiente: • No se ha respondido a las alegaciones de las partes o se ha omitido pronunciarse sobre las mismas respecto de las pruebas que sustentan la invalidez o tacha de los testimonios o manifestaciones expresadas por los testigos, vigilantes y de dos de los practicantes de la Oficina Desconcentrada de Tumbes, alegaciones que fueron formuladas en el escrito de apelación contra la Sentencia de primera instancia. • No se ha pronunciado sobre las pruebas que determinaron que se "direccionó" por parte de OSIPTEL, el contenido del Informe Nº 001/AVP/ESSA/2013. • Afectación a la debida motivación al no haberse especificado cuales fueron los medios probatorios que sustentaron la decisión del Colegiado Superior para declarar la invalidez o tacha de los testimonios o manifestaciones expresadas por los testigos, ni cuales fueron las pruebas que determinaron que se habría direccionado el informe emitido por el agente de seguridad, supuestos que evidencian una desventaja respecto a su defensa como parte demandada en el proceso, pues, se han desestimado sus medios probatorios sin absolver el cuestionamiento formulado en la apelación. A decir de la parte recurrente dichos argumentos suponen la nulidad de la Sentencia recurrida. Octavo: Examinadas las consideraciones

expresadas por la parte recurrente, así como el estudio de los actuados este Supremo Tribunal ha advertido la existencia de incongruencias y vicios de motivación aparente que afectan el debido proceso, en su manifestación a obtener una decisión fundada y razonada, las mismas que a continuación se enuncian: a) El juez de Primera Instancia ha resuelto la controversia afirmando en el considerando dos puntos tres punto tres (2.3.3), en fojas doscientos siete, parte pertinente; no se encuentra acreditada "de manera cierta" la falta imputada al demandante, por lo que resultaría fraudulenta y engañosa, ni se encontraría acreditado que los mensajes corresponderían a la "Señorita Díaz", ni que los mismos hayan sido recepcionados por la "Sra. Nathalie Bulnes", conforme se desprende en fojas doscientos siete, parte pertinente. Asimismo, en fojas doscientos nueve, indica lo siguiente: "Analizando todo el conjunto, se llega a la conclusión que las falta imputadas al actor, no se le pueden atribuir, estando a que, como ha quedado demostrado, las imputaciones formuladas en su contra resultan ser engañosas y falsas, no resultado congruente imputarle al actor las faltas graves invocadas como causal de su despido, siendo que el día 23 de diciembre del 2013, en que supuestamente ocurrieron las faltas, el actor se encontraba gozando de vacaciones, asimismo no se le puede a tribuir las faltas imputadas estando a que fue la propia emplazada quien direccionó el contenido del informe elaborado por el vigilante Carlos Javier Martínez Ramírez. En atención a lo señalado precedentemente, se acredita que el demandante no tiene responsabilidad por las supuestas faltas graves, imputas en la carta de despido". Ahora bien, en fojas doscientos diez, parte pertinente, sostiene: "Conforme se desprende de la Carta de Despido, recibida por el actor el 30 de enero del 2014, su empleadora dio por concluido el contrato de trabajo de la parte demandante, atribuyéndole que, luego de una "exhaustiva y minuciosa investigación", han determinado que ha cometido la falta grave relacionada con su conducta tipificada en el inciso a) del artículo 25º del TUO del Decreto Legislativo Nº 728, lo cual constituye una causal de despido. No obstante, ello, como ha quedado demostrado, para tomar tal decisión, la demanda recurrió a la fabricación de pruebas e imputación de hechos totalmente falsos e imaginarios". Dichas circunstancias permiten esbozar las circunstancias de las que se ha valido el juez para estimar la existencia de un despido fraudulento. b) El Colegiado Superior refirió, a su vez, en el numeral vigésimo primero, lo siguiente: "En el presente caso, la demandada alega como causa la comisión de faltas graves; sin embargo, las pruebas que acreditarían su comisión han sido cuestionadas en este proceso y para acreditar su veracidad no desplegó actuación probatoria alguna, teniendo la posibilidad real de haber ofrecido las declaraciones testimoniales del personal que redactó dichos informes, sin embargo pretende indebidamente trasladar su carga probatoria, no solo al actor sino al órgano jurisdiccional, quien si bien tiene la potestad de disponer la actuación de una prueba de oficio, ello no implica obligación alguna y su omisión tampoco acarrea la nulidad de la sentencia, como así lo prevé el artículo 22º de la NLPT". c) De lo expresado por el juez de Primera Instancia y el Colegiado Superior, es preciso efectuar algunas precisiones en torno al despido fraudulento; a partir de ello, debemos considerar que el despido fraudulento es aquel producido por el empleador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, de manera que resulta contrario a la verdad y rectitud que debe existir en una relación laboral. Cabe precisar que en este supuesto puede cumplirse con la imputación de una causa que derive en la ruptura de la relación laboral; así como, cumplirse el procedimiento establecido por ley; no obstante, los hechos imputados son inexistentes, falsos o imaginarios; así también, puede producirse cuando se atribuya una falta no prevista legalmente, lo que supone una vulneración al principio de tipicidad, cuando se produzca la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad o mediante la fabricación de pruebas. d) A partir de las consideraciones expresadas en el fundamento que antecede, tenemos que no se ha cumplido con

merituar, debidamente, los hechos suscitados en el proceso, ni que estos tengan la calidad de "falsos, imaginarios e inexistentes", puesto que, las partes no han negado su existencia, sino, por el contrario, reconocen los mismos, supuesto que corresponde determinar al juez de Primera Instancia a efectos de dilucidar si los hechos configuran o no, un despido fraudulento. Asimismo, cabe determinar el grado de responsabilidad de los sujetos que intervienen en los hechos imputados, para así establecer si las faltas imputadas al demandante se encuentran acordes a ley y en el marco de razonabilidad y proporcionalidad, debiendo evaluarse el cargo que detenta el demandante, a fi n de establecer si el actor tiene responsabilidad alguna en los hechos imputados, pues, los argumentos expresados carecen de las razones suficientes para determinar la legalidad o no, de los hechos imputados y si los mismos, configuran o no, un despido fraudulento. e) De lo descrito, se infiere que corresponde al juez de Primera Instancia resolver la controversia, conforme a lo actuado en el proceso a fi n de exponer las razones suficientes que permitan "justificar" su decisión, evitando una disparidad e inconsistencia entre las partes y el proceso, con la finalidad de guardar una debida congruencia entre lo actuado y lo pretendido. Noveno: Las circunstancias antes descritas evidencian que se ha incurrido en una motivación aparente por parte de los órganos jurisdiccional infringiéndose el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, pues, no se advierte una adecuada argumentación respecto de la pretensión, hechos y pruebas aportadas al proceso, lo cual denota una clara infracción del derecho al debido proceso legal y congruencia procesal, las cuales garantizan que la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos, del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica. Dicha circunstancia reviste especial importancia si se tiene en cuenta que el debido proceso no se limita a una mera tramitación formal del proceso, sino lo que debe perseguirse es emitir una sentencia justa. Décimo: En atención a las omisiones advertidas se infiere que lo resuelto por el juez de Primera Instancia y el Colegiado Superior afectan del principio de motivación de las resoluciones judiciales y el principio de congruencia. Siendo así, se incurre en infracción normativa del inciso 5) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, puesto que el pronunciamiento emitido por la Sentencia de Primera Instancia y del Colegiado Superior adolecen de una estructura lógico jurídica de motivación suficiente y pertinente, deviniendo la causal declarada procedente en fundada. Por estas consideraciones:

DECISIÓN

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto la parte demandada, Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), mediante escrito presentado el treinta de junio de dos mil dieciséis, que corre en fojas cuatrocientos veintiocho a cuatrocientos treinta y ocho; en consecuencia, **NULA** la Sentencia de Vista de fecha veinticinco de mayo de dos mil dieciséis, que corre en fojas cuatrocientos nueve a cuatrocientos veinticinco; e **INSUBSISTENTE** la Sentencia apelada de fecha dieciséis de setiembre de dos mil catorce, que corre en fojas doscientos tres a doscientos doce, que declaró fundada la demanda; **ORDENARON** que el juez de Primera Instancia expida nuevo pronunciamiento, teniendo en cuenta lo expresado en la presente Ejecutoria Suprema; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en el proceso seguido por el demandante, Jesús Gerardo Morales Juárez, sobre despido fraudulento; interviniendo como ponente el señor juez supremo Malca Guaylupo y los devolvieron.

SS.
ARÉVALO VELA,
DE LA ROSA BEDRIÑANA,
YRIVARREN FALLAQUE,
YAYA ZUMAETA, MALCA GUAYLUPO

CASACIÓN LABORAL Nº 1248-2018 AREQUIPA

Sumilla: El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, derecho integrante del derecho al debido proceso, importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Se incurre en nulidad cuando la motivación resulta incongruente.

Reposición y otros.

Lima, trece de diciembre de dos mil dieciocho. -

VISTA

La causa número mil doscientos cuarenta y ocho, guion dos mil dieciocho, guion DEL SANTA, en audiencia pública de la fecha; y luego de efectuada la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente Sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada, Universidad Católica de Santa María– UCSM, mediante escrito presentado el veintitrés de noviembre de dos mil diecisiete, que corre de fojas quinientos siete a quinientos veintitrés, contra la Sentencia de Vista de fecha ocho de noviembre de dos mil diecisiete, que corre de fojas cuatrocientos treinta y cuatro a cuatrocientos sesenta y uno, que revocó la Sentencia apelada de fecha catorce de julio de dos mil diecisiete, que corre de fojas trescientos ochenta a trescientos noventa y seis, que declaró infundada la demanda; y reformándola declararon fundada la demanda; en el proceso ordinario laboral seguido por la demandante, Juana Teresa Quicaño Morales, sobre Reposición y otros.

CAUSAL DEL RECURSO

El recurso de casación interpuesto por la demandada se declaró procedente mediante resolución de fecha diecinueve de julio de dos mil dieciocho, que corre de fojas ciento cinco a ciento nueve del cuaderno formado, por la causal de infracción normativa del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento al respecto.

CONSIDERANDO

Antecedentes judiciales Primero: A fi n de establecer si en el caso de autos se ha incurrido o no en la infracción normativa reseñada precedentemente, es pertinente realizar las siguientes precisiones fácticas sobre el proceso, para cuyo efecto se puntualiza un resumen de la controversia suscitada, así como de la decisión a las que han arribado las instancias de mérito. 1.1.- Pretensión: Como se aprecia de la demanda que corre de fojas noventa y siete a ciento nueve, la actora postula como pretensiones, la reposición a su puesto de trabajo al haberse configurado un despido nulo, pago de remuneraciones dejadas de percibir, así como el depósito de compensación por tiempo de servicios con sus respectivos intereses, así como la expedición de la resolución correspondiente por la cual se deje sin efecto lo resuelto mediante la Resolución Nº 23272-R-2016. 1.2.- Sentencia de primera instancia: El Segundo Juzgado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante sentencia de fecha catorce de julio de dos mil diecisiete, que corre de fojas

trescientos ochenta a trescientos noventa y seis, declaró infundada la demanda. Consideró que el despido de la demandante no se debió a ninguno de los supuestos invocados por la actora en su demandada, como la afiliación a un Sindicato o la participación en actividades sindicales, por presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante autoridades competentes, o por discriminación por razón de opinión; sino que se debió a la falta grave imputada en la carta de preaviso, referente al no registro de ingreso a su centro de trabajo, y que la boleta de comisión de servicios fue registrada por otra persona distinta a la trabajadora, pese a que se encontraba prohibido, incurriendo en faltas grave tipificadas en los incisos a) y d) del artículo 25 del Decreto Supremo número 003-97-TR. 1.3.- Sentencia de segunda instancia: La Tercera Sala Laboral Transitoria de la misma Corte Superior de Justicia, mediante Sentencia de Vista de fecha ocho de noviembre de dos mil diecisiete, que corre de fojas cuatrocientos treinta y cuatro a cuatrocientos sesenta y uno, revocó la Sentencia apelada de fecha catorce de julio de dos mil diecisiete, que corre de fojas trescientos ochenta a trescientos noventa y seis, que declaró infundada la demanda sobre reposición por despido nulo; y reformándola declararon fundada la misma en dicho extremo; en consecuencia, ordenó que la demandada proceda a reponer a la actora en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, al haberse acreditado la existencia de un despido nulo; así también, ordenó el pago de las remuneraciones dejadas de percibir y que la demandada cumpla con el depósito correspondiente a la compensación por tiempo de servicios, más sus intereses; y ordeno a la demandada la expedición de la resolución mediante la cual se deje sin efecto lo resuelto mediante Resolución 23272- R-2016. Infracción normativa Segundo: La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Sobre los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56º de la Ley número 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley número 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de normas de derecho material, además de otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo. Tercero: La causal declarada procedente está referida a la infracción normativa del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú. Tal disposición regula lo siguiente: "Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación". Delimitación del objeto de pronunciamiento Cuarto: Conforme a la causal de casación declarada procedente, el análisis debe circunscribirse a determinar si se ha infringido o no el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, relacionado al debido proceso. De advertirse la infracción normativa de carácter procesal corresponderá a esta Sala Suprema declarar fundado el recurso de casación propuesto y la nulidad de la resolución recurrida, de conformidad con el artículo 39º de la Ley número 294971, Nueva Ley Procesal del Trabajo, con reenvío de la causa a la instancia de mérito pertinente; en sentido contrario, de no presentarse la afectación alegada por las partes, dicha causal devendrá en infundada. Quinto: Análisis y Fundamentación de esta Sala Suprema. Apuntes Previos sobre el Recurso de Casación 5.1.- El Recurso de Casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme lo precisa el artículo 384º del Código Procesal Civil, de

