



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

Aplicación de la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre discriminación por asociación.

Trabajadora que es despedida por razón de la actividad sindical de su pareja.

Artículo de Eduardo Rojo Torrecilla

La evolución del derecho del trabajo en España en la actualidad por la vía de la "flexiguridad".

Propuestas para una posible reforma laboral.

Artículo de Daniel Toscani Giménez

10 años de la Ley de Igualdad de Remuneraciones en Chile.

Cambiar un poco para que todo siga igual

Artículo de José Francisco Castro

Normas legales

Jurisprudencia

Negociaciones colectivas

EDITORIAL

Lamentablemente, al momento de escribir estas líneas, nuestro país se encuentra atravesando una crisis institucional que, nos encontramos seguros, ninguna de las partes en conflicto evaluó adecuadamente en su oportunidad, lo que significa que, tanto el Poder Ejecutivo, como el Poder Legislativo, cometieron actos de irresponsabilidad de gobierno que no justifican de manera alguna la situación en la que han situado a nuestra sociedad.



**Fernando Varela
Bohórquez**
Director

Desde esta tribuna reiteramos la invocación que hicieramos en nuestra editorial del mes de julio del presente año, *“consideramos que la verdadera crisis es el crecimiento del desempleo juvenil, la falta de verdadera capacitación ocupacional de nuestros jóvenes, las tasas tan elevadas de informalidad laboral, la incongruencia legislativa al momento de dictar normas laborales, la falta de codificación y sistematización de nuestro ordenamiento laboral, entre otros temas realmente importantes y que merecen una rigurosa reforma”*, esos son uno de los tantos verdaderos temas que la sociedad exige y que urgen de pronta solución.

Reiteramos nuestra invocación a nuestras autoridades, piensen en los verdaderos problemas que aquejan a los ciudadanos de nuestro país y analicen el impacto económico (y por consiguiente en la relaciones laborales) que sus actos pueden ocasionar.

Ahora a temas más felices, en esta edición contaremos con la valiosa participación de tres destacados docentes universitarios, los españoles **Eduardo Rojo Torrecilla y Daniel Toscani Giménez**, así como el chileno **José Francisco Castro Castro**.

El profesor Rojo, es un destacado Catedrático de Derecho del Trabajo y de

la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona que viene colaborando desinteresadamente con nuestra revista. En esta oportunidad gentilmente nos ha autorizado la publicación de un artículo titulado *“Aplicación de la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre discriminación por asociación. Trabajadora que es despedida por razón de la actividad sindical de su pareja. Una nota a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias de 29 de agosto de 2019”*, en el que analiza los antecedentes jurisprudenciales, así como los fundamentos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias del 28 de agosto de 2019 que aborda el caso de una trabajadora despedida por razón de la actividad sindical reivindicativa de su pareja lo que se constituye en un despido por discriminación por asociación. Como tendrán la oportunidad de observar, se trata de un artículo que analiza una clase de despido no desarrollado en nuestra doctrina jurisprudencial. Nota aparte es indicar que los hipervínculos contenidos en el artículo contiene información valiosísima para nuestros lectores.

Daniel Toscani es Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia y Profesor Titular de la misma Universidad en el

Departamento de Derecho y Seguridad Social durante los últimos 24 años. En esta primera oportunidad, que esperamos no sea la última, colabora con un artículo titulado *"La evolución del Derecho del Trabajo en España en la actualidad por la vía de la flexibilidad"*. Propuestas para una posible reforma laboral", en el que reflexiona sobre el concepto de flexibilización del Derecho del Trabajo, como se ha llevado a cabo en España y si se ha compatibilizado realmente con la seguridad en el empleo para el trabajador, analizando los tres momentos de reivindicación de la flexibilidad en la relación laboral, externa, interna y de salida. Como podrán apreciar nuestros lectores, aprender de la realidad española en temas de su reforma laboral es importante para el análisis y debate de la necesidad de nuestra propia reforma laboral que, en nuestro caso, debe atacar los altos índices de informalidad laboral en nuestro país.

El profesor Castro es abogado por la Universidad de Chile, Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica de Chile, Máster en Dirección de Recursos Humanos por la Universidad Diego Portales, Director de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Profesor del Magíster en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile (LLM UC), mención Derecho del Trabajo y Seguridad Social. En esta oportunidad colabora con un artículo titulado *"Diez años de la Ley de Igualdad de Remuneraciones en Chile: cambiar un poco para que todo siga igual"* que corresponde a una versión adaptada de la ponencia presentada por el Profesor Castro en el XI Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, realizado en Córdoba, Argentina, entre el 04 y 06 de setiembre de 2019. En este artículo el autor busca realizar una evaluación crítica del real impacto que la Ley 20.348 ha tenido en las relaciones laborales chilenas, particularmente en la reducción de la brecha salarial entre hombres y mujeres.

Como sabrán apreciar, es un tema de evidente actualidad en la medida que en nuestro país nos encontramos en proceso de adecuación a las regulaciones establecidas en la Ley 30709, "Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres" publicada en el diario oficial "El Peruano" el 27 de diciembre de 2017.



En definitiva, esta edición analiza un despido no discutido en nuestra doctrina jurisprudencial, evalúa la reforma laboral española que consideramos importante para plantear nuestra propia reforma; y, analiza una ley de discriminación remunerativa con 10 años de vigencia que será de mucha utilidad para entender los cambios que debemos tener en consideración al implementar nuestra ley de igualdad remunerativa.

Como siempre, expresamos nuestro agradecimiento a los autores por su colaboración 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 Aplicación de la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre discriminación por asociación. Trabajadora que es despedida por razón de la actividad sindical de su pareja.
Artículo de Eduardo Rojo Torrecilla
- 20 La evolución del derecho del trabajo en España en la actualidad por la vía de la “flexiguridad”. Propuestas para una posible reforma laboral.
Artículo de Daniel Toscani Giménez
- 34 10 años de la Ley de Igualdad de Remuneraciones en Chile. Cambiar un poco para que todo siga igual.
Artículo de José Francisco Castro
- 40 Normas legales
- 62 Jurisprudencia
- 107 Negociaciones colectivas

Director Fundador

Fernando Elías Mantero

Director

Fernando Varela Bohórquez

Comité Editorial

César Llorente Vilchez

Marcos Suclupe Mendoza

André Farah Salas

Colaboradores

Connie Cossio

Héctor Chávez Soto

Cecilia Rojas Villanueva

Editada por:

EM
ELIAS MANTERO
ABOGADOS



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

APLICACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN

TRABAJADORA QUE ES DESPEDIDA POR RAZÓN DE LA ACTIVIDAD SINDICAL DE SU PAREJA

Una nota a la sentencia del tribunal superior de justicia de la comunidad autónoma de canarias de 29 de agosto de 2019.



Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona desde el 16 de enero de 2008. Director del Departamento de Derecho Público y Ciencias Histórico de la UAB desde noviembre de 2014 a noviembre de 2018. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona desde junio de 1994 hasta marzo de 2000, y Director del Departamento de Derecho Privado de la UdG, durante el periodo junio 2004- junio 2007. Coordinador de los estudios de la licenciatura en Ciencias del Trabajo (2002-2004). Director del comité científico encargado de los trabajos de elaboración del Plan General de Empleo de Cataluña 2006-2008. Director de la Cátedra de inmigración, derechos y ciudadanía de la UdG desde octubre de octubre de 2001 a diciembre de 2007, Coordinador (noviembre 2007- febrero 2008) del grupo de trabajo sobre el acceso al mercado de trabajo creado en el marco del proceso de elaboración del Pacto nacional para la inmigración en Cataluña. Es autor y coautor de numerosas publicaciones sobre políticas laborales, de empleo y de inmigración. Pretende transmitir sus reflexiones jurídicas y sociales a todas las personas interesadas a través de su blog (www.eduardorojotorrecilla.es) y en general de las redes sociales



1. Pocos meses después de la puesta en marcha de mi blog, “El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales” (www.eduardorojotorrecilla.es), en concreto el 20 de julio de 2008, publiqué una breve entrada con el título “[Importante sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Discriminación directa por discapacidad de un hijo de la afectada](#)”, en la que recogí los apartados más importantes a mi parecer, y también el fallo, de la sentencia dictada por la Gran Sala el día 17 del mismo mes ([asunto C-303/06, caso Coleman](#)).

En la introducción expuse que *“El litigio versa sobre la consideración de discriminación directa de las actuaciones empresariales sobre una trabajadora que tiene un hijo con discapacidad y cuya prestación laboral se ve limitada por dicha circunstancia. El Tribunal concluye que hay discriminación directa en este caso aunque la persona discriminada no sea discapacitada, porque la Directiva 2000/78 no se aplica a una categoría determinada de personas sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma Directiva”*.

En aquella lejana entrada reproduce cuatro apartados de la sentencia que después han sido de capital importancia para la aplicación de la teoría jurisprudencial de la discriminación por asociación a otros supuestos distintos del de la discapacidad y a los que me referiré más adelante, como por ejemplo, entre otros, el que ha existido en el caso resuelto por la sentencia que me ha animado a redactar esta nota, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias el 29 de agosto, de la que ha sido ponente la magistrada Gloria Poyatos. Son los siguientes:

“38. Por consiguiente, de las citadas disposiciones de la Directiva 2000/78 no se desprende que el principio de igualdad de trato que ésta pretende garantizar se circunscriba a las personas que padezcan ellas mismas una discapacidad en el sentido de dicha Directiva. Antes al contrario, la Directiva tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad. En efecto, el principio de igualdad de trato que en esta materia consagra la citada Directiva no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma.

Corroborar esta interpretación el tenor literal del artículo 13 CE, disposición que constituye la base jurídica de la Directiva 2000/78 y que atribuye a la Comunidad competencia para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo, entre otros, de discapacidad.

*46. En efecto, aunque en el apartado 56 de la sentencia Chacón Navas, antes citada, el Tribunal de Justicia precisó que, a la vista del tenor literal del artículo 13 CE, el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 no puede ampliarse a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva –de manera que un trabajador que haya sido despedido por su empresario a causa exclusivamente de enfermedad no está comprendido en el marco general establecido por la Directiva 2000/78–, este Tribunal, sin embargo, no declaró que el principio de igualdad de trato y el alcance *ratione personae* de dicha Directiva deban interpretarse de manera restrictiva en lo que atañe a los motivos de que se trata.*

48. Tal como alegan la Sra. Coleman, los Gobiernos lituano y sueco y la Comisión, tanto los mencionados objetivos como el efecto útil de la Directiva 2000/78 se verían comprometidos si un trabajador que se encuentre en una situación como la de la demandante en el litigio principal no pudiera invocar la prohibición de discriminación directa establecida en el artículo 2, apartado 2, letra a), de la misma Directiva cuando se haya probado que ha recibido un trato menos favorable que el que recibe, ha recibido o podría recibir otro trabajador en situación análoga, a causa de la discapacidad de un hijo suyo, y ello aunque el propio trabajador no sea discapacitado.

50. Con todo, si bien es verdad que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, la persona objeto de discriminación directa por motivo de discapacidad no es ella misma una persona discapacitada, no es menos cierto que el motivo del trato menos favorable del que la Sra. Coleman alega haber sido víctima lo constituye precisamente la discapacidad. Según consta en el apartado 38 de la presente sentencia, la Directiva 2000/78, que tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad, no se aplica a una categoría determinada de personas, sino

en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma Directiva”.

2. La sentencia del TJUE tuvo acogida en el ordenamiento jurídico español en la normativa sobre discapacidad, justamente la temática sobre la que versó la llamada sentencia Coleman. El art. 2 (“Definiciones”) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, recogió la definición de “discriminación por asociación”, considerando como tal aquella existente “cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad”. Es igualmente la definición que se encuentra en el [Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española](#), considerándola “*sublema de discriminación por razón de discapacidad*”.

La citada sentencia ha sido objeto de atención en varios artículos doctrinales y por supuesto en las tesis doctorales que han abordado la temática de la discapacidad.

Baste citar ahora el artículo de la profesora Vanesa Cordero “[Discriminación por asociación con una persona con discapacidad](#)”, en la que planteaba que la resolución judicial abordaba una cuestión novedosa en la jurisprudencia del TJUE sobre el principio de igualdad de trato y no discriminación, que afectaba a la discapacidad “pero cuyas implicaciones pueden hacerse extensivas a otros motivos de discriminación prohibidos por el derecho comunitario”. Mucho más adelante en el tiempo, el profesor David Gutiérrez abordó la problemática de esta sentencia en su tesis doctoral “[La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español](#)”, en la que enfatiza que la tesis sustentada por el TJUE, el punto central de ella, se encuentra en el art. 1 de la Directiva 2000/78, “*que se refiere a la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad y no exclusivamente a las personas con discapacidad*”.

3. La construcción jurisprudencial de la discriminación por asociación se ha plasmado en varias sentencias posteriores del TJUE y ha sido acogida por la doctrina judicial española. Un excelente artículo de la profesora

Ana I. Pérez Campos, titulado “Discriminación por asociación”, publicado en la obra colectiva “[Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la ley de igualdad entre mujeres y hombres](#)”, dirigido por la profesora Carmen Sánchez Trigueros, recoge las diversas problemáticas de discriminación por asociación que han sido abordadas por el TJUE y que han permitido avanzar en la tutela antidiscriminatoria, acompañado de una no menos excelente bibliografía sobre la temática objeto del estudio.

En efecto, tras un cuidadoso análisis del caso Coleman, se refiere a otros litigios sobre posible discriminación de los que ha conocido el TJUE y en los que ha aplicado su construcción jurisprudencial acuñada en la sentencia C-303/06. Algunas de las sentencias han sido objeto de anteriores comentarios en mi blog, de los que ahora recupero algunos fragmentos de interés por su directa relación con la temática abordada.

A) En primer lugar, [analiza la sentencia de 25 de abril de 2013 \(asunto C-81/12\)](#) sobre acceso al empleo, en concreto referido a discriminación por razón de orientación sexual en materia de contratación de personal, que plantea un muy interesante debate porque se trata de un deportista profesional.

La petición de decisión prejudicial se plantea para la interpretación de los artículos 2, apartado 2, letra a), 10, apartado 1, y 17 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. El litigio se suscita entre una asociación y el Consejo Nacional de Rumanía contra la discriminación, siendo el motivo “la desestimación parcial de una denuncia presentada a raíz de unas declaraciones públicas pronunciadas por quien se presenta como el directivo de un club de fútbol profesional y así lo percibe la opinión pública, en las que excluía la contratación por dicho club de un futbolista al que se presentaba como homosexual”. El Tribunal de apelación de Bucarest plantea si es aplicable el art. 2, apartado 2, letra a de la Directiva 2000/78 “en el supuesto de que un accionista de un club de fútbol que se presenta a si mismo y es percibido en los medios de comunicación y en la sociedad como el principal directivo (“patrón”) de ese club

de fútbol haga manifestaciones contrarias a la homosexualidad declare lo siguiente en un medio de comunicación”.

Para el TJUE “el mero hecho de que declaraciones como las controvertidas en el litigio principal no emanen directamente de un determinada parte demandada no necesariamente impide acreditar, respecto de esa parte, «hechos que permiten presumir la existencia de discriminación», en el sentido del artículo 10, apartado 1, de dicha Directiva...”, ya que “un empresario demandado no puede refutar la existencia de hechos que permiten presumir que practica una política de contratación de personal discriminatoria simplemente sosteniendo que... las declaraciones que sugieren la existencia de una política de contratación homófoba emanan de quien, aunque afirma y parece desempeñar un papel importante en la gestión de dicho empresario, carece, desde el punto de vista jurídico, de capacidad necesaria para vincularlo en materia de contratación de personal.... El hecho de que, en una situación como aquella de la que trae causa el litigio principal, tal empresario no se distanciara claramente de las declaraciones controvertidas constituye un elemento que puede ser tenido en cuenta por el tribunal que conoce del litigio, en una apreciación global de los hechos...”. Para el Tribunal, “la percepción del público o de los medios de que se trata pueden constituir indicios pertinentes para la apreciación global de las declaraciones controvertidas en el litigio principal”. Por todo ello, concluye que “Los artículos 2, apartado 2, y 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que hechos como aquellos de los que trae causa el litigio principal pueden calificarse de «hechos que permiten presumir la existencia de discriminación» respecto de un club de fútbol profesional..., cuando las declaraciones de que se trate emanen de quien, sin disponer necesariamente desde el punto de vista jurídico de la capacidad necesaria para vincularlo o representarlo en materia de contratación de personal, se presenta a sí mismo y es percibido en los medios de comunicación y en la sociedad como el principal directivo de dicho club”.

B) La aplicación de la construcción jurisprudencial de discriminación por asociación a un supuesto en el que se debate sobre la posible existencia de aquella por razón del origen racial y étnico es clara a mi parecer, y así también se manifiesta la profesora Pérez Campos, en la [sentencia de 12 de marzo de 2015 \(asunto C-83/14\)](#)

La resolución judicial, al abordar la posible existencia de discriminación por razón del origen racial o étnico se detiene en la redacción del art. 1.2 de la Directiva 2000/43, para subrayar que existe, en la mayoría de las versiones lingüísticas de la norma, cuando una persona sea tratada de forma menos favorable que otra en situación comparable, si bien en algunas versiones el citado trato menos favorable se refiere a una persona tratada de peor condición por “su” origen racial o por “su” origen étnico”. Dada la diversidad de las versiones lingüísticas, el TJUE considera que no puede prestarse atención sólo a la redacción de la norma sino también hay que atender al contexto y al sistema general y la finalidad de la directiva para determinar si puede beneficiar a toda persona afectada o bien “ha de beneficiar únicamente, entre el círculo de las personas afectadas por una medida discriminatoria basada en el origen racial o étnico, a quienes tengan efectivamente el origen racial o étnico considerado”. Con apoyo en su consolidada doctrina de la interpretación no restrictiva de la Directiva, el TJUE concluye, y es dato de especial importancia a mi parecer para nuevos litigios que puedan plantearse, que la norma no se aplica a una categoría determinada de personas, sino que lo hace en función de los motivos enunciados en su art. 1, “por lo que también es aplicable a las personas que, aunque no pertenezcan ellas mismas a la raza o la etnia considerada, sufren sin embargo un trato menos favorable o una desventaja particular por uno de esos motivos”. En apoyo de su tesis también se basa en el art. 21 de la CDFUE, que reconoce el principio de no discriminación por razón de raza o de origen étnico, “del que esa Directiva es la expresión concreta en los ámbitos materiales comprendidos en ella, según ha señalado la Abogado General en el punto 53 de sus conclusiones”

En definitiva, para el TJUE el concepto de

«discriminación basada en el origen étnico», debe interpretarse en el sentido de que, “en circunstancias como las del asunto principal, en las que todos los contadores eléctricos en un barrio habitado principalmente por personas de origen gitano están instalados en postes del tendido eléctrico aéreo a una altura de seis a siete metros, mientras que en los otros barrios los contadores están situados a una altura menor de dos metros, dicho concepto es aplicable con independencia de que esa medida colectiva afecte a las personas que tienen un origen étnico específico o a las que, sin tener ese origen, sufren junto con las primeras el trato menos favorable o la desventaja particular derivada de esa medida”. Sobre la discriminación indirecta, nuevamente con apoyo en su propia doctrina, destaca que “puede producirse esa discriminación cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, desfavorece de hecho a un número mucho mayor de sujetos con la característica personal protegida que el de personas que carecen de ella”.

C) Otro supuesto de interés es el de la [sentencia de 30 de junio de 2016, asunto C-443/15](#). En mi análisis de esta sentencia expuse que el TJUE resuelve la cuestión planteada sobre la posible discriminación por razón de edad, al supeditar la regulación en cuestión el derecho del cónyuge o pareja superviviente a que su vinculación jurídica con el afiliado al plan de pensiones se haya formalizado antes de cumplir esta una determinada edad, los sesenta años.

Existe, es claro y así lo confirma el TJUE, una diferencia de trato por razón de la edad, ya que la normativa “da un trato menos favorable a los afiliados que se han casado o que han celebrado una unión civil registrada después de su sexagésimo aniversario que a aquellos que se han casado o que han celebrado una unión civil antes de alcanzar la edad de 60 años”. Ahora bien, aquello que importa para responder la cuestión prejudicial es si tal diferencia de trato puede encontrar una justificación objetiva y razonable al amparo de lo dispuesto en el art. 6.2 de la Directiva.

Dicho precepto permite establecer diferencias de edad para poder beneficiarse de prestaciones de

jubilación o invalidez, o para optar a la mismas, tratándose en el caso ahora enjuiciado de una prestación (pensión de supervivencia) “que constituye una forma de pensión de vejez”. En cuanto que la regulación en cuestión establece una edad máxima para tener derecho a dicha prestación, se está haciendo uso de la posibilidad ofrecida por el art. 6.2 de la Directiva, por lo que no puede considerarse existente una discriminación por razón de edad, sin que la imposibilidad de formalizar la unión antes de dicha edad pueda llevar a una conclusión contraria para el TJUE ya que el derecho de la Unión no se oponía a la regulación nacional sobre el estado civil y las prestaciones que se deriven del mismo.

Para el TJUE no existe discriminación por razón de orientación sexual, ni tampoco discriminación por razón de edad, y el ordenamiento comunitario no contempla una categoría de “discriminación conjunta” de dos o más discriminaciones reguladas por separado, y en cuanto, además, que no ha quedado probada ninguna de las dos discriminaciones alegadas, la Directiva “no puede crear una discriminación basada en la combinación de ambas”.

4. La doctrina del TJUE ha sido acogida en varias sentencias de los TSJ españoles, y a varias de ellas se refiere la dictada el 28 de agosto por el TSJ canario. También en el artículo de la profesora Pérez Campos se encuentran referencias de indudable interés, como la STJS de Cataluña de 23 de junio de 2011, con aplicación de la doctrina Coleman (“despido nulo de una trabajadora por solicitar una ayuda para cónyuge discapacitado”), y la del TSJ de Andalucía de 9 de noviembre de 2017.

Muy interesante es la [sentencia del TSJ de Galicia de 2 de agosto de 2017](#) que aborda la problemática vinculada a la discriminación por asociación y libertad sindical (cese de un trabajador como represalia “por la decisión adoptada por la mesa electoral de la que forma parte de no permitir la participación en las elecciones sindicales de un sindicato por incumplimiento de la candidatura”). La citada sentencia fue objeto también de un riguroso análisis por la profesora Emma Rodríguez en el artículo titulado [“La prohibición de discriminación por asociación o vinculación respecto](#)

[del derecho a la libertad sindical](#)", cuyo resumen es el siguiente: "En el presente trabajo se reflexiona sobre la protección del derecho de libertad sindical a través de la discriminación por asociación o "vinculación". Se trata de la primera vez que un Tribunal interno, en base a la jurisprudencia del TJUE -asunto "Coleman"-, aprecia discriminación directa respecto de un trabajador que sufre represalias como resultado de su actuación como miembro de la Mesa electoral constituida en su empresa. La condición de miembro de la Mesa resulta irrenunciable, a priori, y su actuación está sujeta a la consecución del normal desarrollo del proceso electoral, en condiciones de igualdad de trato para todos los candidatos, lo que se encuentra implícito en el propio derecho de libertad sindical".

De la citada sentencia del TSJ gallego, de la que fue ponente la magistrada María Teresa Conde-Pumpido reproduzco un fragmento de indudable interés:

"... el demandante fue miembro de la Mesa electoral en virtud de una obligación legal, y las actuaciones de ésta no están amparadas por la libertad sindical. Ahora bien, siendo en efecto meros agentes de legalidad del proceso, uno de sus principios esenciales es el de la independencia de sus decisiones solo sometida a los medios impugnatorios legales y el de la imparcialidad entre las distintas candidaturas, (dada lo doble función de las elecciones a órganos representativos y su "sindicalización" al enfrentarse, como en este caso, varios sindicatos diferentes). Si la empresa adopta una medida de represalia por una decisión legal de la Mesa que favorece a unos Sindicatos frente a otros, tal actuación, a juicio de la Sala supondría una discriminación por asociación o vinculación a la libertad sindical. La discriminación por asociación o por vinculación, esto es, la tipología de discriminación refleja o por interposición que afecta a una persona que no pertenece al colectivo vulnerable, pero que es tratada de forma peyorativa al haberse transferido a ella la discriminación respecto del tercero protegido, fue definida por primera vez por la STJUE de 17 de julio de 2008 C-303/06 (Asunto Coleman) en relación con la discapacidad y se ha recogido por nuestro legislador en el art.2 e) del RD Ley 1/2013 (Discriminación por asociación: existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad) y podemos entenderlo insito en el art.17

ET, pues cuando declara que "Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación", cabe entender que pretende abarcar en su ámbito de protección antidiscriminatoria a todos aquellos que participan directa o indirectamente en la queja o reclamación aun cuando no sean ellos los trabajadores afectados por el factor de discriminación denunciado. En todo caso, dado que el art.14.2 CE proscribía la posibilidad de "discriminación alguna", también debemos entender constitucionalmente prohibida la discriminación por vinculación. Y así, aún cuando el actor no pertenece al colectivo amparado por la libertad sindical, si concluyéramos que fue represaliado por su actuación como árbitro independiente entre los distintos Sindicatos que concurrían a las elecciones, el art.28 CE estaría afectado, pues la amenaza de tal posible injerencia o represalia empresarial privaría de sentido a la exigible independencia de los miembros de la Mesa, independencia que garantiza la actuación de los sindicatos en las elecciones en igualdad de condiciones en ejercicio de su libertad sindical y el efectivo trato peyorativo directamente vinculado con la libertad sindical de tales candidaturas sindicales".