aplicación supletoria según autorización contenida en la Primera Disposición Complementaria de la Ley número 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. En materia de casación es factible el control de las decisiones jurisdiccionales, con el propósito de determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al proceso regular, teniendo en consideración que éste supone el cumplimiento de los principios y garantías que regulan al proceso como instrumento judicial, precaviendo sobre todo el ejercicio del derecho a la defensa de las partes en conflicto. 5.2. La labor casatoria es una función de cognición especial, sobre vicios en la resolución por infracciones normativas que inciden en la decisión judicial, ejerciendo como vigilantes el control de derecho, velando por su cumplimiento "y por su correcta aplicación a los casos litigiosos, a través de un poder independiente que cumple la función jurisdiccional"2 , revisando si los casos particulares que acceden a casación se resuelven de acuerdo a la normatividad jurídica, correspondiendo a los Jueces de casación custodiar que los Jueces encargados de impartir justicia en el asunto concreto respeten el derecho objetivo en la solución de los conflictos. Así también, habiéndose acogido entre los fines de la casación la función nomofiláctica, ésta no abre la posibilidad de acceder a una tercera instancia ni se orienta a verificar un reexamen del conflicto ni la obtención de un tercer pronunciamiento por otro Tribunal sobre el mismo petitorio y proceso, siendo más bien un Recurso singular que permite acceder a una Corte de Casación para el cumplimiento de determinados fines, como la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República. 5.3. Por causal de casación ha de entenderse al motivo que la ley establece para la procedencia del Recurso, debiendo sustentarse en aquellas previamente señaladas en la ley, pudiendo por ende interponerse por apartamiento inmotivado del precedente judicial, por infracción de la ley o por quebrantamiento de la forma. Se consideran motivos de casación por infracción de la ley, la violación en el fallo de leyes que debieron aplicarse al caso, así como la falta de congruencia de lo decidido con las pretensiones formuladas por las partes y la falta de competencia. Los motivos por quebrantamiento de la forma aluden a infracciones en el proceso, por lo que en tal sentido si bien todas las causales suponen una violación de la ley, también lo es que éstas pueden darse en la forma o en el fondo. 5.4. La infracción normativa en el Recurso de Casación ha sido definida por el Supremo Tribunal en los siguientes términos: "Que, la infracción normativa puede ser conceptualizada, como la afectación de las normas jurídicas en las que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan subsumidos en el mismo, las causales que anteriormente contemplaba el Código Procesal Civil en su artículo 386, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, pero además incluyen otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo". Respecto a la infracción procesal, cabe anotar que ésta se configura cuando en el desarrollo de la causa no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han soslayado o alterado actos del procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano judicial deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en evidente quebrantamiento de la normatividad vigente y de los principios procesales. Alcances sobre el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú Sexto: Sobre el debido proceso (o proceso regular), contenido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, la doctrina es pacífica en aceptar que entre los distintos elementos integrantes del derecho al debido proceso se comprenden los siguientes: a) Derecho a un Juez predeterminado por la ley (Juez natural). b) Derecho a un Juez independiente e imparcial. c) Derecho a la defensa y patrocinio por un abogado.

d) Derecho a la prueba. e) Derecho a una resolución debidamente motivada. f) Derecho a la impugnación. g) Derecho a la instancia plural. h) Derecho a no revivir procesos fenecidos. Séptimo: Respecto al derecho a una resolución debidamente motivada, el cual se encuentra reconocido en el inciso 5) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, corresponde precisar que la necesidad de motivar las resoluciones judiciales, y de hacerlo de manera razonable y ajustada a las pretensiones formuladas en el proceso, forma parte de los requisitos que permiten la observancia en un proceso concreto del derecho a la tutela judicial efectiva. Al respecto, Aníbal QUIROGA sostiene que: "(...) para que se considere cumplido el requisito de la motivación, es necesario que se lleve a cabo la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explicito que este responde a una determinada interpretación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos". Asimismo, el Tribunal Constitucional nacional en la Sentencia de fecha trece de octubre de dos mil ocho, al resolver el expediente número 00728-2008- HC, respecto a la debida motivación de las resoluciones judiciales, sexto fundamento, ha expresado lo siguiente: "(...) Ya en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N° 1480-2006-AA/TC. FJ 2) ha tenido la oportunidad de precisar que 'el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso'". Igualmente, en el séptimo fundamento de la referida Sentencia ha señalado que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales queda delimitado, entre otros, por los supuestos siguientes: a) inexistencia de motivación o motivación aparente; b) falta de motivación interna del razonamiento; c) deficiencias en la motivación externa: justificación de las premisas; d) motivación insuficiente; e) motivación sustancialmente incongruente; y, f) motivaciones cualificadas. En ese sentido, habrá motivación de las resoluciones judiciales siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y por sí misma la resolución judicial exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa. Respecto a la congruencia procesal Octavo: Es un principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el Juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes. Este principio se encuentra recogido en el Artículo VII del Título Preliminar y artículo 50º del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso laboral. Resulta ilustrativo citar lo dispuesto en la Casación número 1266- 2001-LIMA: "Por el principio de congruencia procesal, los jueces por un lado no pueden resolver más allá de lo pedido ni cosa distinta a la peticionada ni menos fundamentar su decisión en hechos que no han sido alegados por las partes y por otro lado implica que los jueces tienen la obligación de pronunciarse respecto a todas las alegaciones efectuadas por los sujetos procesales tanto en sus actos postulatorios, como de ser el caso, en los medios impugnatorios planteados" (subrayado y énfasis son nuestros). En ese sentido, este Colegiado Supremo debe resolver el conflicto de intereses suscitado de conformidad con lo establecido en el Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil aplicable en materia laboral en vía supletoria, cuya finalidad concreta del proceso es resolver el conflicto de intereses planteado, haciendo efectivo los derechos sustanciales a fi n de lograr la paz social en justicia, y en atención a lo dispuesto en el artículo 171º y segundo párrafo del artículo 173º del Código Procesal Civil, se determina en todo caso que las nulidades solo se sancionan por causa establecida en la ley y la invalidación de una parte del acto procesal no afecta a las otras que resulten independientes de ellas, ni impide la producción

de efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo disposición expresa en contrario. Solución al caso concreto Noveno: Del recurso de casación, este Tribunal Supremo, advierte que la causal formulada y declara procedente, se basa en que la Sentencia de Vista vulneró el principio de congruencia procesal al no existir congruencia ni lógica entre lo solicitado por la demandante y lo resuelto en la sentencia de vista, toda vez que varió la pretensión del despido nulo a despido fraudulento. La parte casante también alega que la sentencia impugnada modificó los fundamentos fácticos de la nulidad de despido y el fundamento jurídico del petitorio de despido nulo por la causal de despido fraudulento, afectando vulneró su derecho al debido proceso y a los criterios adoptados por la Jurisprudencia de la materia. Décimo: A efectos de proceder con el análisis de los agravios invocados en el recurso de casación, corresponde precisar que la pretensión de la demandante8 es la reposición a su puesto de trabajo al haberse configurado un despido nulo, por las causales a), c) y d) del artículo 29º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, referidas a la afiliación a un Sindicato o la participación en actividades sindicales, por presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante autoridades competentes, o por discriminación por razón de opinión, correspondientemente. Décimo Primero: Ahora bien, pasando al análisis de la causal procesal, de la revisión de la Sentencia de Vista, en efecto, se advierte que la Sala Superior, en su noveno considerando aplica el principio Iura Novit Curia y Principio de Socialización del proceso en materia laboral, para concluir en los puntos 9.10 y 9.11 del mismo considerando, lo siguiente: 9.10." (...) Por lo que es factible que a pesar de que el actor alego en principio el supuesto de despido nulo, el juzgador en virtud del principio "iura novit curia", (el Juez conoce el derecho) esta expedido para concluir que se trata de un despido fraudulento. 9.11. Y en nuestro caso es evidente que no se advierte expresamente la causal de despido nulo que la actora invoca en la demanda, empero de su contenido si se puede inferir y deducir que reclama el trato discriminatorio con otra trabajadora y corresponde en tal sentido determinar si es o no por su condición de secretaria del Sindicato de los trabajadores no docentes de la demandada". Décimo Segundo: De lo que, se advierte que el Colegiado Superior, infringió el principio de congruencia procesal, toda vez que a partir de su noveno considerando varió la pretensión de la actora de despido nulo a despido fraudulento, seguidamente en su décimo considerando señala que no se configura el supuesto de despido nulo, y sin embargo en el punto 13.5 concluye que se ha configurado el despido nulo en atención al inciso d) del artículo 29 del Decreto Supremo número 003-97-TR, ordenando la reposición de la demandante, de lo que se evidencia la incongruencia en los fundamentos de la sentencia impugnada. 12.1. De otro lado, si bien el Colegiado Superior, en aplicación del principio Iura Novit Curia y el Principio de Socialización, puede aplicar el derecho que corresponda al proceso laboral, en relación al despido nulo y la calificación de los fundamentos fácticos y jurídicos que amparan su demanda; también debió tener en cuenta el Principio de Juez y Derecho contemplado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil10, en cuanto a que no puede ir más allá del petitorio invocado por las partes y como pretensión materia de juicio fi jada en el proceso, como lo hizo en el caso de autos, al incorporar al debate el supuesto de despido fraudulento, no invocado por ninguna de las partes durante el desarrollo del proceso, vulnerando de esta forma el principio de congruencia procesal. Décimo Tercero: En atención a lo expuesto, las circunstancias advertidas vulneran el principio de congruencia procesal, lo que a su vez afecta la garantía y principio del debido proceso, que resguarda la motivación de las resoluciones judiciales, dado que los argumentos brindados por Colegiado Superior adolecen de motivación incongruente respecto a lo pretendido en el proceso, lo que implica la vulneración al inciso 3) del artículo 139º

de la Constitución Política del Perú, por lo que corresponde declarar fundada la causal de orden procesal planteada, casar la Sentencia de Vista, anular la misma, y ordenar que la Sala Superior emita nuevo pronunciamiento con observancia de las consideraciones que se expresan en esta Sentencia Casatoria. Por estas consideraciones y de conformidad con lo establecido además por el artículo 41º de la Ley número 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo,

FALLO

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada, Universidad Católica de Santa María–UCSM, mediante escrito presentado el veintitrés de noviembre de dos mil diecisiete, que corre de fojas quinientos siete a quinientos veintitrés; en consecuencia, **CASARON** la Sentencia de Vista de fecha ocho de noviembre de dos mil diecisiete, que corre de fojas cuatrocientos treinta y cuatro a cuatrocientos sesenta y uno; en consecuencia **NULA** la misma, y **ORDENARON** nuevo pronunciamiento de la Sala Superior conforme a las consideraciones expuestas; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido por la demandante, Juana Teresa Quicaño Morales, sobre Reposición y otros; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Malca Guaylupo; y los devolvieron.

SS.

YRIVARREN FALLAQUE,

TORRES VEGA,

RODRÍGUEZ CHÁVEZ,

TORRES GAMARRA,

MALCA GUAYLUPO

CASACIÓN LABORAL Nº 1459-2017 LORETO

Sumilla: La observancia del debido proceso, la motivación de las resoluciones judiciales y la instancia plural. El debido proceso también comprende el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, mediante decisiones en las que los Jueces expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que las determinaron, garantizándose con ello que el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de la fundamentación fáctica de lo actuado y la aplicación de las disposiciones jurídicas pertinentes.

Reposición laboral.

Lima, once de diciembre de dos mil dieciocho. -

VISTA

La causa número mil cuatrocientos cincuenta y nueve, guion dos mil diecisiete, guion LORETO, en audiencia pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente Sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandado, Organismo Público Infraestructura para la Producción–OPIPP, mediante escrito presentado el cinco de octubre de dos mil dieciséis, que corre de fojas seiscientos catorce a seiscientos veinticinco, contra la Sentencia de Vista contenida en la resolución del catorce de septiembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas quinientos setenta y siete a seiscientos once, que confirmó la sentencia apelada del uno de junio de dos mil dieciséis, que corre de fojas quinientos treinta y seis a quinientos cincuenta y cuatro, que declaró fundada en parte la demanda; en el proceso seguido por la demandante, Norma Gabriela La Torre de Vásquez, sobre reposición laboral.

CAUSAL DEL RECURSO

El recurso de casación ha sido declarado procedente mediante resolución de fecha trece de julio de dos mil dieciocho, que corre de fojas ciento cinco a ciento diez del cuaderno formado, por la causal de infracción normativa del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento al respecto.