Una [nueva sentencia del TSJ gallego de indudable interés es la dictada el 13 de abril de 2018](#), de la que fue ponente el magistrado José Fernando Lousada Tras recordar que la sentencia de instancia... "concluye la inexistencia de indicios de un acoso moral al no haber existido insultos, faltas de respeto, vejaciones, exceso de carga de trabajo u órdenes por parte de la directiva que alterasen las funciones del trabajador demandante, y ello con independencia del distanciamiento o enfriamiento de la relación de este con el resto de la directiva por consecuencia del conflicto laboral de su esposa a causa de un acoso sexual", y exponer que "A la vista de los hechos declarados probados, la situación laboral del trabajador recurrente no se explica en atención a su persona, sino que se explica en atención a la relación conyugal con su esposa y en atención a que esta ha sido sometida a un acoso sexual que no fue prevenido por la empresa. Se trata de una conexión entre la situación laboral del trabajador

recurrente y la situación laboral de su esposa que no es en absoluto baladí en el análisis jurídico en cuanto si valoramos la situación laboral del trabajador recurrente aisladamente de la situación laboral de la esposa podemos llegar a conclusiones erróneas. Tal conexión— como se verá a lo largo de nuestra fundamentación jurídica— es determinante para valorar la existencia tanto de acoso moral como de acoso discriminatorio”, subraya que “si a la esposa del recurrente -en cuanto el acoso sexual es una discriminación por razón de sexo y en cuanto no se adoptaron por los mandos inmediatos competentes las medidas oportunas de prevención del acoso sexual- se la ha discriminado por razón de su sexo, la situación laboral del trabajador recurrente -si efectivamente concurren las exigencias establecidas para apreciar la existencia de un acoso discriminatorio sería igualmente catalogable como un acoso discriminatorio per relationem, o por asociación, pues es acoso “la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona (la esposa del recurrente) con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona (el recurrente) y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo”—artículo 2.1.c) de la Directiva 2006/54, debiéndose subrayar, por lo que de interés tiene en el caso de autos, que la norma comunitaria alude a “la dignidad de la persona”, no a “su dignidad” en referencia a quien sufre el acoso como hace el artículo 7.2 de la LOIEMH, dejando así claro que cabe el acoso sexista por asociación que se ajusta además a la doctrina de la STJUE de 17 de febrero de 2008, Caso Coleman, C-303/06 —“. La Sala concluye que “se ha acreditado una vulneración de la dignidad del trabajador demandante que debe ser calificada como un acoso discriminatorio sexista atendiendo a la conexión de la situación laboral del trabajador demandante con la discriminación sexista sufrida por su esposa y a la producción del efecto de atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo—artículo 14 de la Constitución Española -, y como un acoso moral atendiendo a que, además, se ha acreditado la finalidad de dañar a la víctima—artículo 15 de la Constitución Española -...”.

5. La [sentencia del TSJ canario de 28 de agosto](#) se añade a la lista de resoluciones judiciales que aplican la construcción jurisprudencial del TJUE, abordando

el caso de una trabajadora despedida por razón de la actividad sindical reivindicativa de su pareja, o más exactamente esa es la conclusión a la que llega el TSJ a partir de los hechos probados y de la inexistencia de prueba por parte empresarial para poder demostrar que el despido no guarda relación alguna con la vulneración de derechos fundamentales, una vez aportados por la parte demandante los indicios suficientes de la existencia de tal vulneración y de la consiguiente traslación de la carga de la prueba al empleador.

Una excelente síntesis del caso (no podría ser de otra forma en atención a que se trata de la ponente de la sentencia) se encuentra en el artículo de la magistrada Gloria Poyatos “[Despido de trabajadora por la actividad sindical de su pareja. Discriminación «por asociación»](#). A propósito de la STSJ de Canarias 882/2019, de 29 de agosto”, publicado el 27 de septiembre en el boletín laboral-social del CEF, y en el que concluye que “El supuesto analizado nos acerca a nuevas formas de discriminación que tienen difícil encaje bajo las modalidades clásicas de discriminación directa e indirecta. Estamos ante nuevas prácticas discriminatorias que trascienden de los grupos protegidos constitucionalmente, para afectar a familiares u otras personas cercanas. Es por ello que también la jurisprudencia de la Unión Europea ha evolucionado para adaptarse a estas nuevas formas discriminatorias, que se acoge en esta sentencia por la sala canaria que aplica criterios flexibles y extensivos, lo que supone un avance en derechos humanos”.

Así, tanto a través de la atenta lectura de la sentencia como de la síntesis efectuada por la magistrada, conocemos que los hechos relevantes para la resolución del caso son los siguientes:

La trabajadora con la categoría de ayudante de camarera presta servicios para la demandada desde el 1 de junio de 2016. En fecha 30 de enero de 2017 su contrato temporal fue transformado en contrato indefinido.

La pareja sentimental de la actora y con quien convive, al menos desde 2013, es también trabajador de la misma empresa y representante social desde el 25 de octubre de 2017. En su condición de secretario del comité de empresa, formuló denuncia frente a la empresa ante la ITSS el 3 de enero de 2018, que dio lugar a requerimiento de la empresa de fecha 2 de abril de 2018. También

planteó acción judicial, a título personal, contra la empresa, que finalizó con conciliación judicial de fecha 31 de mayo de 2018.

En fecha 30 de abril de 2018 la trabajadora demandante es despedida disciplinariamente, alegándose por la empresa “disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal, no cumpliendo los requisitos exigidos por el mismo, siendo esta causa merecedora de despido”

La sentencia desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura), que declaró la nulidad del despido, con condena adicional de indemnización de 6.251 euros “por la vulneración del derecho fundamental a no sufrir discriminación”.

6. Contra la citada sentencia de instancia se interpuso recurso de suplicación, del que me interesa ahora centrar la atención en la alegada vulneración del art. 193 c) de la Ley reguladora de la jurisdicción social, es decir infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable, considerando la parte recurrente vulnerado el art. 96 de dicha norma procesal laboral, por cuanto que estimaba que la parte actora demandante no había probado los indicios de discriminación *“al menos con la suficiencia exigida jurisprudencialmente para que pueda operarse la inversión de la carga de la prueba”*.

La Sala procederá a un cuidado análisis de aquello que es “la finalidad de la prueba indiciaria”, con riguroso análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto, y aplicará tal doctrina al caso concreto, es decir a los hechos probados tal como los he recogido con anterioridad, concluyendo, con pleno acierto a mi parecer que estos *“evidencian claramente un escenario indiciario de vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora, cuya discriminación viene anudada por asociación a la actividad sindical llevada a cabo por su pareja y representante social, actuando frente a la demandada mediante la utilización de denuncias ante la ITSS así como mediante la interposición de una acción judicial, que a la fecha de efectos del despido de la actora, todavía no se había conciliado, lo que se engarza también con la garantía de indemnidad que por asociación o vinculación se extendió a la trabajadora, por el hecho de ser pareja sentimental del representante social que*

mostraba un gran activismo sindical en la defensa de los derechos de los trabajadores de la empresa y de sus propios derechos laborales”.

No parece ciertamente muy acertado el planteamiento de la parte demandada para desvirtuar la presunción de discriminación hacia la demandante el hecho de que reconociera la improcedencia del despido en el acto del juicio, y que además la carta por la que se le comunicaba este era tan genérica que no podía conocer la trabajadora cuando se había producido, siendo así además que nunca había tenido sanción alguna anterior.

Con razón afirma la Sala, tras recordar la *“La cercanía temporal entre el despido de la actora y la actividad sindical y judicial frente a la empresa, por parte de su pareja, que la empresa hubiera podido desvirtuar la prueba indiciaria si hubiera llevado a cabo una actividad probatoria suficiente para poder justificar el despido disciplinario, pero “al no hacerlo, y reconocer además, que el despido era improcedente, vino a reforzar más los indicios de discriminación, que por tanto deben conllevar irremediabilmente la nulidad del despido producido a la actora, ante la inactividad probatoria de la empresa y en correcta aplicación del art. 96 de la LRJS”*.

Buena lectura



Roj: **STSJ ICAN 2116/2019 - ECLI: ES:TSJICAN:2019:2116**

Id Cendoj: **35016340012019100516**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **29/08/2019**

Nº de Recurso: **531/2019**

Nº de Resolución: **882/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **GLORIA POYATOS MATAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: REY

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín N°6 Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000488/2018-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 2 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura) de Puerto del Rosario

Rollo: Recursos de Suplicación Nº Rollo: 0000531/2019

NIG: 3501744420180000517

Materia: Despido

Resolución: Sentencia 000882/2019

Recurrente OASIS DUNA DE CORRALEJO SA; Abogado: JUAN ANTONIO MARRERO MARRERO

Recurrido: Marí Trini , FOGASA; Abogado: FERNANDO DAVILA MARTIN

En Las Palmas de Gran Canaria, a 29 de agosto de 2019.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, D./Dña. IGNACIO DUCE SÁNCHEZ DE MOYA y D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000531/2019, interpuesto por OASIS DUNA DE CORRALEJO SA, frente a **Sentencia** 000354/2018 del Juzgado de lo Social Nº 2 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura) de Puerto del Rosario los Autos Nº 0000488/2018-00 en reclamación de Despido siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por DOÑA Marí Trini frente a OASIS DUNA DE CORRALEJO SA y FOGASA.





SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

" PRIMERO. La trabajadora actora, doña Marí Trini -quien no consta que haya ostentado la condición de representante de los trabajadores ni de delegada sindical, y la cual agotó el preceptivo trámite de conciliación previa a la demanda rectora de las presentes actuaciones ante el S.E.M.A.C. (folio 8 actuaciones)-, ha venido prestando sus servicios laborales profesionales bajo dependencia de la empresa demandada, OASIS DUNA DE CORRALEJOS.A. -ésta, dedicada a la actividad económica de hostelería-, con una antigüedad de uno de junio de dos mil dieciséis y una categoría profesional de ayudante camarera, y devengaba en contraprestación a sus servicios un salario diario por importe de 50,96 € (hecho primero de la demanda, conformidad expresa de ambas partes).

La actora devengó en la nómina de febrero 18' -nómina más reciente aportada- la cantidad de 1.528,93 € brutos con p.p. extras, que se tradujo en un importe neto de 1.268,09 € (doc. 7 actora).

SEGUNDO . La empresa demandada comunicó a la actora -quien había disfrutado vacaciones entre el nueve de abril de dos mil dieciocho y el veintinueve de abril de dos mil dieciocho, ambos inclusive- mediante escrito de fecha de treinta de abril de dos mil dieciocho -notificado el mismo día y con efectos en dicha fecha- que habían '...tomado la decisión de despedirle con efectos del presente, debido a una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal, no cumpliendo los requisitos exigidos para el mismo, siendo esta causa merecedora de despido...' (docs. 10 y 11 actora).

Consta que la empresa demandada realizó el día tres de mayo de dos mil dieciocho dos transferencias bancarias a favor de la actora: una, por importe de 1.287,12 € en concepto de 'nómina abril 18', y otra, por importe de 3.258,99 € en concepto de 'indemnización despido' (doc. demandada).

La actora, en la fecha de efectos del despido, venía prestando sus servicios en virtud de un contrato indefinido a tiempo completo tras transformarse el previo contrato temporal con fecha de efectos de treinta de enero 17' (docs. 1-4 actora).

TERCERO . La pareja sentimental de la actora, don Leonardo -hecho no controvertido, con quien comparte domicilio y residencia -c/. DIRECCION000 , NUM000 , Lajares- cuanto menos desde el diez de mayo de dos mil trece, fecha en la que la actora se empadronó, resultó elegido representante de los trabajadores -junto con otros cuatro compañeros- en la empresa demandada por el colegio de especialistas tras ir en las listas del sindicato CC.OO. en las elecciones celebradas el día veinticinco de octubre de dos mil diecisiete en el centro de trabajo sito en Corralejo (docs. 12, 16 y 21 actora).

Don Leonardo , que seguía dado de alta en la empresa demandada a fecha de treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho, en su condición de secretario y miembro del comité de empresa, formuló denuncia frente a la empresa demandada ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el día tres de enero de dos mil dieciocho mediante la que alegaba que '...después de solicitar por escrito a la empresa que nos proporcione una oficina suficientemente equipada para realizar las funciones propias de un comité, como establecer la ley vigente no hemos recibido ningún tipo de contestación ni se nos proporciona la oficina... También hemos solicitado reunión del Comité de seguridad y salud laboral con fecha 4 de diciembre..y no hemos recibido ningún tipo de contestación por parte de la empresa, incumpliendo todos los tiempos que marca la Legislación vigente...'; consta oficio/informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con fecha de salida de dos de abril de dos mil dieciocho, en respuesta a la denuncia presentada por don Leonardo , en la que se le informaba de los siguientes hechos y medidas adoptadas '...FALTA DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE COMITÉ DE EMPRESA DE LOCAL PARA SUS ACTIVIDADES Seprocede a requerir en visita la puesta a disposición de un "local adecuado" en un plazo de veinte días, emitiéndose además otro requerimiento posterior acerca de la necesidad de que dicho local cuente con el equipamiento adecuado....AUSENCIA DE CONSTITUCIÓN DEL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD El Director pone en conocimiento de la actuante que dicho Comité no se ha constituido aún dada la falta de designación por parte de la empresa de los miembros que la representarán en su seno, sin que existan inconvenientes para ello, por lo que se requiere ordinariamente su creación en el plazo de diez días desde la visita...' (docs. 13-15 actora).

Consta que don Leonardo y la empresa demandada alcanzaron una avenencia judicial en fecha de treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho en los autos 483/2018 mediante el cual la empresa se comprometía a reintegrar al citado sujeto en su '...turno habitual de trabajo de 18:00 a 2:00 horas en su puesto habitual, con los descansos rotativos. Todo tal y como venía rigiendo su relación laboral hasta la fecha de interposición de la demanda..' (doc. 17 actora)."

TERCERO.- En el fallo de la sentencia de la instancia, literalmente se recoge:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda formulada por DOÑA Marí Trini contra OASIS DUNA DE CORRALEJO S.A., debo declarar y DECLARO la nulidad del despido de fecha de efectos de treinta de abril de dos mil dieciocho y, en consecuencia, debo condenar y CONDENO a la demandada a readmitir a la actora con





abono de los salarios dejados de percibir, sin perjuicio de la obligación de la actora de devolver a la demandada la cantidad de 3.258,99 € percibida en concepto de indemnización por despido una vez sea firme la presente resolución; así como debo condenar y CONDENO a la demandada a abonar a la actora una indemnización por importe de SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN EUROS (6.251 €) por la vulneración del derecho fundamental a no sufrir discriminación.

De conformidad con los artículos 23.1 y 23.6 de la Ley 36/2011, de diez de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, póngase la presente resolución en conocimiento del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) a los efectos oportunos."

CUARTO.- Contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por OASIS DUNA DE CORRALEJO SA, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la parte demandada, OASIS DUNA DE CORRALEJO, S.A.; interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 354/18, dictada el día 5 DE SEPTIEMBRE DE 2018 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Arrecife en el procedimiento despido 488/18, por la que se estima la demanda interpuesta por DOÑA Marí Trini frente a OASIS DUNA DE CORRALEJO SA y FOGASA, y se declara la nulidad del despido de la actora y se condena a la empresa demandada OASIS DUNA DE CORRALEJO, S.A. a las consecuencias jurídicas inherentes a tal declaración así como a abonar a la actora una indemnización paralela por vulneración de derechos fundamentales ascendente a 6.251 euros.

El recurso ha sido impugnado por la representación procesal de la parte actora.

SEGUNDO. - En el motivo primero del recurso, sin amparo expreso en ninguna de las posibilidades previstas en el art. 193 de la LRJS, la recurrente refleja su queja en cuanto a la inadmisión de una concreta prueba testifical propuesta por la recurrente (testigo Don Jose Antonio), no obstante tal manifestación de parte no se traduce en petición concreta de nulidad de la sentencia u otras actuaciones, ni tampoco tiene reflejo en el "suplico" del recurso.

Además, no fue admitida la testifical propuesta por la demandada por insuficiencia de la carta de despido de la actora por todo ello, se desestima este primer motivo del Recurso.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso, **al amparo del art.193 c) de la LRJS**; se denuncia la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia. Aunque no se hace una expresa referencia a las normas denunciadas, a lo largo del recurso puede deducirse claramente que lo que se cuestiona por **la recurrente** es la aplicación incorrecta en el caso que nos ocupa del art. 96 de la LRJS y la prueba indiciaria en materia de derechos fundamentales, pues entiende que por la actora no fueron probados indicios de discriminación, al menos con la suficiencia exigida jurisprudencialmente para que pueda operar la inversión de la carga probatoria.

La impugnante mostró en primer lugar oposición a la admisión del recurso al entender que había transcurrido el plazo para la interposición del recurso. Respecto al fondo del recurso, mostró su oposición reiterando la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida y poniendo de relieve que la empresa reconoció expresamente la improcedencia del despido.

Debemos empezar por analizar, si en el caso que nos ocupa, el recurso se ha planteado dentro del plazo legalmente establecido para ello, o si como se apunta por la impugnante está fuera del mismo, pues en tal caso procedería su inadmisión. Para ello debemos tener en cuenta los datos que obran en las actuaciones, según las cuales:

-La demandada anunció recurso de suplicación en fecha 18 de septiembre de 2018, mediante escrito de fecha 16/09/18.

- Por diligencia de 20 de septiembre de 2018 se tuvo por anunciado recurso.

-La actora impugnó la diligencia interponiendo recurso de reposición en fecha 24/09/18 por falta de consignación de los salarios de tramitación que fue estimado parcialmente por Decreto de 15 de octubre de 2018, reponiéndose la resolución recurrida y concediéndose a la parte un plazo para subsanar de cinco días, para la acreditación de la consignación de los salarios de tramitación devengados por la actora desde la fecha del despido.

-La demandada subsanó dentro de plazo tras la notificación, mediante consignación de los salarios de tramitación, en fecha 23 de octubre de 2018.



-Mediante diligencia de ordenación de fecha **5 de febrero de 2018**, se tiene por subsanado el defecto apreciado y por anunciado en tiempo y forma el recurso de suplicación, por parte de la empresa demandada y se acuerda poner las actuaciones a su disposición para que dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la diligencia, a efectos de la formalización del recurso.

-Finalmente, y dado que la empresa ya había presentado escrito de formalización de recurso de suplicación, en fecha 10/10/18, se dicta **diligencia de ordenación de fecha 19 de febrero de 2018 por la que se tiene por formalizado recurso de suplicación por la demandada. Tal diligencia no fue recurrida por la actora que presentó escrito de impugnación del citado recurso de suplicación.**

En base a lo expuesto debe desestimarse este alegato pues la formalización del presente recurso está dentro del plazo legalmente establecido.

Por lo que respecta al fondo del recurso, y más específicamente en materia de prueba indiciaria en acciones por derechos fundamentales, como es el caso, demos recordar que precisamente la prevalencia de los derechos fundamentales de la persona trabajadora y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, hoy recogida en el art. 96 de la LRJS.

La finalidad **de la prueba indiciaria** no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (*STC 38/1981*, de 23 de noviembre), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte de la persona trabajadora de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (*STC 38/1986*, de 21 de marzo, FJ2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, *SSTC 114/1989*, de 22 de junio, FJ 5, y *85/1995*, de 6 de junio, FJ 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (*STC 114/1989*, de 22 de junio, FJ 4)-, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que la empresa acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (*SSTC 38/1981*, de 23 de noviembre, FJ 3, y *136/1996*, de 23 de julio, FJ 6, por ejemplo). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental (*SSTC 197/1990*, de 29 de noviembre, FJ 4; *136/1996*, de 23 de julio, FJ 4).

En definitiva, quien demanda e invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (*SSTC 90/1997*, de 6 de mayo, FJ 5, y *29/2002*, de 11 de febrero, FJ 3, por todas).

Cuando se alega la vulneración de un derecho fundamental y se acreditan indicios de dicha situación, se produce lo que se denomina inversión de la carga de la prueba, que tiene como finalidad "[...] la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, **pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial**. [...] Precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo", y que hoy está recogida en los artículos 96 y 179.2 LPL (*SSTC 38/1981*, de 23/Noviembre; *47/1985*; *38/1986*; *114/1989*;





21/1992; 266/1993; 180/1994; 136/1996; 20/1997, de 6/Mayo; 29/2002; 30/2002; 66/2002, de 21/Marzo, F. 3, 4 y 5). Y es que en los casos de alegada discriminación o vulneración de derechos fundamentales, acreditada ésta de forma indiciaria, se invierte la carga de la prueba (SSTC 114/1989, de 22/Junio, F. 4; 21/1992, de 14/Febrero, F. 3; 266/1993, de 20/Septiembre, F. 2; 90/1997, de 6/Mayo, F. 5, 41/2002, de 25/Febrero, F. 3; 84/2002, de 22/Abril, F. 3, 4 y 5; 114/2002, de 20/Mayo; 5/2003, de 20/Enero, F. 6), aunque teniendo presente que no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio [STC 266/1993, de 20/Septiembre, F. 2), sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una "prueba verosímil" [STC 207/2001, de 22/Octubre, F. 5] o "principio de prueba" [por todas, STC 308/2000, de 18/Diciembre, F. 3] (STC 41/2002, de 25/Febrero, F. 3; 188/2004, de 2/Noviembre, F. 4).

Sobre este último extremo han de traerse a colación las palabras del TC, que ha afirmado que "tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, dicho en otras palabras, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado" (ATC 89/2000, de 21/Marzo; SSTC 17/2003, de 30/Enero; 151/2004, de 20/Septiembre).

No obstante, no se trata de situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la no discriminación o la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales (SSTC 266/1993, de 20/Septiembre, F. 2; 144/1999, de 22/Julio, F. 5; 29/2000, de 31/Enero, F. 3; 308/2000, de 18/Diciembre, F.3; 136/2001, de 18/Junio, F. 3; 214/2001, de 29/10, F. 4; 14/2002, de 28/Enero, F. 3; 41/2002, de 25/Febrero, F. 3; 48/2002, de 25/Febrero F. 5; 84/2002, de 22/Abril, F. 3; 188/2004, de 2/Noviembre, F. 4), **sino que lo que le corresponde demostrar - sin que le baste el intentarlo [STC 114/1989, de 22/Junio, F. 6]- es que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, y que tales causas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios** (SSTC 55/1983, 104/1987, 166/1988, 114/1989, 135/1990, 197/1990, 21/1992, 7/1993, 266/1993; 180/1994; 136/1996, de 23/Julio, F. 6; 74/1998, de 31/Marzo; 87/1998, de 9/Julio, F. 3; 144/1999, de 22/Julio, F. 5; 29/2000, de 31/Enero, F. 3; 136/2001, de 18/Junio, F. 3; 14/2002, de 28/Enero, F. 3; 41/2002, de 25/Febrero, F. 3; 84/2002, de 22/Abril, F. 3, 4 y 5; 48/2002, de 25/Febrero, F. 5; 188/2004, de 2/Noviembre, F. 4). En definitiva, "el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales" (SSTC 293/1993, de 18/Octubre, F. 6; 85/1995, de 06/Junio, F. 4; 82/1997, de 22/Abril, F. 3; 202/1997, de 25/Noviembre, F. 4; 74/1998, de 31/Marzo, F. 2; 214/01).

En el caso que nos ocupa, del inalterado relato fáctico de la sentencia recurrida pueden extraerse los siguientes hechos de relevancia:

-La actora, con contrato indefinido y a jornada completa, presta servicios en la empresa desde el **1 de junio de 2016** y no constan sanciones previas .

-En fecha **30 de abril de 2018** es despedida disciplinariamente "por disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal ".El despido fue reconocido improcedente por la empresa en el acto del juicio (HP2º y FJ1º)

-La actora es pareja sentimental de Don Leonardo , con quien comparte residencia al menos desde el 10/5/2013.

-Don Leonardo , resultó elegido representante social en la empresa, en fecha **25 de octubre de 2018**.

- Don Leonardo , en su condición de miembro del comité de empresa, presentó denuncia ante la Inspección de trabajo y de la Seguridad Social (ITSS) frente a la demandada en fecha **3 de enero de 2018**, en la que se recogía:

"...después de solicitar por escrito a la empresa que nos proporcione una oficina suficientemente equipada para realizar las funciones propias de un comité, como establecer la ley vigente no hemos recibido ningún tipo de contestación ni se nos proporciona la oficina... También hemos solicitado reunión del Comité de seguridad y salud laboral con fecha 4 de diciembre..y no hemos recibido ningún tipo de contestación por parte de la empresa, incumpliendo todos los tiempos que marca la Legislación vigente..."