CONSIDERANDO

Primero: Antecedentes del caso 1.1.- Pretensión: Como se aprecia de la demanda que corre de fojas setenta y ocho a noventa y seis, la actora pretende la reposición laboral por despido incausado, y se reconozca su relación laboral en el cargo de Jefe de la Oficina de Recursos Humanos mediante contrato de trabajo a plazo indeterminado, además del pago de las remuneraciones devengadas dejadas de percibir, intereses legales, costas y costos del proceso. 1.2.- Sentencia de primera instancia: El Primer Juzgado Especializado de Trabajo de la Provincia de Maynas de la Corte Superior de Justicia de Loreto, mediante sentencia de fecha uno de junio de dos mil dieciséis que corre de fojas quinientos treinta y seis a quinientos cincuenta y cuatro, declaró fundada en parte la

demanda. 1.3.- Sentencia de segunda instancia: La Sala Civil–Sede Central de la misma Corte Superior de Justicia, mediante Sentencia de Vista contenida en la resolución del catorce de septiembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas quinientos setenta y siete a seiscientos once, confirmó la sentencia apelada que declaró fundada en parte la demanda. Infracción normativa Segundo: La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Sobre los alcances del concepto de infracción normativa, quedan comprendidas en la misma las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56º de la Ley número 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley número 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma, además de otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo. Delimitación del objeto de pronunciamiento Tercero: Conforme a la causal de casación declarada procedente en el auto calificatorio del recurso interpuesto el cinco de octubre de dos mil dieciséis, que corre de fojas seiscientos catorce a seiscientos veinticinco, la presente resolución debe circunscribirse a delimitar si se ha incurrido o no en Infracción normativa del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú. De advertirse la infracción normativa corresponderá a esta Suprema Sala declarar fundado el recurso de casación propuesto, de conformidad con el artículo 39º de la Ley número 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, con reenvió de la causa a la etapa e instancia correspondiente; en sentido contrario, de no presentarse la infracción el recurso devendrá en infundado. Cuarto: Análisis y Fundamentación de esta Sala Suprema Apuntes Previos sobre el Recurso de Casación 4.1. El Recurso de Casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme lo precisa el Artículo 384º del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria según autorización contenida en la Primera Disposición Complementaria de la Ley número 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. En materia de casación es factible el control de las decisiones jurisdiccionales, con el propósito de determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al proceso regular, teniendo en consideración que éste supone el cumplimiento de los principios y garantías que regulan al proceso como instrumento judicial, precaviendo sobre todo el ejercicio del derecho a la defensa de las partes en conflicto. 4.2. La labor casatoria es una función de cognición especial, sobre vicios en la resolución por infracciones normativas que inciden en la decisión judicial, ejerciendo como vigilantes el control de derecho, velando por su cumplimiento "y por su correcta aplicación a los casos litigiosos, a través de un poder independiente que cumple la función jurisdiccional", revisando si los casos particulares que acceden a casación se resuelven de acuerdo a la normatividad jurídica, correspondiendo a los Jueces de casación custodiar que los Jueces encargados de impartir justicia en el asunto concreto respeten el derecho objetivo en la solución de los conflictos. Así también, habiéndose acogido entre los fines de la casación la función nomofiláctica, ésta no ésta no abre la posibilidad de acceder a una tercera instancia ni se orienta a verificar un reexamen del conflicto ni la obtención de un tercer pronunciamiento por otro Tribunal sobre el mismo petitorio y proceso, siendo más bien un Recurso singular que permite acceder a una Corte de Casación para el cumplimiento de determinados fines, como la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República. 4.3. Por causal de casación ha de entenderse al motivo que la ley establece para la procedencia del Recurso, debiendo sustentarse en aquellas previamente señaladas en la ley, pudiendo por ende interponerse por apartamiento inmotivado del precedente

judicial, por infracción de la ley o por quebrantamiento de la forma. Se consideran motivos de casación por infracción de la ley, la violación en el fallo de leyes que debieron aplicarse al caso, así como la falta de congruencia de lo decidido con las pretensiones formuladas por las partes y la falta de competencia. Los motivos por quebrantamiento de la forma aluden a infracciones en el proceso, por lo que en tal sentido si bien todas las causales suponen una violación de la ley, también lo es que éstas pueden darse en la forma o en el fondo. 4.4. La infracción normativa en el Recurso de Casación ha sido definida por el Supremo Tribunal en los siguientes términos: "Que, la infracción normativa puede ser conceptualizada, como la afectación de las normas jurídicas en las que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan subsumidos en el mismo, las causales que anteriormente contemplaba el Código Procesal Civil en su artículo 386, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, pero además incluyen otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo". Respecto a la infracción procesal, cabe anotar que ésta se configura cuando en el desarrollo de la causa no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han soslayado o alterado actos del procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano judicial deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en evidente quebrantamiento de la normatividad vigente y de los principios procesales. Respecto a la infracción normativa del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, Quinto: El referido dispositivo constitucional establece lo siguiente: "Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación". Sexto: En cuanto a la infracción normativa bajo análisis, debemos reconocer que entre los distintos elementos integrantes del derecho al debido proceso están comprendidos: a) Derecho a un Juez predeterminado por la ley (Juez natural); b) Derecho a un Juez independiente e imparcial; c) Derecho a la defensa y patrocinio por un Abogado; d) Derecho a la prueba; e) Derecho a una resolución debidamente motivada; f) Derecho a la impugnación; g) Derecho a la instancia plural. Séptimo: En efecto, el debido proceso (o proceso regular) es un derecho complejo, que está conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos perezcan ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho -incluyendo el Estado- que pretenda hacer uso abusivo de éstos. Como señala la doctrina: "(...) por su naturaleza misma, se trata de un derecho muy complejamente estructurado, que a la vez está conformado por un numeroso grupo de pequeños derechos que constituyen sus componentes o elementos integradores, y que se refieren a las estructuras, característica del Tribunal o instancias de decisión, al procedimiento que debe seguirse y a sus principios orientadores, y a las garantías con que debe contar la defensa". Octavo: Dicho de otro modo, el derecho al proceso regular constituye un conjunto de garantías de las cuales goza el justiciable, que incluyen el derecho a ser oportunamente informado del proceso (emplazamiento, notificación, tiempo razonable para preparar la defensa), derecho a ser juzgado por un Juez imparcial que no tenga interés en un determinado resultado del juicio, derecho a la tramitación oral de la causa y a la defensa por un profesional (publicidad del debate), derecho a la prueba, derecho a ser juzgado sobre la base del mérito del proceso y derecho al Juez legal. Noveno: Además, el debido proceso también comprende el

derecho a obtener una resolución fundada en derecho, mediante decisiones en las que los Jueces expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que las determinaron, garantizándose con ello que el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de la fundamentación fáctica de lo actuado y la aplicación de las disposiciones jurídicas pertinentes, y no de una arbitrariedad de los magistrados, por lo que en ese entendido es posible afirmar que una resolución que carezca de motivación suficiente no solo infringe normas legales, sino también principios de nivel constitucional. Décimo: En esa misma línea, la motivación escrita de las resoluciones judiciales en sociedades pluralistas como las actuales, importa el deber de justificar las decisiones de la jurisdicción, de tal manera que sean aceptadas por la sociedad y que el Derecho cumpla su función de guía. Igualmente, la obligación de fundamentar las sentencias, propias del derecho moderno, se ha elevado a categoría de deber constitucional, a mérito de lo cual la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado en el Primer Pleno Casatorio, Casación número 1465-2007-CAJAMARCA, una similar posición a la adoptada por el Tribunal Constitucional nacional en el expediente número 37-2012- PA/TC, fundamento 35, en el sentido que: La motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional; por consiguiente, el juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, interna y externamente, expresando una argumentación clara, precisa y convincente, para mostrar que aquella decisión es objetiva y materialmente justa, y por tanto, deseable social y moralmente. Décimo Primero: De similar modo, la aludida exigencia de motivación suficiente permite al Juez que elabora la sentencia percatarse de sus errores y precisar conceptos, facilitando así la crítica interna y el control posterior de las instancias revisoras, todo ello dentro de la función endoprocesal de la motivación. Paralelamente, permite el control democrático de los Jueces que obliga, entre otros hechos, a la publicación de la sentencia, a la inteligibilidad de la decisión y a la autosuficiencia de la misma. En tal virtud, los destinatarios de la decisión no son solo los justiciables, sino también la sociedad, en tanto los juzgadores deben rendir cuenta a la fuente de la que deriva su investidura, todo lo cual se presenta dentro de la función extraprocesal de la motivación. Décimo Segundo: La justificación racional de lo que se decide es entonces interna y externa. La primera es tan solo cuestión de lógica deductiva, sin importar la validez de las propias premisas. La segunda exige ir más allá de la lógica en sentido estricto10, con implicancia en el control de la adecuación o solidez de las premisas, lo que admite que las normas contenidas en la premisa normativa sean aplicables en el ordenamiento jurídico y que la premisa fáctica sea la expresión de una proposición verdadera. En esa perspectiva, la justificación externa requiere: a) que toda motivación sea congruente, por lo que no cabe que sea contradictoria; b) que toda motivación sea completa, debiendo motivarse todas las opciones; y, c) que toda motivación sea suficiente, siendo necesario expresar las razones jurídicas que garanticen la decisión12. Décimo Tercero: En el marco conceptual descrito la motivación puede mostrar diversas patologías que, en estricto, son la motivación omitida, la motivación insuficiente y la motivación contradictoria. La primera hace referencia a la omisión formal de la motivación, esto es cuando no hay rastro de la motivación misma; la segunda se presentará cuando exista motivación parcial que vulnera el requisito de completitud, motivación implícita cuando no se enuncian las razones de la decisión y ésta se hace inferir de otra decisión del Juez, y motivación por relación, cuando no se elabora una justificación independiente sino se remite a razones contenidas en otra sentencia. La motivación insuficiente se presentará principalmente cuando no se expresa la justificación a las premisas que no son aceptadas por las partes, no se indican los criterios de inferencia, no se explican los criterios de valoración o no se explica por qué se prefiere una alternativa

y no la otra; y finalmente, estaremos ante una motivación contradictoria cuando existe incongruencia entre la motivación y el fallo o cuando la motivación misma es contradictoria. Es preciso también tener en consideración que: "(...) La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión. Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado (...)". Ahora bien, descritos los supuestos teóricos de las patologías en las que podría incurrir la sentencia, corresponde verificar si en el caso que nos ocupa se ha incurrido en anomalía que por la forma vicie la Sentencia de Vista. Análisis del caso concreto en cuanto a la infracción bajo examen Décimo Cuarto: La demandante sostiene que ganó un concurso público de méritos de selección de personal y fue por ello que firmó un contrato de trabajo a plazo fijo el nueve de marzo de dos mil nueve, para desempeñar el cargo de Jefe de la Oficina de Tesorería, y que luego firmó un contrato de trabajo a plazo indeterminado el día uno de enero de dos mil catorce, para desempeñar el cargo de Jefe de la Oficina de Recursos Humanos, que fue dejado sin efecto para firmar inmediatamente un contrato modal hasta el treinta y uno de marzo de dos mil quince. Décimo Quinto: Al respecto, es importante considerar que de acuerdo a lo previsto en el artículo 43º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, son trabajadores de dirección aquellos que ejercen la representación general del empleador frente a otros trabajadores o terceros, o que los sustituye, o que comparte con aquellas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial, en tanto que son trabajadores de confianza aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado, así como aquellos cuyas opiniones e informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales. Décimo Sexto: En relación a la calificación de cargo de dirección o de confianza el Tribunal Constitucional ha establecido ciertos criterios14, como: i) El ingreso por concurso público no determina que el cargo puede ser considerado como de confianza; ii) los cargos de confianza pueden ser objeto de concurso público, pero que ello no determina que éste deje de ser de confianza; y, iii) un cargo es calificado de confianza por las responsabilidades, las obligaciones y su relación que mantiene con el empleador, siendo la calificación de dirección o de confianza una formalidad que debe observar el empleador, sin que su inobservancia enerve dicha condición si de la prueba actuada ésta se acredita. Décimo Séptimo: En el presente caso, las instancias de mérito soslayan analizar los criterios citados anteladamente y omiten explicar las razones por las cuales consideran que los siguientes medios probatorios no les causan convicción a fi n de determinar la naturaleza de las funciones realizadas por la accionante en su calidad de Jefe de la Oficina de Recursos Humanos y, sobre todo, la relación que ello puede tener con la pretensión de reposición planteada, para el reingreso a una entidad del sector público: i) Resolución Directoral número 0118-2013-GRLOPIPP-DE de fecha veintisiete de diciembre de dos mil trece, que corre de fojas sesenta y dos a sesenta y cinco, la cual resuelve contratar a plazo indeterminado a los servidores que vienen ocupando la condición de cargo de confianza, entre los cuales se encuentra la demandante; ii) Contrato de Trabajo a Plazo Indeterminado de fecha dos de enero de dos mil catorce, que corre de fojas sesenta y seis a setenta, en el cual se determinan las funciones que la

demandante debía realizar entre las que se encuentran: "Es responsable de la administración física de los Sistemas de Abastecimiento; (...) Es responsable de la entrega de materiales y útiles según pedidos y necesidades de los órganos del OPIPP; (...) Es responsable de la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones del OPIPP en coordinación con los funcionarios y órganos del OPIPP y del Gobierno Regional (...)"; y, iii) Manual de Organización y Funciones del demandado, que corre de fojas doscientos cincuenta y nueve a doscientos sesenta y ocho, donde se mencionan las mismas funciones precisadas en los contratos que suscribió la accionante y mencionadas anteladamente. Décimo Octavo: En consecuencia, en resguardo del contenido esencial del principio de motivación de las resoluciones judiciales y ante las omisiones advertidas que contravienen el debido proceso, corresponde en este caso específico declarar la nulidad de la Sentencia de Vista por la causal de infracción normativa del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú y la insubsistencia de la sentencia apelada, a efectos que el Juez de primera instancia emita nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente; por lo mismo, la causal procesal denunciada deviene en fundada. Por estas consideraciones y de acuerdo a lo regulado además por el artículo 39º de la Ley número 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo,

FALLO

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandado, Organismo Público Infraestructura para la Producción–OPIPP, mediante escrito presentado el cinco de octubre de dos mil dieciséis, que corre de fojas seiscientos catorce a seiscientos veinticinco; en consecuencia, **CASARON** la Sentencia de Vista de fecha catorce de septiembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas quinientos setenta y siete a seiscientos once, **NULA** la misma, é **INSUBSISTENTE** la sentencia apelada del uno de junio de dos mil dieciséis, que corre de fojas quinientos treinta y seis a quinientos cincuenta y cuatro; **ORDENARON** que el Juez de primera instancia emita nuevo pronunciamiento atendiendo a las consideraciones expuestas en esta Sentencia Casatoria; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, conforme a ley; en el proceso seguido por la demandante, Norma Gabriela La Torre de Vásquez, sobre reposición laboral; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Yaya Zumaeta; y los devolvieron.

SS.