-Consta oficio/informe de la ITSS de **2 de abril de 2018** en respuesta a la anterior denuncia en la que se informa de las medidas adoptadas:

"...FALTA DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE COMITÉ DE EMPRESA DE LOCAL PARA SUS ACTIVIDADES Se procede a requerir en visita la puesta a disposición de un "local adecuado" en un plazo de veinte días, emitiéndose además otro requerimiento posterior acerca de la necesidad de que dicho local cuente con el equipamiento adecuado....AUSENCIA DE CONSTITUCIÓN DEL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD El Director pone en conocimiento de la actuante que dicho Comité no se ha constituido aún dada la falta de designación por parte de la empresa de los miembros que la representarán en su seno, sin que existan inconvenientes para ello, por lo que se requiere ordinariamente su creación en el plazo de diez días desde la visita..."

-Don Leonardo y la empresa alcanzaron avenencia judicial en fecha **31 de mayo de 2018 en los autos 483/2018** mediante el cual, la empresa se comprometía a reintegrarlo en "su turno habitual de trabajo de 18:00 a 2:00 horas en su puesto habitual, con los descansos rotativos.

Los hechos que han resultado probados y a los que hemos referido anteriormente evidencian claramente un escenario indiciario de vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora, cuya discriminación viene anudada por asociación a la actividad sindical llevada a cabo por su pareja y representante social, actuando frente a la demandada mediante la utilización de denuncias ante la ITSS así como mediante la interposición de una acción judicial, que a la fecha de efectos del despido de la actora, todavía no se había conciliado, lo que se engarza también con la garantía de indemnidad que por asociación o vinculación se extendió a la trabajadora, por el hecho de ser pareja sentimental del representante social que mostraba un gran activismo sindical en la defensa de los derechos de los trabajadores de la empresa y de sus propios derechos laborales.

Debe recordarse aquí que la figura de la discriminación por vinculación o asociación ya fue utilizada por esta Sala en nuestra sentencia de fecha 2 de mayo de 2017 (Rec. 1237/16). El concepto de "**discriminación por asociación o por vinculación**" ha sido acuñado por el Tribunal de Justicia de la UE (*Asunto Coleman*), y se trata de una discriminación transferida o refleja padecida por personas vinculadas a la persona perteneciente al colectivo vulnerable, o susceptibles de discriminación, en el presente caso por su actividad sindical y judicial frente a la empresa.

También la Sentencia del TSJ de Galicia de fecha 13 de abril de 2018 (Rec. 421/2018 , extendiendo el acoso sexual padecido por trabajadora a su pareja (hombre), que sufrió también discriminación por el mero hecho de ser el esposo de la citada trabajadora, que extinguió su relación laboral precisamente por incumplimientos graves de la empresa (acoso sexual). En esta sentencia se dice: *"Y es que si a la esposa del recurrente -en cuanto el acoso sexual es una discriminación por razón de sexo y en cuanto no se adoptaron por los mandos inmediatos competentes las medidas oportunas de prevención del acoso sexual- se la ha discriminado por razón de su sexo, la situación laboral del trabajador recurrente -si efectivamente concurren las exigencias establecidas para apreciar la existencia de un acoso discriminatorio- sería igualmente catalogable como un acoso discriminatorio per relationem, o por asociación, pues es acoso "la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona (la esposa del recurrente) con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona (el recurrente) y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo" - artículo 2.1.c) de la Directiva 2006/54 , debiéndose subrayar, por lo que de interés tiene en el caso de autos, que la norma comunitaria alude a "la dignidad de la persona", no a "su dignidad" en referencia a quien sufre el acoso como hace el artículo 7.2 de la LOIEMH, dejando así claro que cabe el acoso sexista por asociación que se ajusta además a la doctrina de la STJUE de 17 de febrero [sic] de 2008 (TJCE 2008, 176) , Caso Coleman, C-303/06 - (...)"*

También esta Sala aplicó la Doctrina Coleman, en nuestra Sentencia de 2 de mayo de 2017 (Rec. 127/2016), en materia de prestaciones familiares.

En el caso que nos ocupa, de igual modo que sucedía en los casos referidos, se ha producido una traslación represaliadora a la pareja sentimental de quien era realmente una persona molesta para la empresa (Sr. Leonardo). Lo anterior queda claro a todas luces por los siguientes hechos:

- **La cercanía temporal entre el despido de la actora y la actividad sindical y judicial** frente a la empresa, por parte de su pareja.
- **La ausencia de sanciones previas a la trabajadora**, máxime cuando la causa imputada para despedirla es una disminución "continuada y voluntaria" de su trabajo.
- **Y el propio reconocimiento expreso de improcedencia realizado por la empresa** en el acto del juicio

Todo ello es, a criterio de esta Sala un contexto indiciario de discriminación de la actora, que pudo desvirtuarse por parte de la empresa de haber llevado a cabo una actividad probatoria para razonar mínimamente la existencia de causas para proceder al despido disciplinario de la actora. Pero al no hacerlo y reconocer,



además, que el despido era improcedente, vino a reforzar más los indicios de discriminación, que por tanto deben conllevar irremediabilmente la nulidad del despido producido a la actora, ante la inactividad probatoria de la empresa y en correcta aplicación del art. 96 de la LRJS.

Por lo expuesto, procede desestimar totalmente el recurso planteado.

CUARTO.- En base a lo previsto en el art. 235 de la LRJS, procede la imposición de costas a la recurrente, que se fijan en 900 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por OASIS DUNA DE CORRALEJO SA frente a la sentencia nº 354/18 dictada por el juzgado de lo Social nº 2 de Arrecife en los autos nº 488/18, que confirmamos en su integridad, condenando a la recurrente a las costas, que se cuantifican en 900 euros.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 2 con sede en Puerto del Rosario (Fuerteventura) de Puerto del Rosario, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **Recurso de Casación para Unificación de doctrina**, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el **depósito de 600 €** previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el **importe de la condena**, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/0531/19 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN ESPAÑA EN LA ACTUALIDAD POR LA VÍA DE LA “FLEXIGURIDAD”

Propuestas para una posible reforma laboral





Daniel Toscani Giménez

Profesor universitario. Departamento de Derecho y Seguridad Social. Universidad de Valencia durante los últimos 24 años.

Formación: Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia, además de varios Máster en Derecho Laboral.

Áreas de especialización: he trabajado como abogado laboral, he sido profesor en la UOC, la Universidad Estema Y Florida y profesor visitante en el Instituto de Derecho Europeo y Comparado de la Universidad de Oxford, el Instituto Max Planck en Munich y el Scuola de Giurisprudenza en la Universidad de Bolonia He impartido numerosos másters, cursos y conferencias. He publicado más de 30 monografías sobre derecho laboral, seguridad social y prevención de riesgos laborales, además de más de 80 artículos en prestigiosas revistas especializadas en los temas antes mencionados. He dirigido tres Tesis Doctorales. Colaboro con secciones mensuales en editoriales prestigiosas como Aranzadi, Lefebvre y Wolters Kluwer.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, en algunos sectores se argumenta que el Derecho del Trabajo ha quedado, por así decirlo, desfasado, que es propio de otras épocas y siendo efectivamente necesario que establezca unos derechos mínimos, ya no es necesario que sea tan garante y tan rígido para regular las nuevas relaciones laborales. Hasta el punto que algunos detractores hablan de la rigidez del derecho del trabajo, esto es, que es poco sensible a las necesidades de adaptación de la empresa a las situaciones del mercado y la necesidad, en consecuencia, de flexibilizarlo, de tal modo que la empresa se pueda adaptar a las variaciones constantes del mercado moderno, pudiendo, por ejemplo, variar horarios, jornadas, funciones, número de trabajadores en función de las necesidades que experimente su actividad empresarial. Estas reivindicaciones se escuchan con más fuerza conforme nos asola cada crisis económica sucesiva en el tiempo, como panacea para recuperarse de la misma. Incluso se llega a decir que la supuesta rigidez del ordenamiento laboral es la causa de las crisis económicas que se sufren y, por lo tanto, con cada crisis que nos embiste, sea ya porque se crea que el derecho laboral es la causa exclusiva de las mismas o porque se alegue que es una de las causas, al menos, se vuelven a escuchar las voces de la necesidad de flexibilizar todavía más el derecho del trabajo. En todo caso, se propugna, al menos que esta flexibilización del Derecho Laboral se debe llevar a cabo procurando su compatibilidad con la seguridad en el empleo para los trabajadores, lo que se bautiza con el término de "Flexiguridad". Pero, ¿en qué consiste esta flexibilización del Derecho del Trabajo, como se ha llevado a cabo en España y se ha compatibilizado realmente con la seguridad en el empleo para el trabajador, se ha conseguido ese equilibrio?

II. LAS REFORMAS LLEVADAS A CABO EN EL MERCADO LABORAL POR LA VÍA DE LA "FLEXIGURIDAD"

De este modo se puede hablar de las reivindicaciones de flexibilidad en tres momentos de la relación laboral.

1. Flexibilidad externa

Flexibilidad externa o flexibilidad en la entrada, a saber, la libertad para contratar, desde una doble vertiente, esto es, tanto la libertad para contratar o no a trabajadores como la libertad de contratar, en su caso, a la persona concreta que el empresario quiera, así como la libertad de contratarle bajo distintas modalidades contractuales. En este sentido, el Derecho Laboral español es extremadamente flexible en la entrada. De este modo, en la empresa privada (no así en la pública, donde la empresa debe contratar respetando el procedimiento de selección establecido; oposiciones, concursos de méritos, bolsas de trabajo, etc.), salvo que se hubiera acordado lo contrario en el Convenio Colectivo correspondiente, lo cual no es lo habitual, el empresario tiene absoluta libertad para contratar, esto es, para contratar o no, por lo tanto para fijar el número de trabajadores en su plantilla (salvo algunas excepciones aisladas, como Empresas de Trabajo Temporal o Cooperativas y Sociedades Laborales, donde la normativa específica obliga a disponer de un número mínimo de trabajadores, como veremos), como para escoger el trabajador concreto que desea contratar. Así, no es necesario contratarlo a través de las Oficinas Públicas de Empleo, puede recurrir a Empresas de Trabajo Temporal o Agencias privadas de selección o colocación de trabajadores. Puede realizar proceso de selección o no, contratando directamente el trabajador que, en última instancia, quiera, sin necesidad de justificar su decisión; con el único límite de no llevar a cabo discriminaciones prohibidas por algunas de las razones del art. 14 de la CE o el art. 17 del ET.

Además, la empresa dispone de una amplia gama de contratos laborales, como también veremos en detalle, indefinidos o fijos y un abanico de modalidades de contratos temporales, hasta el punto que se habla de contratación a la carta. En un primer momento no existían contratos temporales. Así, la empresa únicamente podía contratar a través de contratos indefinidos o fijos. No obstante, a partir de la década de los ochenta se introducen varias modalidades de contratación temporal para que la empresa pueda cubrir, asimismo, sus necesidades reales de mano de obra temporal y para que se creasen puestos de trabajo.

Por lo tanto, estos contratos temporales en nuestro ordenamiento laboral, al menos en teoría, son causales.

Así, a diferencia de la normativa de otros países donde el empresario puede optar libremente entre realizar contratos indefinidos o contratos temporales para cubrir sus necesidades de mano de obra, en España, el empresario sólo puede acudir a la contratación temporal cuando exista una necesidad real de mano de obra temporal, esto es, cuando la actividad empresarial para la cual se quiera contratar a trabajadores sólo sea temporal y limitada en el tiempo. Si es una actividad empresarial continua permanente en el tiempo, que no finaliza en un momento determinado, sino que se repite todos los años, es necesario celebrar contratos indefinidos, como veremos.

No obstante, a pesar de mantenerse formalmente la preferencia por el empleo estable o los contratos indefinidos, se introduce una variedad excesiva de modalidades de contratación temporal, hasta el punto de ser calificado como una de las normativas más abiertas e incluso desreguladoras de las de Europa occidental. Lo que da lugar a hablar de una contratación a la carta, llegando algunos autores incluso a dudar de la exigencia de la causalidad como requisito de la contratación temporal. Ya que en la práctica, no hay un verdadero control de la causalidad, salvo en las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores. Ya que en estos casos, hay que entregarles una copia básica del contrato, estipulando la modalidad de contrato y la causa real por la cual se celebra. De tal modo que los representantes pueden controlar si efectivamente hay causa real de necesidad de mano de obra temporal o en una contratación temporal fraudulenta. Pero debido al tejido empresarial español, constituido por empresas muy pequeñas, en la gran mayoría de las empresas simplemente no hay representantes legales de los trabajadores. Sólo en empresas de 10 o más trabajadores hay obligación de constituir representantes legales de los trabajadores. Pero esto sólo es el 12% de las empresas. Así, en el 88% de las empresas españolas, que son de menos de 10 trabajadores, simplemente no hay representantes legales de los trabajadores. Lo deberían denunciar los propios trabajadores, que en la práctica no lo hacen por el miedo a perder su trabajo y la Oficina Pública del Empleo tampoco lleva a cabo un control de la legalidad del contrato. Ya que, aun cuando existe la obligación de entregar una copia del contrato a los servicios públicos de empleo, estos se limitan a registrarlo a efectos

estadísticos, pero no llevan a cabo un control real de la legalidad del contrato. Tampoco la Inspección de Trabajo, que debido a los pocos efectivos con los cuales cuenta, unos 1000 inspectores, 1 por cada 24.000 trabajadores, en la práctica sólo actúa por denuncia o por inspecciones programadas a algunas pocas empresas de algunos sectores.