ARÉVALO VELA,

DE LA ROSA BEDRIÑANA,

YRIVARREN FALLAQUE,

YAYA ZUMAETA,

MALCA GUAYLUPO.

CASACIÓN LABORAL Nº 1539-2017 CUSCO

Sumilla: Para que se configure el despido incausado, es necesario que se encuentre acreditado de manera fehaciente que la extinción del vínculo laboral ha sido sin expresión de causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique, de conformidad con la sentencia, recaída en el expediente Nº 976-2001-AA/TC. De otro lado, se debe tener en cuenta para el procedimiento de despido, el artículo 32º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003- 97-TR.

Reposición por despido incausado.

Lima, cinco de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTA

Con el acompañado; la causa número mil quinientos treinta y nueve, guion dos mil diecisiete, guion CUSCO, en audiencia pública de la fecha; y luego de efectuada la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandante, Yeny Pinares Medina, mediante escrito presentado el ocho de noviembre de dos mil dieciséis, que corre en fojas doscientos treinta y siete a doscientos cuarenta y dos, contra la Sentencia de Vista de fecha diecisiete de octubre de dos mil dieciséis, que corre en fojas doscientos veintisiete a doscientos treinta y dos, que confirmó la Sentencia apelada de fecha cinco de noviembre de dos mil quince, que corre en fojas ciento cuarenta y tres a ciento cuarenta y nueve, que declaró infundada la demanda; en el proceso laboral seguido con la parte demandada, Supermercados Peruanos S.A., sobre reposición por despido incausado.

CAUSAL DEL RECURSO

El recurso de casación interpuesto por la parte demandada, se declaró procedente mediante Resolución de fecha trece de julio de dos mil dieciocho, que corre en fojas cuarenta a cuarenta y tres, del cuaderno de casación, por la siguiente causal: infracción normativa por inaplicación del artículo 32º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR. Correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo al respecto.

CONSIDERANDO

Primero: Antecedentes del caso: a) Pretensión: Conforme se aprecia de la demanda, que corre en fojas cuarenta y siete a cincuenta y dos, la actora solicita su reposición en el cargo de ejecutiva de ventas o en otro puesto de similar categoría, por haber sido objeto de despido incausado. b) Sentencia de primera instancia: El Juez del Juzgado de Trabajo Transitorio de la Corte Superior de Justicia del Cusco, mediante Sentencia de fecha cinco de noviembre de dos mil quince, declaró infundada la demanda, al considerar que no existe indicio sobre la decisión unilateral de la demandada para poner fi n a la relación laboral el día veintiocho de febrero de dos mil quince. Asimismo, no se

acreditó la restricción material para que la actora continúe con sus labores durante el mes de marzo de dos mil quince. De otro lado, señaló que la demandante pretende cuestionar la validez del procedimiento de despido; sin embargo, ello no puede ser dilucidado con la presente causa, pues, la controversia está circunscrita a la existencia de un despido incausado. c) Sentencia de segunda instancia: El Colegiado de la Primera Sala Laboral de la misma Corte Superior de Justicia, mediante Sentencia de Vista de fecha diecisiete de octubre de dos mil dieciséis, confirmó la Sentencia emitida en primera instancia, al argumentar que la demandante no cumplió con acreditar el despido incausado, ya que conforme al artículo 45º del Reglamento de Ley de Fomento al Empleo, aprobado por Decreto Supremo Nº 001-96-TR, no corroboró la negativa injustificada del empleador de permitir el ingreso del trabajador al centro de labores. Segundo: Infracción normativa La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma, las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56º de la Ley Nº 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley Nº 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de normas de derecho material, incluyendo, además, otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo. Tercero: La causal declarada procedente, está referida a la infracción normativa por interpretación errónea del artículo 32º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR El artículo de la norma en mención, prescribe: "Artículo 32.- El despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese. Si el trabajador se negara a recibirla le será remitida por intermedio de notario o de juez de paz, o de la policía a falta de aquellos. El empleador no podrá invocar posteriormente causa distinta de la imputada en la carta de despido. Sin embargo, si iniciado el trámite previo al despido el empleador toma conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurriera el trabajador y que no fue materia de imputación, podrá reiniciar el trámite". Cuarto: Respecto al despido El despido es la extinción de la relación de trabajo, fundada exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador, la cual debe estar sustentada en una causa justa. Alonso García define el despido como: "El acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual éste decide poner fi n a la relación de trabajo". Por su parte, Pla Rodríguez señala: "El despido es un acto unilateral por el cual el empleador pone fi n al contrato de trabajo". Al respecto, Montoya Melgar, señala que los caracteres del despido son: a) es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante; b) es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido sino que él lo realiza directamente; c) es un acto recepticio, en cuanto a su eficacia depende de la voluntad extintiva del empleador, sea conocida por el trabajador a quien está destinada; y d) es un acto que produce la extinción contractual, en cuanto cesan ad futurum los efectos del contrato.3 En relación a ello, el despido debe estar fundado en una causa justa, por lo que se limita el poder que tiene el empleador, dentro del elemento de la subordinación, tal es así que nuestra legislación ha contemplado en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003- 97-TR, las causas justas de despido, bajo dos ámbitos: a) relacionadas con la capacidad del trabajador; y b) relacionadas con la conducta del trabajador. Dentro del ámbito relacionado a la conducta del trabajador, se encuentra las causas referidas a la comisión de faltas graves, siendo las previstas en el artículo 25º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo

Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR. Quinto: Sobre el procedimiento de despido El procedimiento de despido tiene por finalidad el resguardo de los derechos fundamentales del trabajador, como el derecho a la defensa. Para tal efecto, en el artículo 31º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, se ha previsto, lo siguiente: "El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito (...). A fi n de materializar el inicio del procedimiento de despido, el empleador debe comunicar de manera formal al trabajador sobre la falta imputada, en cuyo caso deberá realizarlo en el centro de labores o en el último domicilio registrado por el trabajador, aunque al momento de su entrega no se encontrase en aquel, en concordancia con el artículo 43º del Reglamento de Ley de Fomento al Empleo, aprobado por Decreto Supremo Nº 001-96-TR. Finalmente, el despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta, conforme las exigencias previstas en el artículo 32º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR; artículo que se encuentra transcrito en el considerando tercero Sexto: El despido incausado El Tribunal Constitucional en el fundamento décimo quinto de la Sentencia de fecha trece de marzo de dos mil tres, recaída en el expediente Nº 976-2001-AA/TC, dispuso lo siguiente: "Se produce el denominado despido incausado, cuando: Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique". (Negrita y subrayado es nuestro) Este criterio fue recogido en la Sentencia de fecha veintiocho de noviembre de dos mil cinco, recaída en el expediente Nº 0206-2005-PA/TC, que tiene la calidad de precedente vinculante. Séptimo: Solución al caso concreto La teoría del caso brindado por la demandante se sustenta en la inaplicación del artículo 32º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, pues, a partir del artículo anotado se podrá evidenciar que no se cumplió con notificar adecuadamente la carta de pre aviso; supuesto de hecho que justifica amparar la demanda sobre reposición por despido incausado. Octavo: De la revisión de los medios probatorios actuados en el proceso, se verifica los siguientes hechos relevantes para el caso de autos (despido incausado): • Mediante Carta de pre aviso de fecha diecisiete de febrero de dos mil quince, que corre en fojas ciento veintisiete a ciento treinta y uno, se le imputó el incumplimiento de sus obligaciones laborales. Asimismo, se verifica que dicho acto fue notificado mediante carta notarial a la dirección consignada por la demandante en su declaración jurada de ingreso a la empresa, de acuerdo a lo expresado por la demandada. Asimismo, el Notario que llevo a cabo la diligencia señaló: "FUE DILIGENCIADA CONFORME A LEY, EL DÍA 25 DE FEBRERO DEL 2015 (...) EL REFERIDO DOMICILIO NO EXISTE CONSULTANDO A LOS VECINOS DEL LUGAR NO CONOCEN LA CALLE PEDRO MENDIGURE (...) REITERÁNDOSE QUE DE ACUERDO A LAS INDAGACIONES EFECTUADAS NO SE UBICA (...)". • En el Acta de Constatación Policial de fecha tres de marzo de dos mil quince, que corre en fojas cuatro, vuelta, promovido por la demandante, el Gerente de Tiendas de la demandada refiere que se

le notificó a la actora hasta en tres oportunidades sobre la carta de pre aviso de despido. A su vez, alega que se negó a firmar los documentos y el documento notarial, precisando que la demandante no viene laborando desde el uno de marzo de dos mil quince. Se deja constancia que la actora no se encuentra despedida de la empresa demandada. • Mediante instrumentales, que corren en fojas noventa y uno a noventa y dos, se aprecia que tres personas dejaron constancia sobre la negativa de la demandante de firmar la carta de pre aviso de despido. • Con Carta de despido de fecha treinta y uno de marzo de dos mil quince, que corre en fojas treinta y nueve a cuarenta, se decide despedir a la demandante por no haber desvirtuado los cargos imputados contra su persona. A su vez, se deja constancia sobre la negativa de la demandante de firmar su carta de pre aviso. • Del escrito de demanda, que corre en fojas cuarenta y ocho, parte pertinente, se advierte lo siguiente: "(...) en fecha 28 de febrero de 2015, mi empleadora SUPERMERCADOS PERUANOS SOCIEDAD ANÓNIMA O S.P.S.A, representado por Alex Moreyra Chávez, procede a despedirme de forma verbal sin expresar causa alguna (...)" Noveno: De lo expuesto, se verifica la carta de pre aviso ha sido válidamente notificada, en tanto fue dirigido al domicilio consignado por la demandante en su declaración jurada de ingreso a la empresa, declaración jurada que no ha sido cuestionado por la actora; por lo que resulta, aplicable lo dispuesto en el artículo 43º del Reglamento de Ley de Fomento al Empleo, aprobado por Decreto Supremo Nº 001-96- TR4 . Asimismo, se debe señalar en mérito al artículo 32º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, y en concordancia con la teoría del caso planteado por la demandante, que la parte demandada recurrió a remitir la carta de pre aviso de despido vía carta notarial, por lo que no era necesario que se asimile la notificación de la carta en referencia por parte de la Policía Nacional del Perú o un Juez de Paz. Cabe anotar, que no se ha cuestionado la notificación de la carta de despido. Décimo: Adicionalmente, se debe señalar que aun cuando no se haya notificado la carta de pre aviso de despido con intervención de la Policía Nacional del Perú o un Juez de Paz, y en el supuesto caso de que no haya tomado conocimiento la actora sobre ello, mediante Carta Notarial; este argumento no es suficiente para establecer que se ha configurado un despido incausado el día veintiocho de febrero de dos mil quince y se desvirtúe la teoría del caso de la demandada sobre la negativa de la demandante para recepcionar la carta de pre aviso, pues, es necesario que se acredite que efectivamente existió un despido de manera verbal el día antes mencionado, originando que no pueda incorporarse al centro de trabajo para prestar su servicio; supuesto que no se verifica en autos. Por el contrario, se corrobora con el Acta de Constancia Policial de fecha tres de marzo de dos mil quince, que la actora todavía no había sido despedida. En ese contexto, no corresponde desvirtuar lo alegado por la demandada sobre la causa que originó el despido de la demandante. Décimo Primero: Siendo así, se concluye que el Colegiado Superior no ha infraccionado por inaplicación el artículo 32º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003- 97-TR, pues el razonamiento aportado en la Sentencia de Vista se encuentra circunscrito a determinar que no se encuentra acreditado el despido incausado, ocurrido el día veintiocho de febrero de dos mil quince, al no verificarse la negativa injustificada del empleador de permitir el ingreso de la demandante al centro laboral, criterio que es concordante con lo expuesto por esta Sala Suprema; motivo por el cual, el presente recurso deviene en infundado. Por estas consideraciones:

DECISIÓN

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante, Yeny Pinares Medina, mediante escrito presentado el ocho de noviembre de dos mil dieciséis, que corre en fojas doscientos treinta y siete a doscientos cuarenta y dos; en consecuencia, **NO CASARON** la Sentencia

de Vista de fecha diecisiete de octubre de dos mil dieciséis, que corre en fojas doscientos veintisiete a doscientos treinta y dos; y **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido por la demandada, Supermercados Peruanos S.A., sobre reposición por despido incausado; interviniendo como ponente el señor juez supremo Malca Guaylupo; y los devolvieron.

SS.

DE LA ROSA BEDRIÑANA,

YRIVARREN FALLAQUE,

YAYA ZUMAETA,

TORRES GAMARRA,

MALCA GUAYLUPO.

CASACION LABORAL Nº 1654-2017 LORETO

Sumilla: El ingreso, permanencia, mejoras remunerativas y condiciones de trabajo, así como los ascensos en el empleo público, deben fundamentarse en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública.

Reconocimiento de vínculo laboral y otro.

Lima, cuatro de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTA

La causa número mil seiscientos cincuenta y cuatro, guion dos mil diecisiete, guion LORETO; en audiencia pública de la fecha; y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, Organismo Público Infraestructura Para la Productividad–OPIPP, mediante escrito de fecha tres de octubre de dos mil dieciséis, que corre en fojas cuatrocientos setenta y ocho a cuatrocientos ochenta y ocho, contra la sentencia de vista contenida en la resolución de fecha catorce de setiembre de dos mil dieciséis, que corre en fojas cuatrocientos sesenta y ocho a cuatrocientos setenta y cinco, que confirmó la sentencia apelada de fecha diecisiete de mayo de dos mil dieciséis, que corre en fojas cuatrocientos veintisiete a cuatrocientos cuarenta y cuatro, que declaró fundada en parte la demanda; en el proceso seguido por José Rodrigo de Loayza Moreyra, sobre reconocimiento de vínculo laboral y otro.