Esto se demuestra gráficamente si vemos el elevado índice de temporalidad que existe (la tercera parte del total de los trabajadores del mercado laboral tienen un contrato temporal. Porcentaje que, además, no hace más que aumentar todos los años, ya que aproximadamente de cada 100 contratos laborales que se realizan 10 son indefinidos y 90 temporal). Esta alta tasa de temporalidad, llamada también precariedad del mercado laboral, es también, en buena medida, debido a una alta tasa de fraude en la contratación temporal, estimándose que alrededor del 50% de los contratos temporales se celebran en fraude de ley, esto es, que no responden a necesidades reales de mano de obra temporal, sino que encubren actividades permanentes que deberían cubrirse con contratos indefinidos, pero que el empresario lo hace con contratos temporales que le ofrecen mayores ventajas.

Así, para empezar, el coste de poner fin a un contrato temporal es sensiblemente inferior, una indemnización de 12 días de salario, por año de servicio o la parte proporcional si se ha trabajado menos, que suele ser lo habitual en contratos temporales cuya media es de tres meses (así, un contrato que ha durado tres meses, tendría una indemnización únicamente de 4 días de salario de indemnización). Mientras que, como veremos, un contrato indefinido puede llegar a tener una indemnización de 33 días de salario, por año trabajado o la parte proporcional, en caso de que se haya trabajado menos de un año. Sensiblemente mayor.

También, en la práctica, es más fácil explotar, por así decirlo, a un trabajador, que está con un contrato temporal, pendiente de su renovación (lo típico, pues si te portas bien, te renovamos el contrato si no) que un trabajador con un contrato indefinido que puede permitirse ser más reivindicativo.

De este modo, lo que en realidad son actividades normales y permanentes de las empresas, no obstante

se cubren, en gran medida y de forma habitual, por trabajadores con contratos temporales.

Además, esta excesiva temporalidad introducida en el mercado laboral no tiende, como era su finalidad, hacia la creación o al menos el reparto del empleo, sino más bien hacia la sustitución de los trabajadores fijos de plantilla por trabajadores temporales. De tal manera que, como hemos dicho, cada vez hay más trabajadores temporales y mayor precariedad, facilitada por la diversidad de contratos y los contornos a veces difusos entre unos y otros, así como la excesiva permisividad de la jurisprudencia en la utilización de ciertas modalidades, como el de obra y servicio, todo lo cual hace extraordinariamente difícil la aplicación del fraude de ley.

La anterior circunstancia ha llevado a que algunos autores hayan apuntado hacia un notable e incluso insalvable proceso de fragmentación del ordenamiento laboral. Así, hay disfuncionalidades que, por otro lado, son inevitables, si no se adoptan medidas correctoras, en un sistema diseñado alrededor de una relación laboral estable e indefinida, todavía hoy, al menos formalmente, considerada como típica. Así, por ejemplo, la imposibilidad práctica de ejercer la mayoría de los denominados derechos colectivos, que requieren del principio de estabilidad en el empleo, supuestos de excedencias de larga duración o algo tan simple como las vacaciones anuales, sin tener que conformarse con una mera compensación económica de las mismas. Por no mencionar las excesivas dificultades que experimenta el colectivo de trabajadores precarios para poder acceder a una protección social digna.

De tal forma que, en consecuencia, se crea un binomio que literalmente coloca una espada de Damocles sobre las cabezas de estos trabajadores, que les impide de facto reivindicar derechos legítimos, por temor a represalias empresariales.

Además, se normaliza esta situación y se habla de la costumbre de la precariedad, no sólo en el empresario, como sería evidente, sino también en el propio trabajador, que se habitúa a una rotación excesiva, interioriza la temporalidad como algo "natural", alternando periodos de trabajo con periodos de desempleo. Los efectos negativos de una excesiva precarización no sólo perjudican, sin embargo, a los trabajadores, sino que

también a los propios empresarios. En efecto, las altas tasas de rotación de trabajadores provocan una falta de profesionalidad y de mano de obra especializada, lo cual impide la identificación del trabajador con la propia empresa, desincentivando su interés en la marcha de la misma. Pero también se perjudica el sistema de protección social. El alto índice de rotación injustificado de los trabajadores, por un lado, produce efectos negativos en el propio equilibrio financiero de la prestación por desempleo y por otro, incrementa el gasto en prestaciones de asistencia sanitaria, incapacidad temporal y permanente, provocado por el aumento en las cotas de siniestralidad laboral.

La dualidad entre trabajadores fijos y temporales constituye el problema estructural más grave de nuestro mercado de trabajo". La contratación temporal la fórmula mayoritariamente utilizada por las empresas españolas para obtener flexibilidad. De hecho, el recurso excesivo a la temporalidad ha impregnado nuestro sistema de tal forma que ha remplazado la utilización normalizada de múltiples instituciones laborales tales como los períodos de prueba al inicio de las contrataciones indefinidas, la contratación a tiempo parcial, los contratos formativos o las medidas de flexibilidad interna (cambio de funciones, de condiciones laborales como salario o jornada, etc., de forma temporal para superar supuestos de crisis) que, como es fácilmente constatable, son empleadas en nuestro país de forma significativamente más reducida que en los países de nuestro entorno europeo.

Sin embargo, las medidas adoptadas desde hace años para corregir esta disfunción de nuestro mercado de trabajo, principalmente el fomento de la contratación indefinida basado en subvenciones y la reducción de las cotizaciones sociales, han resultado ineficaces, pues cuando se han agotado las bonificaciones, por regla general, las empresas han puesto fin a los contratos, formalmente indefinidos, llevando a contratos indefinidos "de corta" y de "larga" duración, esto es, contratos indefinidos de verdad, donde los trabajadores están protegidos frente al despido y, por lo tanto, frente a una posible arbitrariedad empresarial por una elevada indemnización por despido y contratos indefinidos meramente formales ya que, pese a llamarse contratos indefinidos, el coste del despido es más barato y se asemeja al de un contrato temporal.

Lo cual genera un nuevo dualismo, bajo la apariencia formal de contratos indefinidos, existente, no obstante, contratos formalmente indefinidos (en realidad contratos temporales con menos coste de despido) y contratos indefinidos de verdad.

Por ello se ha hablado como solución, crear el contrato único indefinido, esto es, poner fin a la contratación a la carta, contratación temporal y contratos indefinidos y que el empresario no pueda escoger entre distintos contratos a la hora de contratar a un trabajador, sino que sólo existe una única modalidad de contrato laboral bajo el cual se pueda contratar. Ahora bien, obviamente, la "quid" de la cuestión radica, de nuevo, en el coste del despido, en la cuantía de la indemnización que deba pagar el empresario. En efecto, si este contrato único tuviera un coste del despido elevado 33 días, por ejemplo, ofrecería una verdadera protección para el trabajador frente a un despido arbitrario del empresario y sería un contrato indefinido de verdad. Sin embargo, si se le fijara un despido bajo, 12 días, por ejemplo, no dejaría de ser formalmente asumible despedir al trabajador como ahora se hace a través de los contratos temporales y sólo sería un contrato indefinido sobre el papel. Por ello, los empresarios pedían un contrato único con un despido bajo e incluso no tener que pagar indemnización alguna durante los primeros años de la contratación. De este modo, como en la actualidad realmente el coste medio del despido que se paga son unos 20 días por año de servicio, debido a la generalización de los despidos objetivos, lo razonable sería establecer un contrato único con una indemnización intermedia, probablemente en torno a unos 25 días de salario por año de servicio. También se ha dicho que debería ser progresiva, esto es ninguna o poca indemnización los primeros meses o años del contrato y luego paulatinamente va aumentando hasta llegar a la indemnización máxima. Sin embargo, a nadie se le escapa que, de ser así, el empresario podría ir despidiendo trabajadores antes de llegar a la antigüedad en la empresa para tener derecho a la indemnización máxima y sustituyéndolos por nuevos que todavía no tengan indemnización, creando así otra dualidad.

Tampoco se incide sobre la contratación temporal fraudulenta de una forma real y eficaz, pues es cierto que está prevista la prohibición de encadenamiento

de contratos temporales en el artículo 15.5 de la ET. De tal forma que no es posible ir contratando en el tiempo a trabajadores con sucesivos contratos temporales de obra y eventuales durante más de 24 meses en un periodo de 30 meses.

Sin embargo, si bien a partir de dicha fecha vuelve a entrar en vigor, a nadie se le escapa las posibilidades, relativamente sencillas, de evitar la aplicación del mismo: rotación en el mismo puesto con dos o más trabajadores distintos, o con las modalidades de contratación exentas, interinidad, etc. Por no mencionar la posibilidad de rodear esta norma a través de la externalización de la mano de obra y, muy especialmente la subcontratación.

Mientras el coste del utilizar estos contratos temporales sea para el empresario menor, no dejará de utilizarlos frente a la contratación indefinida. Por ello, si se mantienen los contratos temporales sólo se puede cesar la utilización fraudulenta, elevando el coste de su utilización, para que no le sea tan rentable al empresa, elevando las cotizaciones a la Seguridad Social de estos contratos y el coste por finalización del contrato, equiparándola al del despido de los contratos indefinidos y controlando que realmente se acude a ellos por necesidades reales de mano de obra temporal y no encubriendo actividades permanentes.

Otra posibilidad sería precisamente que la contratación temporal dejase de ser causal, esto es, que no fuera necesario tener una causa para recurrir a la misma y como ocurre en otros países, se condicione cuantitativamente y no cualitativamente la contratación temporal, estableciendo un número máximo de trabajadores que puede tener la empresa con contratos temporales, en función del número total de trabajadores que tenga en plantilla. Así, por ejemplo, empresas de menos de 100 trabajadores, 15% máximo de trabajadores con contratos temporales.

Pero lo que no se puede hacer, obviamente, es tener una contratación temporal causal y luego en la práctica no controlar la causalidad real de esa contratación temporal, pues esto nos llevan a tasas desorbitadas de temporalidad, como hemos dicho, de cada 100 contratos nuevos que se celebran 10 son indefinidos y 90 temporales. ¿Hay tanta necesidad real de mano de obra temporal? Evidentemente no, la gran mayoría es

fraudulenta, pero no se controla.

2. Flexibilidad interna

A continuación se puede hablar de una flexibilidad interna, esto es para las facilidades que pueda tener la empresa para adaptarse a las exigencias del mercado y de la demanda. Así, poder reducir horas de trabajo cuando no haya tanta demanda a través de reducciones de la jornada de los trabajadores o suspensiones de los contratos (lo que se ha llamado también como EREs temporales), cambio de funciones de los trabajadores, que se les cambie el cometido para el cual fueron contratados inicialmente, así como de localidad y en última instancia, modificación de las condiciones de trabajo, por ejemplo, reducción de salarios, etc. Todo ello, con la supuesta finalidad de evitar que el ajuste a la demanda se haga por la vía de la flexibilidad externa, esto es a través de despidos. Por lo tanto, la se sacrifican derechos, pero para mantener los empleos y evitar despidos.

En este sentido, con las últimas reformas se amplían extraordinariamente las facultades empresariales para llevar a cabo una movilidad funcional o geográfica o modificación de condiciones de trabajo. Así, desaparece la clasificación profesional por categorías y se realiza ahora exclusivamente por grupos. De tal modo que, los grupos ya no podrán incluir en su estructura diversas categorías profesionales, sino únicamente distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades. La finalidad, obviamente, es la de ampliar las facultades unilaterales de la empresa para cambiar unilateralmente las funciones del trabajador.

La exigencia de causalidad se flexibiliza para la asignación de funciones inferiores, ya que se elimina la justificación por razones perentorias o imprevisibles de la actividad laboral.

Además, en la nueva redacción del art. 39, tras la reforma laboral de 2012, se elimina la referencia a los derechos profesionales del trabajador como límite, asimismo, a la movilidad funcional. Así, el trabajador no puede ya rescindir el contrato con derecho a indemnización, por vulnerar el cambio de funciones sus derechos profesionales.

Se produce un cambio significativo en la concurrencia de causas que permitan adoptar al empleador una

decisión de modificación de condiciones de trabajo, desapareciendo la concreción de la existencia cuando las medidas pudieran contribuir a mejorar la situación de la empresa mediante la mejor utilización de sus recursos humanos, refiriéndose ahora, forma genérica, a razones "que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. De tal forma que las causas son ahora todavía más ambiguas, si cabe, que antes y se desdibuja sustancialmente la exigencia de causalidad, quedando prácticamente su incumplimiento reducido a órdenes discriminatorias o que vulneren derechos fundamentales, lo cual da todavía más margen de maniobra a la empresa, quedando todo en manos de un posterior control judicial si el trabajador finalmente demanda.