CAUSAL DEL RECURSO

Por resolución de fecha trece de julio de dos mil dieciocho, que corre en fojas noventa a noventa y cuatro del cuaderno de casación, se declaró procedente por infracción normativa del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento.

CONSIDERANDO

Primero: Antecedentes Judiciales. Según escrito de demanda que corre en fojas ciento cincuenta y nueve a ciento ochenta, modificada mediante escrito que corre en fojas ciento ochenta y cuatro a ciento ochenta y ocho, el accionante pretende el reconocimiento de relación laboral a plazo indeterminado en el cargo de especialista en estudios desde el veintiuno de octubre de dos mil trece, bajo el régimen laboral de la actividad privada; así como, su reposición en el centro de trabajo, más el pago de remuneraciones devengadas; intereses legales, con costas y costos del proceso. Segundo: Mediante sentencia emitida por el Primer Juzgado Especializado de Trabajo de Maynas de la Corte Superior de Justicia de Loreto, de fecha diecisiete de mayo de dos mil dieciséis, que corre en fojas cuatrocientos veintisiete, que declaró fundada en parte la demanda, y ordena que la emplazada cumpla con reincorporar al actor a su centro de trabajo en el mismo cargo u otro de similar y con la misma remuneración, se le reconozca una relación laboral en el cargo de especialista en estudios 1 a plazo indeterminado en el régimen laboral de la actividad privada por haberse desnaturalizado los contratos de locación de servicios y los contratos de trabajo a plazo fijo,

desde el veintiuno de octubre de dos mil once, infundada la pretensión de pago de remuneraciones dejadas de percibir, sin costas y con costos, fijando la suma de dos mil soles por concepto honorarios profesionales. Tercero: La Sentencia de Vista expedida por la Sala Civil de la mencionada Corte Superior de Justicia, de fecha catorce de setiembre de dos mil dieciséis, que corre en fojas cuatrocientos sesenta y ocho, confirmó la sentencia apelada; en todos sus extremos. Cuarto: Infracción normativa. La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en el mismo las causales que anteriormente contemplaba en su artículo 56º de la Ley Nº 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por la Ley Nº 27021, relativas a interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material. Quinto: Respecto a la infracción normativa del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, debemos decir que la norma establece lo siguiente: "Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación (...)". Sexto: En cuanto a la infracción normativa del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, debemos aceptar enunciativamente que entre los distintos elementos integrantes del derecho al debido proceso están necesariamente comprendidos: a) Derecho a un juez predeterminado por la ley (juez natural); b) Derecho a un juez independiente e imparcial; c) Derecho a la defensa y patrocinio por un abogado; d) Derecho a la prueba; e) Derecho a una resolución debidamente motivada; f) Derecho a la impugnación; g) Derecho a la instancia plural; y h) Derecho a no revivir procesos fenecidos. Sétimo: Asimismo, la congruencia procesal constituye un principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes. Este principio se encuentra recogido en el Artículo VII del Título Preliminar y el artículo 50º del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso laboral. Cabe citar de manera ilustrativa la Casación Nº 1266-2001-LIMA, que indica: "Por el principio de congruencia procesal, los jueces por un lado no pueden resolver más allá de lo pedido ni cosa distinta a la peticionada ni menos fundamentar su decisión en hechos que no han sido alegados por las partes y por otro lado implica que los jueces tienen la obligación de pronunciarse respecto a todas las alegaciones efectuadas por los sujetos procesales tanto en sus actos postulatorios, como de ser el caso, en los medios impugnatorios planteados". (Subrayado y negrita agregados). A partir de ello, este Colegiado Supremo debe resolver el conflicto de intereses suscitado, de conformidad con lo establecido en el artículo III del Código Procesal Civil, cuya finalidad concreta del proceso es resolver el conflicto de intereses planteado, haciendo efectivo los derechos sustanciales a fin de lograr la paz social en justicia; y en atención a lo dispuesto en el artículo 171º y segundo párrafo del artículo 173º del Código Procesal Civil, determinando en todo caso, que las nulidades sólo se sancionan por causa establecida en la Ley y la invalidación de una parte del acto procesal no afecta a las otras que resulten independientes de ellas, ni impide la producción de efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo disposición expresa en contrario. Octavo: Respecto a la causal declarada procedente, corresponde citar los siguientes fundamentos, desarrollados en la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente Nº 05057-2013-PA/TC (proceso seguido por Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco con el Poder Judicial): En el fundamento 13 se establece que: "De lo expuesto se

puede sostener que el ingreso del personal con vínculo laboral indeterminado, en la Administración Pública, necesariamente ha de efectuarse a partir de criterios estrictamente meritocráticos, a través de un concurso público y abierto", y en los fundamentos 18 y 22, que constituyen precedentes vinculantes2 , prescriben: "18. (...) en los casos en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada (...) 22. En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38º del TUO del Decreto Legislativo Nº 728. Dicha vía proseguirá el trámite conforme a la Ley procesal de la materia y no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad. Una vez que el juez laboral competente se avoque al conocimiento del caso, deberá entenderse presentada y admitida la demanda laboral, y se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso". (Negrita agregado). Noveno: La entidad recurrente sostiene en su recurso de casación que resulta necesario que el accionante haya accedido formalmente a la función pública mediante concurso, a una plaza presupuestada y vacante indeterminada. Décimo: Se debe tener presente que el Tribunal Constitucional dispuso que la Sentencia expedida el dieciséis de abril de dos mil quince, en el Expediente Nº 05057- 2013-PA/TC, invocada en líneas precedentes, debe ser de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, incluso en los procesos que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional. Décimo Primero: Sobre el particular, se debe precisar que los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional tienen efectos de una ley, es decir, una regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; asimismo, cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares4 . Décimo Segundo: Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público, establece como principios esenciales el mérito y la capacidad; en cuya virtud el ingreso, permanencia, mejoras remunerativas y condiciones de trabajo, así como, los ascensos en el empleo público, deben fundamentarse en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública; asimismo, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución Política e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda, y que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Además, la exigencia de un concurso público, deberá ser realizado por la entidad pública, bajo un procedimiento abierto y democrático, que permita una verdadera igualdad de oportunidades, a efectos de que las personas sean evaluadas de acuerdo a los ítems necesarios, circunscritos sobre todo en las capacidades académicas, experiencias profesionales y otros lineamientos, dependiendo del cargo, respectivo. Aunado a ello, la importancia de la meritocracia para el ingreso a la administración pública ha sido recogida por el

legislador en la Ley del Servicio Civil, Ley Nº 30057, que lo ha conceptualizado como un principio necesario para el acceso a la función pública, el mismo que encuentra desarrollo en los artículos 161º y 165º del Decreto Supremo Nº 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil. Décimo Tercero: Esta Sala Suprema, en cumplimiento a su finalidad de unificar la jurisprudencia laboral, ha establecido en la Casación Laboral Nº 11169-2014-LA LIBERTAD, de fecha veintinueve de octubre de dos mil quince, respecto al acceso a la función pública, el siguiente criterio: "El acceso a la función pública de los trabajadores sujetos a cualquier régimen laboral y bajo cualquier modalidad debe realizarse mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades cuya inobservancia constituye una infracción a normas de orden público que impide la existencia de una relación válida y determina la nulidad de pleno derecho del acto administrativo que lo contravenga, y que acarrea responsabilidades administrativas, civiles o penales a quien lo promueve, ordena o permita". Cabe indicar, que esta Sala Suprema también se ha pronunciado sobre los alcances del precedente vinculante, recaído en el Expediente Nº 05057-2013 PA/TC, en las Casaciones Nos. 8347-2014-DEL SANTA y 4336-2015-ICA. Décimo Cuarto: De acuerdo a lo expresado, se debe señalar que la parte demandada, es una entidad de la Administración Pública, de acuerdo al artículo I del Título Preliminar de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; en consecuencia, se encuentra dentro de los alcances previstos en el precedente vinculante, contenido en la sentencia expedida el dieciséis de abril de dos mil quince en el Expediente Nº 05057-2013-P A/TC. Décimo Quinto: Siendo así, se advierte que el demandante pretende su reposición, sin haber acreditado que ingresó a través de un concurso público y abierto (concurso de méritos) para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, requisito indispensable para el ingreso, de acuerdo a los principios de mérito, capacidad e igualdad de oportunidades, consagrados en la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público, en concordancia con el artículo 5º de la acotada norma, y en atención a lo establecido en el precedente vinculante citado en párrafo precedente; lo que genera que la pretensión sea improcedente. Cabe agregar que si bien las instancias de mérito han considerado como valido el concurso que señala la parte actora haber ganado, no se ha tenido en cuenta en primer lugar que no se ha acreditado que el mismo haya reunido las características de un concurso abierto y público, no se adjuntan la documentación pertinente que permita apreciar las evaluaciones realizadas y si se reúne el perfil necesario establecido por ley; así como tampoco se ha considerado que el demandante haya visto variada su contratación a un contrato de trabajo a plazo indeterminado, en correspondencia a un supuesto concurso por puestos de trabajo; toda vez que en fojas ciento diecinueve obra copia del contrato de trabajo a plazo fijo suscrito el dieciocho de setiembre de dos mil doce, y que fue prorrogado, conforme se aprecia de las adendas que corren en fojas ciento veintitrés y siguientes, por lo que no se puede tener como válido. Décimo Sexto: Sin perjuicio de lo dispuesto, deberá aplicarse al presente caso la regla establecida en los fundamentos diecinueve y veinte del Precedente Constitucional Nº 05057-2013-PA/TC JUNÍN, que textualmente señala: "19 (...) el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos, así como el respeto de los derechos de los trabajadores, deben ser escrupulosamente observados y cumplidos por los respectivos funcionarios y servidores que están encargados y son responsables de la contratación de personal en cada entidad del Estado, pues de lo contrario deberá imponérseles las sanciones administrativas, civiles y/o penales a que hubiere lugar, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en el artículo 243.º de la Ley N.º 27444. 20. Por tal motivo, las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y la presente sentencia, así como las disposiciones

internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración pública. A fi n de determinar quiénes fueron los responsables de la contratación del personal que labora o presta servicios, se tendrá en cuenta, entre otros aspectos y documentos, el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Reglamento Interno y demás normas internas pertinentes de cada entidad. (...)". Décimo Sétimo: No obstante, y teniendo presente que esta Suprema Sala tiene por finalidad analizar el recurso de casación, le corresponde al juez aplicar lo previsto en el fundamento veintidós del acotado precedente vinculante, contenido en la sentencia expedida el dieciséis de abril de dos mil quince en el expediente Nº 05057-2013-PA/TC, a fi n que reconduzca el proceso para que el actor solicite la indemnización que corresponda; razón por la cual, la causal declarada procedente deviene en fundada. Por estas consideraciones:

FALLO

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, Organismo Público Infraestructura Para la Productividad– OPIPP, mediante escrito de fecha tres de octubre de dos mil dieciséis, que corre en fojas cuatrocientos setenta y ocho a cuatrocientos ochenta y ocho; en consecuencia, **NULA** la Sentencia de Vista contenida en la resolución de fecha catorce de setiembre de dos mil dieciséis, que corre en fojas cuatrocientos sesenta y ocho a cuatrocientos setenta y cinco; e **INSUBSISTENTE** la sentencia apelada de fecha diecisiete de mayo de dos mil dieciséis, que corre en fojas cuatrocientos veintisiete a cuatrocientos cuarenta y cuatro, que declaró fundada en parte la demanda; **ORDENARON** que el juez de la causa emita nuevo pronunciamiento cumpliendo con fundamentar adecuadamente su decisión con arreglo a ley y observando las consideraciones que se desprenden de este pronunciamiento; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en el proceso seguido por el demandante José Rodrigo De Loayza Moreyra, sobre reconocimiento de vínculo laboral y otro; interviniendo como ponente el señor juez supremo Yrivarren Fallaque; y los devolvieron.

SS.

ARÉVALO VELA,

DE LA ROSA BEDRIÑANA,

YRIVARREN FALLAQUE,

YAYA ZUMAETA,

MALCA GUAYLUPO

CASACIÓN LABORAL Nº 1765-2017 CUSCO

Sumilla: El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, derecho integrante del derecho al debido proceso, importa que los Jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión, debiendo tener en cuenta lo expresado por las partes en las audiencias del proceso. Se incurre en nulidad cuando la motivación es insuficiente. Lima, cinco de diciembre de dos mil dieciocho. -

Reposición laboral.

VISTA

la causa número mil setecientos sesenta y cinco, guion dos mil diecisiete, guion CUSCO, en audiencia pública de la fecha, y luego de efectuada la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente Sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada, Municipalidad Distrital de Santiago, mediante escrito presentado el tres de enero de dos mil diecisiete, que corre de fojas ciento cuatro a ciento nueve, contra la Sentencia de Vista del dieciséis de noviembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas ochenta y uno a ochenta y ocho, que confirmó la sentencia apelada de fecha veintidós de agosto de dos mil dieciséis, que corre de fojas cuarenta y seis a cincuenta, que declaró fundada la demanda; en el proceso seguido por el demandante, Edgar Estanislao Huamán Enríquez, sobre reposición laboral.

CAUSAL DEL RECURSO

El recurso de casación interpuesto por la demandada se declaró procedente mediante resolución de fecha dieciséis de julio de dos mil dieciocho, que corre de fojas treinta y cuatro a treinta y ocho del cuaderno formado, por la causal de contravención a las normas que garantizan el debido proceso, previsto en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento al respecto.