Además, en el concreto supuesto de modificación de condiciones de trabajo acordadas en convenio colectivo estatutario, se viene a objetivizar y cuantificar la concurrencia de causa económica, entendiendo por tal, en última instancia, la disminución persistente de ingresos "o" ventas, una u otra no de forma acumulativa "durante dos trimestre consecutivos". De tal forma que, pese a tener beneficios, si estos han disminuido durante dos trimestres consecutivos ya se puede llevar a cabo el descuelgue. Condición en la que se encuentran actualmente más del 85% de las empresas.

En consecuencia, se podrá llevar a cabo la modificación por esta causa con independencia del impacto que esta reducción de ventas haya producido en la situación económico financiera de la empresa, y en su capacidad para mantener el volumen de empleo. No tienen que implicar pérdidas para la empresa, no tienen que suponer ningún riesgo para su continuidad hacia el futuro y ni tan siquiera han de comprometer sus disponibilidades financieras como para hacer inviable para la misma el mantenimiento del conjunto de los puestos de trabajo. Así, es posible que ahora puedan modificar condiciones de trabajo por causas económicas empresas en una situación económica saneada, sin ningún atisbo de riesgo previsible sobre su continuidad o sobre su capacidad de mantener su actual volumen de empleo.

De este modo, se eliminan los juicios de razonabilidad y proporcionalidad. En consecuencia, el control judicial queda reducido a verificar que la causa alegada esté

relacionada con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa y no a que la medida adoptada sea una de las posibles para contribuir a mejorar la situación de la empresa como venía exigiéndose hasta ahora.

Se reducen las posibilidades de rescindir el contrato de trabajo por causa de tales modificaciones al amparo del art. 50 ET (esto es, con indemnización equivalente al despido improcedente). Así, ya sólo cabe instar tal rescisión si la modificación sustancial se realiza sin seguir los trámites del art. 41 ET y con menoscabo de la dignidad del trabajador. Antes de la reforma, cabía instar tal rescisión ante una modificación sustancial aplicada conforme a los trámites legales, si de ella derivaba un perjuicio a la formación profesional. De tal modo que ahora, además de eliminar el supuesto de perjuicio de la formación profesional, se elimina, asimismo, la facultad rescisoria indemnizada, cuando la modificación perjudique la dignidad del trabajador, a pesar de ser conforme al art. 41, supuesto que, con la antigua redacción, era posible. De este modo, de forma no sólo injustificada, sino incluso podría argumentarse inconstitucional, se prima las facultades de dirección y organización empresarial frente a derechos fundamentales del trabajador.

Se produce la desaparición de la intervención de la autoridad administrativa laboral autorizando el expediente de suspensión o reducción de jornada. Así, ya no es necesario tramitar un ERE para suspender el contrato o para reducir la jornada de trabajo.

No obstante, lo más importante sin duda en este apartado es las modificaciones introducidas en la negociación colectiva. En efecto, aun cuando el Estatuto de los trabajadores (ET) es la norma laboral común más importante, no deja de ser una norma de derechos mínimos que, pueden y han sido mejorados en los convenios colectivos. De tal forma que en la actualidad, los verdaderos derechos de los trabajadores se encuentran en los convenios colectivos. La mayoría mejorados respecto a los que establece el ET y algunos regulados exclusivamente en los convenios ya que el estatuto no los establece, como puede ser, por ejemplo, la cuantía de los salarios. Existen convenios colectivos de varios ámbitos, Estatales, Autonómicos, provinciales y de empresa. Hasta ahora, los inferiores siempre debían respetar lo que establecían los superiores, negociados

con las organizaciones sindicales. De tal modo que un empresario no podía negociar un convenio colectivo de su empresa, reduciendo los derechos que se habían fijado en los convenios de ámbito superior.

No obstante, ahora con las reformas, el nuevo artículo 84.2 ET concede prioridad aplicativa al convenio de empresa respecto de los de ámbito superior en una amplia serie de materias: salario base y complementos, horas extraordinarias, régimen y retribución del trabajo a turnos, horario y distribución del tiempo de trabajo, adaptación del sistema de clasificación profesional y de modalidades de contratación, medidas de conciliación y demás materias previstas en los acuerdos interprofesionales.

Es verdad, que las pequeñas empresas, la gran mayoría en España, tienen enormes dificultades para aplicar las condiciones que se negocian en los convenios colectivos supra empresariales, pero no parece que la fijación de tales condiciones en convenios de empresa sea la mejor solución para adaptar las condiciones de trabajo a la realidad de la pequeña empresa. En efecto, en las pequeñas empresas no suele haber representación sindical y por lo tanto los convenios se negociarán con representantes unitarios no sindicales que, muchas veces, no son plenamente independientes con respecto a la empresa, con el riesgo que ello entraña, de que la empresa acabe imponiendo unilateralmente las condiciones de trabajo más importantes. Por ello, probablemente, hubiera sido más aconsejable establecer unas condiciones mínimas legales específicas diferentes para la pequeña empresa, pero por Ley para garantizar dicho derecho para los trabajadores en la pequeña empresa. Mientras que las grandes empresas deberían venir obligadas a cumplir las condiciones establecidas en los convenios supra empresariales y no tener la facultad de establecer condiciones laborales inferiores en sus empresas que, por su tamaño, no tienen las dificultades que encuentran las pequeñas empresas para aplicar dichas condiciones (por ejemplo, no es lo mismo que un autónomo que tenga una pequeña tienda con un empleado, deba pagarle los 1.500 euros al mes que le fija el convenio colectivo supra empresarial de su sector, además de la Seguridad Social, que lo deba hacer una multinacional). Aunque esto en la práctica supondría un derecho del trabajo de dos marchas y trabajadores

de primera y segunda clase, con lo cual su aplicación sería, asimismo, muy problemática.

Asimismo, se articula la posibilidad de no aplicar el convenio colectivo de referencia, sea el de la propia empresa o bien de ámbito superior en un amplio número de materias: jornada de trabajo; horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración y cuantía salarial; sistema de trabajo y rendimiento; funciones y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Es verdad que se sigue exigiendo para ello la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, apreciada según los mismos criterios establecidos para el despido objetivo. Sin embargo, se viene a objetivizar y cuantificar la concurrencia de causa económica, entendiendo por tal, en última instancia, la disminución persistente de ingresos "o" ventas, una u otra no de forma acumulativa "durante dos trimestre consecutivos". De tal forma que, pese a tener beneficios, si estos han disminuido durante dos trimestres consecutivos ya se puede llevar a cabo el descuelgue. Condición en la que se encuentran actualmente más del 85% de las empresas.

Se requiere una negociación con los representantes legales de los trabajadores. Sin embargo, en las empresas en las que no exista representación legal de los mismos (en la gran mayoría de las empresas pequeñas que suponen el 80% del tejido empresarial español), éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente. Con el agravante ahora que se permite, por tanto, modificar condiciones laborales acordadas en convenio colectivo estatutario a través de acuerdos con los propios trabajadores constituidos en comisiones "ad hoc", lo que encubre "de facto" un pacto individual con cada trabajador o plural.

Desaparece, aunque de forma limitada por la amplitud del plazo de duración, la llamada "ultraactividad" del convenio. En efecto, las partes tienen ahora un máximo de un año para llegar a un nuevo acuerdo desde la denuncia del convenio colectivo que fuere de aplicación, y transcurrido ese plazo sin acuerdo o

decisión arbitral que lo sustituya perderá su vigencia “y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que sea de aplicación”. Sin embargo, si no hay convenio colectivo superior, se aplicará la normativa laboral común, mínima, el ET, que en materia de salario, por ejemplo, sólo garantiza el SMI. Si bien, ahora, como veremos en el apartado de convenios colectivos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014, aboga por la contractualización de las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo que expira. Esto es, se siguen aplicando las condiciones de trabajo mejoradas en el convenio colectivo, a pesar de que haya expirado su vigencia, porque pasan al contrato de trabajo de los trabajadores. Salvo que haya un convenio de ámbito superior (STS de 5 de junio de 2018).

3. Flexibilidad en la salida

Finalmente, hablamos de una flexibilidad en la salida, esto es, la facilidad con la cual una empresa puede despedir a un trabajador y el coste que dicho despido supone, en términos económicos, para la empresa. A tal respecto hay que destacar, en primer lugar que, frente al más conocido despido disciplinario, esto es, el despido por incumplimientos graves y culpables del trabajador de sus obligaciones laborales, se encuentran también las denominadas como causas objetivas de despido. Estas, a diferencia de las primeras, son causas en las cuales el trabajador no tiene culpa alguna, es decir, el trabajador no ha incumplido obligación laboral alguna, sino son supuestos en los cuales, la normativa establece la posibilidad de despedir por causas sobrevenidas, siendo la más conocida, las causas económicas.

En el despido disciplinario, si se prueba el incumplimiento del trabajador, la empresa no debe abonar indemnización alguna, ya que el despido será procedente. De no probarse dicho incumplimiento, pueden ocurrir dos cosas diferentes. La primera que en el despido se hayan vulnerado derechos fundamentales o que el mismo haya sido discriminatorio, en cuyo caso, el despido se declarará nulo, que conlleva la obligación de la empresa a readmitir el trabajador en las mismas condiciones que antes del despido y abonar los salarios de tramitación. La segunda, que no se hayan vulnerado derechos fundamentales y que no sea discriminatorio, pero que no se haya probado el incumplimiento del trabajador. En este caso,

entonces, la empresa puede optar entre readmitir con el abono de los salarios de tramitación o despedir. Sin embargo, para poder despedir al trabajador debe pagar una indemnización de 33 días de salario por año de antigüedad, al ser el despido improcedente. Mientras que en los despidos objetivos, si la causa se prueba la empresa podrá despedir pero debe pagar en todo caso una indemnización de 20 días de salario por año de antigüedad que tenga el trabajador en la empresa.

En este segundo supuesto, ahora tras la reformas de 2012, se profundiza en la flexibilización de las facultades empresariales y se procede a una nueva regulación del despido económico.

Se suprime la anterior exigencia causal para las empresas de que las situaciones económicas negativas pudieran afectar a su viabilidad o capacidad para mantener el empleo, y de que se justifique “la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa o a mejorar su situación, pretendiéndose reducir el margen de apreciación judicial. De este modo, se eliminan los juicios de razonabilidad y proporcionalidad. En consecuencia, el control judicial queda reducido a verificar que la causa alegada esté relacionada con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa y no a que la medida adoptada sea una de las posibles para contribuir a mejorar la situación de la empresa como venía exigiéndose hasta ahora.

Ahora, la extinción de los contratos de trabajo se vincula a la exigencia de que durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre sea inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior, con independencia del impacto que esta reducción de ventas haya producido en su situación económica financiera, y en su capacidad para mantener el volumen de empleo. No tienen que implicar pérdidas para la empresa, no tienen que suponer ningún riesgo para su continuidad hacia el futuro y ni tan siquiera han de comprometer sus disponibilidades financieras como para hacer inviable para la misma el mantenimiento del conjunto de los puestos de trabajo. Así, es posible que ahora puedan acudir a la figura del despido colectivo por causas económicas empresas en una situación económica saneada, sin ningún atisbo de riesgo previsible sobre su continuidad o sobre su capacidad de mantener su

actual volumen de empleo.

Con lo cual, al haberse objetivizado la concurrencia de esta causa en la reducción de ventas o ingresos durante tres trimestres consecutivos, situación que cumple el 85% de las empresas en estos momentos, los jueces no van a tener más remedio que considerar legal el despido.

Finalmente se opta por la supresión de la autorización administrativa, esto es de un ERE (Expediente de Regulación de Empleo), que era necesario antes cuando el número de trabajadores despedidos superaban los umbrales marcados en la Ley, lo que se denomina como despidos colectivos. En estos casos no se podía despedir sin la previa autorización de las autoridades laborales. Ahora ya no hay que acudir a dicha autorización previa, habiendo sólo una revisión judicial posterior y, en todo caso, si los trabajadores demandan en vía judicial. Con lo cual se facilita el despido en estos casos.

En el primer supuesto, de despidos disciplinarios, la indemnización para los nuevos contratos, en caso de despido declarado improcedente, se fija en 33 días de salario/año y un máximo de 24 mensualidades, es decir (no conviene olvidarlo ciertamente) la que ya existía para el contrato de fomento de la contratación indefinida. Para los contratos ya existentes se prevé un doble régimen de cuantía por año, 45 días para el período anterior a la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 (12, de febrero de 2012) y 33 días para el resto. Además, en cualquier caso el importe no podrá ser superior a 24 mensualidades.