CONSIDERANDO

Antecedentes judiciales Primero: A fi n de establecer si en el caso de autos se ha incurrido o no en la infracción normativa citada precedentemente, es pertinente realizar las siguientes precisiones fácticas sobre el proceso, para cuyo efecto se puntualiza un resumen de la controversia suscitada, así como de la decisión a las que han arribado las instancias de mérito. 1.1.- Pretensión: Como se aprecia de la demanda que corre de fojas seis a diez, el actor pretende la reposición laboral por la existencia de un despido sin causa justa, en el cargo de Obrero "B" como albañil, función que realizó durante el tiempo laborado. 1.2.- Sentencia de primera instancia: El Primer Juzgado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia del Cusco, mediante sentencia de fecha veintidós de agosto de dos mil dieciséis, declaró fundada la demanda, ordenando la reposición del actor como "Obrero C" en el cargo de albañil, sujeto a un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Consideró que no está probado el hecho que las partes hayan suscrito contratos de trabajo sujetos a modalidad, por lo que la condición del actor es la de un trabajador sujeto a un contrato de trabajo

verbal de plazo indeterminado bajo el régimen laboral de la actividad privada, conforme al artículo 4º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR. 1.3.- Sentencia de segunda instancia: La Primera Sala Laboral de la misma Corte Superior de Justicia, mediante Sentencia de Vista del dieciséis de noviembre de dos mil dieciséis, confirmó la sentencia apelada que declaró fundada la demanda. Consideró que el precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional en el expediente número 05057-2013-PA/TC, no es aplicable a los obreros de la Administración Pública. Infracción normativa Segundo: La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Sobre los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56º de la Ley número 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley número 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de normas de derecho material, además de otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo. Tercero: La causal declarada procedente está referida a la contravención a las normas que garantizan el debido proceso, previsto en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú. Tal disposición regula lo siguiente: "Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación". Delimitación del objeto de pronunciamiento Cuarto: Conforme a la causal de casación bajo examen, el análisis debe circunscribirse a determinar si se ha infringido o no el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, relacionado al debido proceso. De advertirse la infracción normativa de carácter procesal corresponderá a esta Sala Suprema declarar fundado el recurso de casación propuesto y la nulidad de la resolución recurrida, de conformidad con el artículo 39º de la Ley número 294971, Nueva Ley Procesal del Trabajo, con reenvío de la causa a la instancia de mérito pertinente; en sentido contrario, de no presentarse la afectación alegada por la parte recurrente, dicha causal devendrá en infundada. Quinto: Análisis y Fundamentación de esta Sala Suprema Apuntes Previos sobre el Recurso de Casación 5.1.- El Recurso de Casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme lo precisa el artículo 384º del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria según autorización contenida en la Primera Disposición Complementaria de la Ley número 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. En materia de casación es factible el control de las decisiones jurisdiccionales, con el propósito de determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al proceso regular, teniendo en consideración que éste supone el cumplimiento de los principios y garantías que regulan al proceso como instrumento judicial, precaviendo sobre todo el ejercicio del derecho a la defensa de las partes en conflicto. 5.2. La labor casatoria es una función de cognición especial, sobre vicios en la resolución por infracciones normativas que inciden en la decisión judicial, ejerciendo como vigilantes el control de derecho, velando por su cumplimiento "y por su correcta aplicación a los casos litigiosos, a través de un poder independiente que cumple la función jurisdiccional", revisando si los casos particulares que acceden a casación se resuelven de acuerdo a la normatividad jurídica, correspondiendo a los Jueces de casación custodiar que los Jueces encargados de impartir justicia en el asunto concreto respeten el derecho objetivo en

la solución de los conflictos. Así también, habiéndose acogido entre los fines de la casación la función nomofiláctica, ésta no abre la posibilidad de acceder a una tercera instancia ni se orienta a verificar un reexamen del conflicto ni la obtención de un tercer pronunciamiento por otro Tribunal sobre el mismo petitorio y proceso, siendo más bien un Recurso singular que permite acceder a una Corte de Casación para el cumplimiento de determinados fines, como la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República. 5.3. Por causal de casación ha de entenderse al motivo que la ley establece para la procedencia del Recurso, debiendo sustentarse en aquellas previamente señaladas en la ley, pudiendo por ende interponerse por apartamiento inmotivado del precedente judicial, por infracción de la ley o por quebrantamiento de la forma. Se consideran motivos de casación por infracción de la ley, la violación en el fallo de leyes que debieron aplicarse al caso, así como la falta de congruencia de lo decidido con las pretensiones formuladas por las partes y la falta de competencia. Los motivos por quebrantamiento de la forma aluden a infracciones en el proceso, por lo que en tal sentido si bien todas las causales suponen una violación de la ley, también lo es que éstas pueden darse en la forma o en el fondo. 5.4. La infracción normativa en el Recurso de Casación ha sido definida por el Supremo Tribunal en los siguientes términos: "Que, la infracción normativa puede ser conceptualizada, como la afectación de las normas jurídicas en las que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan subsumidos en el mismo, las causales que anteriormente contemplaba el Código Procesal Civil en su artículo 386, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, pero además incluyen otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo". Respecto a la infracción procesal, cabe anotar que ésta se configura cuando en el desarrollo de la causa no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han soslayado o alterado actos del procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano judicial deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en evidente quebrantamiento de la normatividad vigente y de los principios procesales. Alcances sobre el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú Sexto: Sobre el debido proceso (o proceso regular), contenido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, la doctrina es pacífica en aceptar que entre los distintos elementos integrantes del derecho al debido proceso se comprenden los siguientes: a) Derecho a un Juez predeterminado por la ley (Juez natural). b) Derecho a un Juez independiente e imparcial. c) Derecho a la defensa y patrocinio por un abogado. d) Derecho a la prueba. e) Derecho a una resolución debidamente motivada. f) Derecho a la impugnación. g) Derecho a la instancia plural. h) Derecho a no revivir procesos fenecidos. Séptimo: Respecto al derecho a una resolución debidamente motivada, el cual se encuentra reconocido en el inciso 5) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, corresponde precisar que la necesidad de motivar las resoluciones judiciales, y de hacerlo de manera razonable y ajustada a las pretensiones formuladas en el proceso, forma parte de los requisitos que permiten la observancia en un proceso concreto del derecho a la tutela judicial efectiva. Al respecto, Aníbal QUIROGA sostiene que: "(...) para que se considere cumplido el requisito de la motivación, es necesario que se lleve a cabo la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explicito que este responde a una determinada interpretación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos". Asimismo, el Tribunal Constitucional nacional en la Sentencia de fecha trece de octubre de dos mil ocho, al resolver el expediente número 00728-

2008- HC, respecto a la debida motivación de las resoluciones judiciales, sexto fundamento, ha expresado lo siguiente: "(...) Ya en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N° 1480-2006-AA/TC. FJ 2) ha tenido la oportunidad de precisar que 'el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso'". Igualmente, en el séptimo fundamento de la referida Sentencia ha señalado que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales queda delimitado, entre otros, por los supuestos siguientes: a) inexistencia de motivación o motivación aparente; b) falta de motivación interna del razonamiento; c) deficiencias en la motivación externa: justificación de las premisas; d) motivación insuficiente; e) motivación sustancialmente incongruente; y, f) motivaciones cualificadas. En ese sentido, habrá motivación de las resoluciones judiciales siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y por sí misma la resolución judicial exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa. Solución al caso concreto Octavo: Este Supremo Tribunal al revisar la causal procesal planteada, determina que existe vicio de motivación insuficiente que afecta el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales y por ende al debido proceso, a partir de la revisión de la Sentencia de Vista, el que a continuación se enuncia y que debe corregirse para resolver el caso concreto: • La Sala Superior mediante Sentencia de Vista del dieciséis de noviembre de dos mil dieciséis7 , confirmó la sentencia apelada que declaró fundada la demanda, ordenando la reposición del actor, al considerar que el precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional en el expediente número 05057-2013-PA/ TC (caso Huatuco), no es de aplicación a los obreros de la Administración Pública. Se advierte que el Colegiado Superior para llegar a dicha conclusión solo tuvo en cuenta los agravios referidos a que debió aplicarse el precedente vinculante recaído en el referido expediente número 05057-2013-PA/ TC, y que el demandante en ningún momento accedió a la Municipalidad demandada mediante concurso público de méritos a una plaza vacante y presupuestada. Ello evidencia que no se consideraron los demás agravios expuestos por la parte demandada en su recurso de apelación8 -foja cincuenta y nueve parte pertinente-, en el que se señala que "(...) El Aquo en forma errada sin la debida interpretación de las sentencias mencionadas declara fundada la demanda, cuando el actor ha sido contratado para trabajos TEMPORALES, que fue probado con las boletas de remuneración y el INFORME Nro. 153-RCP/ESCAF-UPER-MDS-2016(...)". Ello vulnera el derecho a la defensa de la parte demandada, previsto en el inciso 14) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, y que a su vez es elemento integrante del derecho al debido proceso. Noveno: En atención a lo expuesto, y como se ha adelantado, lo advertido afecta a la garantía y principio del debido proceso, que resguarda la motivación de las resoluciones judiciales, porque los argumentos brindados por la Sala Superior adolecen de motivación insuficiente. Por lo mismo, en el caso de autos se ha incurrido en infracción normativa del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, resultando la causal procesal declarada procedente en fundada, por lo que se debe casar la Sentencia de Vista y anularse la misma, para que la instancia superior de mérito emita nueva Sentencia con observancia de las consideraciones que se expresan en la presente Sentencia Casatoria. Por estas consideraciones y de conformidad con lo establecido además por el artículo 41º de la Ley número 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo,

FALLO

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación

interpuesto por la demandada, Municipalidad Distrital de Santiago, mediante escrito presentado el tres de enero de dos mil diecisiete, que corre de fojas ciento cuatro a ciento nueve; en consecuencia, **CASARON** la Sentencia de Vista del dieciséis de noviembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas ochenta y uno a ochenta y ocho, y **NULA** la misma; **ORDENARON** que la Sala Superior de origen expida nuevo pronunciamiento con observancia de las consideraciones que se expresan en esta Sentencia Casatoria; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, conforme a ley; en el proceso seguido por el demandante, Edgar Estanislao Huamán Enríquez, sobre reposición laboral; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Yaya Zumaeta; y los devolvieron.

SS.

DE LA ROSA BEDRIÑANA,

YRIVARREN FALLAQUE,

YAYA ZUMAETA,

TORRES GAMARRA,

MALCA GUAYLUPO

Negociación colectiva

CÍA de Seguridad PROSEGUR

Expediente N° 051-2015-MTPE/2.14

En la ciudad de Lima, siendo las 11.00 a.m., del día 31 de julio de 2015, en las instalaciones de la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos Laborales y Responsabilidad Social Empresarial Laboral de la Dirección General de Trabajo, se hizo presente la CÍA. DE SEGURIDAD PROSEGUR, representado por los señores (as): PEDRO CARAVEDO RODRIGUEZ, identificado con DNI Nº 08220778, en calidad de Gerente de Relaciones Laborales, JUAN GRANADOS UGAZ, identificado con DNI Nº 07873791, en calidad de Gerente de Nómina y PEDRO DIAZ RODRIGUEZ, identificado con DNI N° 45626094, en calidad de Apoderado y de la otra parte el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA CÍA. DE SEGURIDAD PROSEGUR, representado por los miembros de la Comisión Negociadora señores (as): LUIS CARDENAS VELASQUEZ, identificado con DNI Nº 18890355, en calidad de Secretario General, RICHARD TORRES SACSA, identificado con DNI N° 40008849, en calidad de miembro de comisión negociadora, GABRIEL ATOCHE ROMERO, identificado con DNI Nº 10590871, en calidad de Secretario de Prensa y Difusión, MABEL REMIGIO

ROJAS, identificada con DNI N° 40325340, en calidad de Secretaria de Economía, ERNESTO GAMIO JIMENEZ, identificado con DNI N° 0911159 en calidad de Secretario de Seguridad y Salud en el Trabajo y EDWIN OROZCO SANTACRUZ, identificado con DNI Nº 42453276, en calidad de miembro de la comisión negociadora, siendo asesorados por la CONFEDERACION GENERAL DE TRABAJADORES DEL PERU, representado por el señor LUIS CASTILLO CARLOS, identificado con DNI Nº 21272439, en calidad de Secretario de Defensa, quienes concurren a la reunión de conciliación programada para el día de hoy.

Iniciada la diligencia, las partes por mutuo consenso acuerdan lo siguiente:

CLAUSULA PRIMERA: INCREMENTO REMUNERATIVO

La Empresa otorgará, a partir del 16 de abril del 2015, un incremento al sueldo básico mensual a todos los trabajadores comprendidos en el presente Convenio Colectivo, según los niveles y puestos, conforme al siguiente detalle:

Nivel/Puesto	Incremento al básico 2015-2016	Incremento al básico 2016–2017
Oficial Conductor o Portavalor	S/. 115.00	S/. 115.00
Técnico Conductor o Portavalor	S/. 110.00	S/. 110.00
Portavalor/ Conductor	S/. 105.00	S/. 105.00
Resguardo de Valores	S/. 95.00	S/. 95.00
Supervisor de Tesorería	S/. 150.00	S/. 150.00
Auxiliar Administrativo de Tesorería	S/. 130.00	S/. 130.00
Auxiliar de Tesorería	S/. 100.00	S/. 100.00

Adicionalmente, en el caso de los Recontadores del área de Tesorería, obtendrán S/.73.00 mensuales en el concepto de movilidad. Este concepto tiene carácter permanente.

Aquellos trabajadores afiliados cuyos puestos no se encuentren señalados en el cuadro anterior, también recibirán un incremento al básico proporcional al igual que se hizo en el Convenio Colectivo anterior.

CLAUSULA SEGUNDA: ASIGNACIONES Y BONIFICACIONES

1. ASIGNACION FAMILIAR

La Empresa continuará otorgando la Asignación Familiar conforme a ley.

2. ASIGNACION POR FALLECIMIENTO

La Empresa conviene en otorgar al trabajador por cada evento una asignación económica por fallecimiento de cónyuge, conviviente (conforme a ley) padres y/o hijos hasta los 18 años, siempre que el trabajador acredite con documentos su vinculación familiar y previa entrega de la partida, acta o certificado de defunción.

Cumplido el requisito antes mencionado, la asignación será entregada dentro de las 24 horas de realizada la solicitud.

El monto de esta asignación es la siguiente, según los años de servicio del trabajador en la empresa a la fecha del evento:

Años de servicio	**Cantidad**
De 1 a 2 años	S/. 330
De más de 2 año a 7	S/. 550
De más de 7 año a 13	S/. 600
De 13 años a más	S/. 650

La Empresa seguirá otorgando una licencia con goce de haber de 3 días para los trabajadores cuyo familiar directo haya fallecido en la misma ciudad donde reside; y de 5 días si el fallecimiento se produjo fuera de la ciudad de residencia del trabajador. Asimismo, la Empresa seguirá otorgando una ofrenda floral al lugar donde se desarrolle el sepelio según lo informe el trabajador.

El valor de la asignación entrará en vigencia a partir del 01 de agosto de 2015. Aquellos eventos ocurridos anteriormente a esta fecha han sido o deben ser cubiertos con la asignación del convenio colectivo anterior.

3. ASIGNACION POR EDUCACION

La Empresa conviene en otorgar a los trabajadores

con dos anos de serv1c1os en la empresa y que tengan hijos los cuales deben encontrarse cursando estudios en nivel inicial, primaria o secundaria, una asignación anual por educación ascendente a S/.85.00.

El pago de la asignación entra en vigencia a partir de la suscripción del presente convenio colectivo, debiendo entregarse por primera vez en febrero de 2016, previa acreditación y sustentación del trabajador, de los estudios antes citados por sus hijos.

En virtud de lo antes mencionado, las partes acuerdan eliminar los beneficios que actualmente viene otorgando la Empresa en materia educación, como son los paquetes escolares y las becas de estudios para hijos de trabajadores con notas sobresalientes, sin perjuicio de los beneficios que ya se han otorgado en el año 2015.

4. BONIFICACION POR QUINQUENIO

La empresa conviene en otorgar, por única vez, una Bonificación por quinquenio a favor de los trabajadores que cumplan años de servicios a partir de la entrada en vigencia del presente convenio colectivo, de acuerdo al siguiente detalle:

Periodo/Quinquenio	Cantidad
5 años	S/. 50
10 años	S/. 280
15 años	S/. 550
20 años	S/. 800
25 años	S/. 950
30 años	S/. 1,100

Esta bonificación se pagará a quienes cumplan los 5 años desde la entrada en vigencia del presente convenio colectivo.

5. BONIFICACIÓN POR TRABAJO EN ATM

A partir de la fecha de suscripción del presente convenio colectivo, la Empresa otorgará una bonificación de Sl.2.00 al Portavalor y de S/.0.50 al resguardo de valores, a nivel nacional, por cada operación de ATM o en cajero automático atendido, en las mismas condiciones que se vienen otorgando.

6. BONIFICACION POR JORNADA

A partir de la fecha de suscripción del presente convenio colectivo la Empresa se compromete a otorgar una bonificación de Sl.15.00 a aquellos trabajadores afiliados del área de valores de Lima, entendiéndose como tales a los conductores de valores, Portavalores y resguardo de valores, que culminen su jornada de trabajo después de las 23:30 horas; o, si es que su jornada de trabajo iniciara antes de las 06:00 horas.

7. BONIFICACION POR BUEN DESEMPEÑO

La Empresa conviene en otorgar a los trabajadores del área de valores y a nivel nacional, entendiéndose como tales a los conductores de valores, Portavalores y resguardo de valores, una bonificación trimestral por buen desempeño de S/. 80.00, siempre y cuando el trabajador cumpla con un desempeño óptimo considerando los siguientes criterios de evaluación:

Portavalor

- Asistencia
- Puntualidad
- Incumplimiento del RIT, normas,procedimientos e instructivos operativos
- Evaluación: Aptitud física y tiro; de conocimientos operativos

Conductor

- Asistencia
- Puntualidad
- Incumplimiento del RIT, normas, procedimientos e instructivos operativos
- Choques sin responsabilidad del conductor Papeletas no autorizadas por la empresa
- Evaluación: Aptitud física y tiro; de conocimientos operativos

Resguardo

- Asistencia

- Puntualidad
- Incumplimiento del RIT, normas, procedimientos e instructivos operativos
- Evaluación: Aptitud física y tiro; de conocimientos operativos

El sistema de evaluación entrará en vigencia a partir del 01 de octubre de 2015, por lo que la primera bonificación trimestral considerará los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2015.

8. VALE DE ALIMENTOS A PERSONAL DE TESORERIA

La Empresa conviene en seguir otorgando un vale de alimentos al personal de auxiliares, supervisores y coordinadores del área de Tesorería de Lima, si es que laboran en día sábado o domingo, conforme al siguiente detalle:

Auxiliar y supervisor: S/.15.00 soles

Coordinador: S/.25.00 soles

9. BONIFICACION ESPECIAL POR TRABAJO EL 24 Y 31 DICIEMBRE

La Empresa se compromete a pagar una movilidad por laborar el 24 y 31 de diciembre pasadas las 23:00 horas de cada día, para el personal del área de valores y de tesorería, y a nivel nacional.

Para los Portavalores, conductores de valores y resguardos de valores, movilidad ascenderá a S/.15.00. Para el personal del área de tesorería, esta movilidad ascenderá a S/.30.00.

CLAUSULA TERCERA: PRÉSTAMO POR VACACIONES

La Empresa conviene en seguir concediendo un préstamo por vacaciones, por un monto equivalente a un sueldo bruto, que será abonado a cada trabajador que lo solicite voluntariamente, siempre que, a la fecha de la solicitud, el trabajador no mantenga una deuda con la empresa equivalente a 2 sueldos brutos a más.

Este préstamo podrá ser solicitado hasta dentro de los 5 primeros días de retornar de vacaciones, será desembolsado dentro de las 72 horas de solicitado, y será pagado hasta en 5 meses a solicitud del trabajador.

CLAUSULA CUARTA: ECO ROMEO

En el caso de los trabajadores que realizan Eco-Romeo en Lima (Portavalor, conductor y resguardo de valores), la Empresa conviene en que seguirá asumiendo el costo del almuerzo correspondiente en las mismas condiciones que lo viene realizando. Asimismo, la Empresa sigue asumiendo el costo de S/.8.00 por el almuerzo en la zona de destaque en Lima. Asimismo, la Empresa conviene en seguir disminuyendo esta actividad.

CLAUSULA QUINTA: SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN

A partir del 17 de agosto del 2015, la Empresa seguirá subsidiando parte del desayuno, almuerzo y cena para los trabajadores de Lima, que sean conductores de unidades blindadas y livianas, reguardo de valores, Portavalores, Recontadores de tesorería, agentes de seguridad, auxiliares de servicios generales, cajeros humanos, auxiliares de tesorería y bóveda, personal de taller, personal conductores de canje y supervisores de tesorería.

Concepto	Subsidio de la Empresa
Desayuno	S/. 1.60
Almuerzo	S/. 4.90
Cena	S/. 1.30

Adicionalmente, se subsidiará el desayuno, almuerzo y cena de los Supervisores de Tesorería, pero sólo en el 50% de los montos ya mencionados.

Los trabajadores asumirán la diferencia que no esté subsidiada.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, la Empresa asumirá el costo total del almuerzo servido en el Comedor de la Planta en Lima, para el Portavalor, conductor y resguardo de valores de Lima, que regresen de ruta local a la Planta pasadas las 15:30 horas.

CLAUSULA SEXTA: VIATICOS LIMA

A partir de la fecha de suscripción del presente Convenio, la Empresa conviene en continuar

otorgando los viáticos de comidas al personal de Valores de Lima (Portavalor, conductor y resguardo de Valores), en caso tengan que salir de ruta fuera del radio urbano. En estos casos la Empresa reconocerá viáticos del desayuno, almuerzo y cena, conforme al siguiente detalle:

Viático de desayuno: La tripulación de valores tendrá derecho 'al viático de desayuno de salida de S/.9.00, si es que la salida de la Planta se produce antes de las 06:00 hora, y al viático de desayuno de retorno si es que la llegada a la Planta es pasadas las 09:00 horas.

Viático de almuerzo: La tripulación de valores tendrá derecho al viático de almuerzo de salida de S/.16.00, si es que la salida de la Planta se produce antes de las 10:00 horas, y al viático de almuerzo de retorno si es que la llegada a la Planta es pasadas las 15:00 horas.

Viático de cena: La tripulación de valores tendrá derecho al viático de cena de salida de S/.15.00, si es que la salida de la Planta se produce antes de las 16:00 horas, y al viático de cena de retorno si es que la llegada a la Planta es pasadas las 21:00 horas.

Asimismo la EMPRESA se compromete a revisar los montos de los viáticos que se otorgan a los trabajadores que desempeñan sus labores en provincias.

CLAUSULA SEPTIMA: RENOVACION DE LICENCIA DE CONDUCIR

A la partir de la firma del presente Convenio, la Empresa conviene en asumir el 60% del costo del trámite de la renovación de la licencia de conducir, de aquellos trabajadores con más de 4 años de servicios en la Empresa. El costo a asumir corresponderá sólo a las licencias AIIB, AIIIB, AIIIC que estén relacionadas a los vehículos de propiedad de la Empresa.

CLAUSULA OCTAVA: ANOMALIAS TESORERIA

La Empresa conviene en que las remesas que salgan sin verificar de la Empresa por él, área de Despacho no serán asumidas por el Recontador a nivel nacional, siempre que se haya realizado el procedimiento correspondiente.

CLAUSULA NOVENA: VIAJES A PROVINCIA

Para los viajes a provincia del personal de transporte de valores, se considerará jornada de trabajo continuo el tiempo de descanso de la tripulación siempre que pernocte dentro de las unidades blindadas a su cargo. Asimismo, la Empresa se compromete a realizar una efectiva rotación para la elección de los trabajadores del área de valores de Lima que viajarán a provincia, mensualmente y de forma posterior al viaje se pondrá a disposición del Sindicato la relación de trabajadores que viajaron.

La Empresa evaluará los casos especiales donde el trabajador labore el día de su onomástico, a efectos de procurar, en la medida de lo posible considerando los servicios y el número de personal, otorgar excepcionalmente medio día libre en las circunstancias que así se amerite.

CLAUSULA UNDÉCIMA: PROGRAMACIÓN DE SERVICIO EN TRANSPORTE DE VALORES

La Empresa garantizará un mínimo de 09 horas entre el término de un servicio y el inicio del siguiente, en el caso del Portavalor, conductor y resguardo de valores de Lima. Asimismo, la programación de los servicios del sábado y domingo se comunicará el viernes anterior; y los servicios del lunes se comunicarán el domingo.

CLAUSULA DUODÉCIMA: COMEDORES

La Empresa se compromete a mantener habilitado un espacio destinado al comedor en las sucursales, con los equipos necesarios para su uso, como son: mesas, sillas, refrigeradora, horno microondas y dispensador de agua.

El plazo para la habilitación de todos los equipos será de 3 meses, a partir de la firma del presente Convenio Colectivo.

Asimismo, al 31 de diciembre de 2015, habilitará un comedor para el personal de Tesorería en Lima, con las mismas comodidades antes descritas e implementará muebles para descansar.

CLAUSULA DECIMO TERCERA: AGUINALDO POR NAVIDAD

Con ocasión de las fiestas navideñas, La Empresa se compromete a otorgar un pavo de 8 kilos en las mismas condiciones que se viene otorgando de acuerdo a sus políticas, siempre que el trabajador tenga vínculo laboral vigente al 30 de octubre y además en la fecha de entrega del beneficio.

CLAUSULA DECIMO CUARTA: SERVICIO DE LIMPIEZA DE CAMIONES

La Empresa mantendrá el servicio de limpieza y/o lavado de los camiones en la ciudad de Lima. A partir del 16 de abril del 2016 se ampliará el servicio a las sucursales.

CLAUSULA DECIMO QUINTA: VESTIDORES CON DUCHA EN TESORERIA EN LIMA

La Empresa habilitará las duchas con puertas dentro de los vestidores del personal de Tesorería, en Lima. La implementación culminará el 31 de diciembre del 2015.

CLAUSULA DECIMO SEXTA: ASCENSOS

La Empresa ratifica que los ascensos al grado inmediato superior se realizan con criterios de objetividad y transparencia, siendo el requisito indispensable que los trabajadores gocen y cumplan con EI perfil requerido para el puesto, así como con los conocimientos técnicos necesarios.

En ese sentido, se publicará trimestralmente las notas producto de la evaluación del desempeño del personal de Portavalor, conductores y resguardo de valores de Lima, y el procedimiento sobre ascensos que tenga la Empresa, en la oportunidad en que exista la necesidad de cubrir puestos.

CLAUSULA DECIMO SÉTIMA: JUNTA DISCIPLINARIA

En caso el trabajador afiliado se vea inmerso en una falta grave que pueda ser sancionada con el despido, las partes acuerdan que se conformará una Junta Disciplinaria a efectos de determinar la responsabilidad del trabajador y la sanción correspondiente.

Dicha Junta estará conformada de la siguiente manera:

1. Un representante de la Junta Directiva del Sindicato, siempre que el trabajador inmerso se encuentre afiliado a la organización sindical.

2. Un par del trabajador involucrado, de la misma categoría y puesto (elegido por sorteo por la propia Junta).

3. El Jefe inmediato del trabajador involucrado.

4. El Gerente del área donde labora el trabajador involucrado o designado por el Gerente.

5. Un representante de la Gerencia de Recursos Humanos.

CLAUSULA DECIMO OCTAVA: SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

1. La Empresa mantendrá las Unidades Blindadas en óptimo estado de funcionamiento, con los equipos de seguridad adecuados y en óptimas condiciones, como son: botiquín de primeros auxilios, extintor, equipos de comunicación, luces de emergencia y linterna, sirena. Adicionalmente, la ventilación, espejo, visibilidad, cinturón de seguridad, luces, frenos, limpialunas.

2. En el área de recuento de dinero, se mantendrá la funcionalidad de los extractores de aire y del aire acondicionado, y se implementará purificador de aire; de igual manera la comodidad del personal de recuento a través de asientos ergonómicos.

3. La Empresa continuará entregando el uniforme correspondiente al personal como lo viene haciendo. Asimismo, a cada Portavalor, conductor y resguardo de valores se le otorgará dos fundas de chaleco durante el 2015, y una funda a partir del 2016 por cada año. Igualmente, una vez al año, entregará un par de zapatos con punta de acero al personal del área de Tesorería, en: bóveda central, sala de monedas, bóveda de tarjetas y logística de

Tesorería.

4. Sólo en aquellos casos donde el trabajador deba acudir a una terapia de rehabilitación producto de un accidente de trabajo, previa orden del médico tratante, la Empresa reembolsará el costo del transporte a la terapia conforme a lo siguiente:

a. El trabajador deberá presentar en original y copia la orden medica que dispone la terapia.

b. El costo será asumido vía reembolso, previa exhibición del sello que acredita la asistencia del trabajador a la terapia.

c. La Empresa sólo asumirá el costo de S/.10.00 por día, en reembolso. Sólo en casos excepcionales, debidamente evaluados por el médico ocupacional de la Empresa, se pagará hasta S/.15.00. El pago de este reembolso se hará de forma semanal a partir de la firma del presente Convenio.

5. La Empresa reubicará al trabajador que hubiera sufrido un accidente de trabajo siempre y cuando exista un puesto de trabajo conforme a lo siguiente:

a. El trabajador deberá entregar una solicitud escrita en ese sentido, adjuntando el Informe del médico tratante donde se consigne la necesidad de reubicación, así como los motivos y características de la misma.

b. El trabajador deberá autorizar por escrito, previo a la decisión del Empleador, el acceso del médico ocupacional a la historia clínica del trabajador, con la finalidad de determinar la mejor reubicación.

c. De proceder la reubicación, la Empresa deberá capacitar internamente al trabajador para el nuevo puesto de trabajo que desempeñará.

CLAUSULA DÉCIMO NOVENA: CIERRE DE PLIEGO

La Empresa conviene en otorgar, por única vez, la suma de S/.340.00 a cada trabajador afiliado al Sindicato como cierre de pliego, así como la suma única de S/.7,200.00, por única vez, a la organización sindical.

CLAUSULA VIGÉSIMA: LIBERTAD SINDICAL

La Empresa ratifica el respeto a la libertad sindical y a no realizar acciones que entorpezcan el libre ejercicio de la misma, así como facilitar el desempeño de los delegados sindicales.

La Empresa mantendrá el periódico mural que la organización sindical actualmente tiene.

Asimismo, implementará al 31 de diciembre de 2015 un periódico mural en el área de Tesorería de Lima y, en el lapso de un año, en cada sucursal donde hubiere personal afiliado a la organización, dependiendo del espacio de cada sede.

CLAUSULA VIGESIMO PRIMERA: LICENCIA SINDICAL

La Empresa conviene en seguir otorgando los permisos o licencias sindicales, por un máximo de 160 días calendarios de un año, los cuales serán utilizados por los dirigentes según lo precise el Sindicato, siempre que sean solicitados con una anticipación mínima de 48 horas. En caso la solicitud se realice por correo electrónico, deberá ser regularizada posteriormente al día siguiente hábil.

CLÁUSULA VIGÉSIMO SEGUNDA: RELACIONES LABORALES

1. Clima Laboral.- Las partes mantienen el compromiso que, en ninguna circunstancia, permitirán el trato indignante, soez, prepotente, agresiones físicas y amenazas, de un trabajador a otro, sea cual fuese el cargo en la Empresa o Sindicato. Asimismo, en caso de la aplicación de la prueba del polígrafo, la misma se realizará siempre que se cuente con la autorización expresa del trabajador.

2. Reuniones mensuales.- Las partes continuarán reuniéndose el tercer jueves de cada mes, con la finalidad de discutir cualquier

tema relativo a las relaciones laborales. Cualquier solicitud de postergación debe ser comunicada por escrito con una anticipación de 48 horas, y deberá ser realizada a la semana siguiente.

En ese sentido el Sindicato se compromete con la Empresa a contribuir decididamente en la mejora del clima laboral y solucionar todo inconveniente por la vía del diálogo permanente, con franqueza y transparencia.

3. Principio de Igualdad.- Las partes se comprometen a respetar el principio de igualdad en el trabajo, no admitiendo ningún tipo de discriminación por razones de género, estado civil, edad, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, discapacidad sensorial, intelectual y/o física, y por la condición de afiliado o no a la organización sindical.

4. Paz laboral.- La Empresa y el Sindicato dejan constancia que a la firma del presente Convenio Colectivo se da por solucionado de manera íntegra el pliego petitorio presentado por el Sindicato. Ambas partes reconocen la importancia del diálogo y el respeto en las relaciones laborales, por lo que se comprometen a recurrir al diálogo directo como mecanismo de solución pacífica de cualquier conflicto que pudiese presentarse.

El Sindicato declara su compromiso a contribuir a la mejora continua del clima laboral en la Empresa. Por su parte, La Empresa se compromete a no realizar actos de hostilización y/o represalias en contra de los trabajadores afiliados al Sindicato.

CLAUSULA VIGESIMO TERCERA: VIGENCIA Y APLICACIÓN

Ambas partes acuerdan que la vigencia del presente Convenio Colectivo será de 02 años, a partir del 16 de abril del 2015 al 15 de abril del 2017, siendo aplicable a todos los afiliados, al Sindicato con vínculo laboral vigente al 31 de julio de 2015, fecha de conclusión de la negociación colectiva, y a los que corresponda conforme a ley y demás normas y criterios jurisprudenciales, salvo disposición expresa y/o distinta señalada en la parte correspondiente del presente documento.

CLAUSULA VIGESIMO CUARTA: PAGO DE REINTEGROS

La Empresa se compromete a pagar los reintegros de los beneficios económicos que corresponda, desde la entrada en vigencia del presente Convenio Colectivo, a más tardar el 31 de julio del 2015, incluyendo el bono de cierre de pliego.

Siendo, las 17.30 horas del 31 de julio de 2015, leída que fue, firman las partes en señal de conformidad de lo que doy fe.

Ganadería Santa Elena S.A.

Expediente N° 142-2017-MTPE/DPSCLRSEL

En la ciudad de Lima, siendo las 10:00 a.m., del día lunes 18 de diciembre del 2017, se hicieron presentes ante la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos Laborales y Responsabilidad Social Empresarial Laboral de la Dirección General de Trabajo, con la presencia del Abogado–Conciliador Lenin Reyna Cornejo; de una parte la comisión negociadora de GANADERA SANTA ELENA S.A. (AHORA DENOMINADA GRUPO SANTA ELENA S.A), conformada por los señores ISABEL BERENIZ TERRONES LEVANO, identificada con DNI No. 42071086, en calidad de Gerente de Recursos Humanos; MAX ENRIQUE CIPION RIVADENEIRA identificado con D.N.I. No. 09478219, en calidad

de Jefe de Recursos Humanos; CLAUDIA DE MAGNOLIA SAENZ MOLERO, identificada con DNI No. 40064473 en calidad de apoderada y EMILIO ROBERTO CABALLERO LA ROSA identificado con ONI No. 08195265 en calidad de apoderado; y, de la otra parte la Comisión Negociadora del SINDICATO UNICO DE TRABAJADORES DE GANADERA SANTA ELENA S.A.–SUTRAGSE, conformada por los señores: BERTOLT OCAÑA SANTIESTEBAN, identificado con DNI No. 42893038, en calidad de Secretario General, ROGGER ANTONIO CHACON MIRANDA, identificado con ONI No.46152573, en su calidad de Secretario de Actas y Archivos, CECILIA ELENA PAUCAR PINTO. Identificada con DNI No 44946907, en calidad de afiliada y GREGORIO SOTO SANTILLA identificado con DNI No. 15982818, en calidad de afiliado, asesorada por el abogado CARLOS ALFONSO GAMERO QUISPE acreditado con Registro CAL No. 7502 y, de la otra parte la comisión negociadora de la empresa, quienes están acreditados, siendo el caso que luego de las deliberaciones correspondientes logran la suscripción del Convención Colectiva que da solución definitiva al pliego de Reclamos correspondiente al período 2017–2018, materia del expediente N° 162-2017-MTPE/2/14-NC, quedando el mismo en los siguientes términos:

1. ASPECTOS GENERALES

CLAUSULA PRIMERA.–
VIGENCIA

El presente convenio colectivo tendrá vigencia del 02 de abril del 201 2018.

CLAUSULA SEGUNDA.–
SOBRE AUMENTO GENERAL DE SUELDOS Y SALARIOS

La empresa conviene en otorgar a los trabajadores que se encuentren laborando a la presentación del pliego de reclamos, un aumento de S/. 1.50 soles diarios a su remuneración básica.

CLAUSULA TERCERA.–
ASIGNACIONES

- **ASIGNACION ESCOLAR:** La empresa conviene en incrementar la asignación anual por escolaridad, la que a partir de la celebración del presente convenio colectivo será de S/. 110.00 (CIENTO DIEZ y 00/100 SOLES) por cada hijo en edad escolar; especificándose que la misma se extenderá hasta los hijos que cumplan veinticinco (25) años, en tanto sigan estudios técnicos o universitarios debidamente acreditados.
- **ASIGNACIÓN POR FALLECIMIENTO DE FAMILIARES DIRECTOS DEL TRABAJADOR:** La empresa conviene en incrementar la asignación por fallecimiento de familiar directo (padres, cónyuge e hijos) del trabajador, a la suma de S/. 800.00 (OCHOCIENTOS y 00/100 SOLES).

2. CONDICIONES DE SEGURIDAD Y SALUD

CLAUSULA CUARTA.
–ALIMENTACIÓN:

La empresa homologa las condiciones de alimentación que se viene otorgando a los trabajadores en el Sur a los trabajadores del Norte, e siguientes condiciones:

Trabajadores Obreros, asumirán el 10% del precio del menú. Trabajadores Empleados; asumirán el 35% del precio del menú.

Trabajadores de las Granjas; la empresa asumirá el 100% del precio del menú.

Asimismo, de forma excepcional los trabajadores empleados: SEGUNDO CIRILO ALVARADO ALVARADO, JOSE ANGEL BUEZA CHAUCA, MARCO DEMETRIO PASCO MORENO, VICTOR RIOS TAFUR, GILIAT PARDO ASENCIOS e ISIDORO ISAAC SALAZAR GOMERO, asumirán el 10% del precio del menú.

Como consecuencia de lo antes señalado las partes acuerdan que I que percibían los trabajadores será retirada de la planilla.

CLAUSULA QUINTA.–

LICENCIA SINDICAL

La Empresa respetará lo acordado en pliegos anteriores:

- La Empresa conviene en otorgar la licencia sindical de acuerdo a lo establecido en la ley, 120 días. En caso los días de licencia sindical establecidos en la Ley se agotaran, la Empresa conviene en otorgar días adicionales en tanto el pedido de licencia esté debidamente justificado y acreditado.
- La licencia sindical podrá ser utilizada por cualquiera de los dirigentes del sindicato.

CLAUSULA SEXTA.–
PERMISOS REMUNERADOS

La empresa conviene:

En ampliar la licencia de tres (03) a cuatro (04) días en caso de fallecimiento de un familiar en primer grado, llámese padres, esposa, esposo o conviviente e hijos, en la localidad de Lima.

En ampliar la licencia de cinco (OS) a seis (06) días en caso de fallecimiento de un familiar en primer grado, llámese padres, esposa, esposo o conviviente e hijos, en provincias.

En respetar la Licencia por Paternidad de cuatro (04) días según lo establece la Ley.

CLAUSULA SEPTIMA.–
BONIFICACION POR CIERRE DE PLIEGO

Las partes acuerdan que por concepto de Bonificación por Cierre de Pliego la Empresa otorgará al Sindicato la suma de S/. 38,000.00 (TREINTA Y OCHO MIL y 00/100 SOLES) por única vez.

El pago por concepto del Bono por cierre de pliego se abonará a los quince (15) calendarios contados a partir del día siguiente de la firma del acuerdo.

La empresa conviene que el plazo del pago de los reintegros (aumento general, alimentación y fallecimiento), no superará los tres (03) meses contados a partir del día siguiente de la firma del acuerdo.

Queda establecido por ambas partes que los demás puntos que n está contenidos en el acuerdo, se tienen por retirados; dándose en consecuencia por solucionado el pliego de reclamos 2017–2018, materia del expediente N° 162-2017-MTPE/2/14-NC, que serán comunicados a la Dirección General de Trabajo para el registro y archivo correspondiente.

Con el presente acuerdo el sindicato deja sin efecto su comunicación de huelga general indefinida presentada a la Autoridad Administrativa de Trabajo con fecha 12 de diciembre de 2017.

Siendo la 1:30 p.m., las partes suscriben el presente Convenio Colectivo de Trabajo periodo 2017 2018, en señal de conformidad y aprobación en la fecha señalada en el encabezamiento, comprometiéndose a darle fiel cumplimiento y observar las reglas de buena fe y respeto mutuo.

ACTUALIDAD LABORAL

www.revista-actualidadlaboral.com

EDITADO POR:

LUCERNA JURIS