Así, pongamos por ejemplo, un trabajador con una antigüedad de 10 años y con un sueldo de 20.000 euros anuales. Ahora la indemnización máxima será aproximadamente de 1.833,15 euros (correspondiente a 33 días de trabajo) multiplicado por 10, que son los años trabajados. 18.331,50 euros, frente a los 24.997,50 euros que hubiera cobrado con 45 días de indemnización.

Otro ejemplo, para los contratos ya existentes, pongamos un trabajador con una antigüedad de 10 años antes del 12 de febrero de 2012, fecha de entrada en vigor de la norma y que le despiden 10 años después, con un sueldo de 20.000 euros anuales: se calcularía en dos tramos su indemnización: el primero, equivalente a diez años con 45 días de indemnización (24.997,50 euros) y el último, posterior a la entrada en vigor de

la reforma, equivalente a diez años con 33 días de indemnización (18.331,50 euros). Siendo el montante final de su indemnización la suma de ambas cantidades: 43.329 euros. No obstante, asimismo, se aplicaría el nuevo tope máximo de 24 mensualidades, de tal forma que la indemnización se quedaría en: 40.000 euros.

Por tanto, los trabajadores que ya tuvieran 16 años de antigüedad al día 12 de febrero de 2012, ya han alcanzado los 24 meses de tope de indemnización, y el nuevo período de trabajo a partir de ahora ya no genera derechos en caso de despido improcedente, lo que hace que su indemnización quede congelada. Con la legislación anterior, el tope se alcanzaba con 28 años.

Para evitar esto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2014, establece que si con fecha 12 de febrero de 2012 (la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012), el trabajador ya ha generado derecho al nuevo tope de indemnización, 24 meses, en ese caso, se seguirá aplicando el antiguo tope de 42 meses. Así, por ejemplo, trabajador que gana 20.000 euros anuales y tuviera 16 años de antigüedad antes del 12 de febrero de 2012 y 4 años de antigüedad después de la reforma, tendría ya derecho a 40.000 euros, el tope máximo (24 meses) sólo con la antigüedad previa a la entrada en vigor de la reforma. De tal modo que no le servirían los cuatro años trabajados posteriormente (7.332, 60 euros que perdería). Por eso la Sentencia del Tribunal Supremo, en ese caso, establece que se aplicará el antiguo tope de 42 mensualidades. Así en este caso, hasta 70.000 y ya podría percibir por tanto los 47.332, 60 euros.

La reducción de la indemnización va acompañada ahora de la modificación relativa al abono de los salarios de tramitación (los salarios que debería haber percibido el trabajador desde la fecha del despido hasta la fecha de la sentencia declarando el despido improcedente), a los que el trabajador tendrá derecho sólo si la empresa opta por la readmisión, no si opta por la extinción con indemnización (salvo el supuesto de los representantes de los trabajadores, que tienen la opción de elegir, que recibirán los salarios de tramitación tanto en caso de readmisión como de extinción del contrato con indemnización). Con lo cual se abarata más todavía el coste del despido.

Se suprime el trámite de reconocimiento de

improcedencia y depósito de la indemnización (despido exprés), estipulándose simplemente que “el abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”.

Por lo tanto, ahora, al no poder reconocer la improcedencia del despido la empresa, poniendo a disposición del trabajador la indemnización legal, el coloquialmente denominada despido exprés dará paso a lo que podríamos llamar como despido exprés objetivo o económico. Esto es, los despidos, a partir de ahora, se canalizarán a través de los despidos objetivos, poniendo la empresa a disposición del trabajador la indemnización de 20 días, con el tope de 12 mensualidades, en todo caso, con un posterior control judicial, sólo si el trabajador recurre el despido en vía judicial. Sin el peligro, como venía ocurriendo hasta ahora, como hemos visto, de que si el juez declara improcedente el despido, el empresario tenga que pagar junto con la indemnización, los salarios de tramitación, que ahora precisamente se eliminan en este caso.

La modificación relativa al abono de los salarios de tramitación, es en última instancia una reducción más del coste del despido, pues como hemos señalado, aunque en la práctica tales salarios se habían eliminado si el empresario ponía a disposición del trabajador la indemnización legal por despido improcedente dentro de las 48 horas siguientes al despido, como establecía el art. 56.2 del ET. No obstante, el trabajador, podía obtener el abono de tales salarios, además de si reclamaba contra el despido por considerarlo nulo y el juez le daba la razón, declarando la obligación de reingreso en el trabajo con el abono de estos salarios, asimismo, cuando no estaba conforme con la cuantía de la indemnización puesta a su disposición. En cuyo caso, si el juez le daba la razón, la empresa, además de abonar la diferencia de la cuantía de la indemnización, debía proceder al pago de los referidos salarios de tramitación.

Ahora, se mantiene el abono de los salarios de tramitación en los supuestos de declaración de nulidad, pero en los supuestos de declaración de improcedencia, sólo se pagarán si la empresa opta por la readmisión. De tal forma que, si la empresa opta por la extinción, sólo tendrá que abonar, en su caso, la diferencia de la

cuantía de la indemnización (por ejemplo con los 20 días que será lo más habitual que ahora se pague para despedir, como hemos destacado). Lo cual además, en la mayoría de los casos, tendrá un cierto efecto de fomento de la opción de la extinción del contrato, frente a la readmisión, en términos estrictamente económicos, ya que la empresa se ahorra los salarios de tramitación. Los cuales, aunque pueda parecer lo contrario, no es un tema baladí en la cuantía del coste del despido, por dos razones fundamentales.

En efecto, en primer lugar, porque para un trabajador con muchos años de antigüedad en la empresa, el factor que más encarecerá el despido será efectivamente la propia indemnización de 45 días de salario multiplicados por esos años de antigüedad. Sin embargo, en la actualidad, con un mercado laboral que tiene la tasa de temporalidad más alta de toda Europa (32,5%, 90 de cada 100 contratos celebrados son temporales), es fácilmente observable que los salarios de tramitación ya no tienen un interés menor en términos cuantitativos, pues en un mercado laboral donde la duración media de los contratos temporales apenas llega a los tres meses, en la mayoría de las ocasiones la cuantía de estos últimos superará con creces la de la propia indemnización, en aquellos supuestos en que el trabajador con contrato temporal demanda en vía judicial y obtiene una calificación del despido de improcedente.

En segundo lugar, porque junto con el pago de los salarios de tramitación, el empresario debe abonar las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes al periodo de dichos salarios. De tal forma que, en este sentido, el despido se ve abaratado por partida doble. Por un lado por la cuantía de los salarios que se dejan de abonar y, por el otro, por la cuantía de las cotizaciones sociales que se dejan de ingresar.

En cualquier caso, en el supuesto de los representantes de los trabajadores, tienen la opción de elegir, que recibirán los salarios de tramitación tanto en caso de readmisión como de extinción del contrato con indemnización. Lo cual no parece que tengan justificación alguna, pues aun cuando desde la función que representan tiene mucho sentido que puedan optar entre readmisión o extinción, no se puede justificar en dichas funciones, la opción por poder acumular salarios de tramitación con la cuantía de la

indemnización cuando haya optado el mismo por la extinción del contrato.

A favor de una reducción del coste del despido se argumenta que el elevado coste actual es la razón del alto porcentaje de contratos temporales que se mantiene en España así como la explicación de la alta tasa de paro. En este sentido se mantiene que la actual regulación del despido constituye un factor que dificulta la competitividad de nuestras empresas en relación con el resto de Europa y también que el coste del despido es un elemento disuasorio para que los empresarios contraten a nuevos trabajadores con contratos indefinidos.

En contra, se afirma que si el despido fuera más barato habría todavía más despidos, incrementándose el paro en lugar del empleo. Además, al recibir una indemnización menor los trabajadores despedidos se encontrarían económicamente más indefensos ante un previsible alargamiento de su situación de parados.

II. CONCLUSIONES. PROPUESTAS PARA UNA POSIBLE REFORMA LABORAL

Es evidente que se trata de buscar un equilibrio entre los derechos de los trabajadores y las demandas empresariales de flexibilidad, pero parece más bien que con estas reformas de 2012 se ha roto dicho equilibrio y se ha inclinado la balanza finalmente a favor de la empresa, olvidándose de la finalidad del Derecho Laboral que es, como hemos visto, la de proteger la parte más débil dentro de la relación laboral y optando por ver al Derecho del Trabajo como algo obsoleto que pone trabas a la actividad empresarial y debe recortarse, porque ni siquiera se ha condicionado las facultades de despido a la necesario y previa utilización de los instrumentos de flexibilidad interna. Es decir, para despedir no es necesario que sea como último recurso y haber previamente reducido jornadas, salarios, etc. Y sólo después de haber hecho esto despedir, porque la situación no mejora, sino que la empresa puede despedir directamente. Con lo cual parece que finalmente era cierta la postura que postulaba, como hemos visto, que si se bajaba el coste de despido de los contratos indefinidos, se aumentaría el número de despidos y, en consecuencia, parados, en lugar de aquella que promulgaba que se crearían más puestos de trabajo indefinidos, como desgraciadamente se ha

puesto gráficamente de manifiesto en las cifras del paro.

El concepto de "Flexiguridad", en los países donde se originó (fundamentalmente países nórdicos como Dinamarca), va acompañado de una protección al trabajador en cuanto a elevadas prestaciones por desempleo e indemnizaciones para proteger al trabajador mientras encuentra un nuevo empleo. Lo cual desgraciadamente aquí no se ha hecho, sino todo lo contrario, reducir tanto indemnizaciones como prestaciones por desempleo, con el consiguiente resultado de reducción de derechos laborales y reducción de protección frente al desempleo. Y es que se ha reformado y reducido un derecho laboral con la excusa que era la causa del paro y de la destrucción de empleo y que era necesario para crear empleo y encima empleo fijo. Sin embargo, ese mismo ordenamiento laboral era el que estaba en vigor en la época del "boom" económico donde se habían alcanzado récords históricos de creación de empleo y donde el paro había bajado a sus niveles más bajos, alcanzado casi el pleno empleo. Por ello, no parece que se pueda atribuir un excesivo papel en la destrucción o creación de empleo. La demanda de mano de obra por parte de las empresas es siempre derivada. Es decir, depende de que aumente también la demanda del consumo de los productos o servicios que esas mismas empresas ofrecen y, para ello, es necesario, a su vez, que mejore la situación económica. De tal modo que cuando esto ocurra, se volverá a crear empleo, como siempre se ha hecho en las sucesivas crisis anteriores. Sólo que los nuevos empleados tendrán, tras cada crisis y su correspondiente reforma, menos derechos que los anteriores, ya que esa es la finalidad verdadera.

Centrar de manera prioritaria los cambios en los aspectos laborales y no en el modelo productivo corre el riesgo de pretender recuperar la inversión y la creación de empleo, y los beneficios empresariales, no sobre una mejora de la competitividad, sino sobre la base de la flexiguridad, esto es, del empeoramiento de condiciones de trabajo como condición sine qua non para la creación de empleo, como se está ya produciendo en la crisis, y sobre un abaratamiento de costes, tanto laborales como de Seguridad Social, y de ahí la permanente reivindicación patronal de rebaja de impuestos y de cotizaciones a la Seguridad Social.

Sólo que, como estamos viendo, esto no sirve para crear puestos de trabajo, sino sólo para reducir salarios y prestaciones sociales, de tal forma que cuando se recupere la actividad económica y se vuelva a crear empleo, ya que esta es la única premisa que puede crear puestos de trabajo, esos nuevos trabajadores tendrán menos derechos sociales.

Por lo tanto parece prioritario reestablecer de nuevo la jerarquía de los convenios colectivos, relegando los convenios de empresa, de nuevo, al último escalón de dicha jerarquía, de tal forma que solo puedan mejorar lo establecido por los sindicatos en los convenios colectivos superiores. De tal modo que las grandes empresas con convenio propio no puedan establecer peores condiciones, especialmente salariales, que las obtenidas por los sindicatos en las negociaciones de los convenios de ámbito superior, lo que vacía de contenido los convenios colectivos estatutarios y la función negociadora de los sindicatos de estos colectivos para todos los trabajadores y es un ataque directo al derecho a la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva.

Restringir de nuevo la posibilidad de descolgarse de un convenio colectivo estatutario en el caso de causas económicas, sólo cuando existan pérdidas reales e imposibilidad, por lo tanto, de mantener las condiciones laborales del convenio y no, como ahora, cuando sólo haya disminución de ingresos, durante un periodo de tiempo corto, pero la empresa todavía tenga beneficios reales. Especialmente respecto de las grandes empresas que no tienen dificultades para pagar los salarios de los convenios colectivos. Si acaso manteniendo la posibilidad de descuelgue de las pequeñas empresas que sí pueden encontrar dificultades para hacer frente a los salarios de los convenios sectoriales.

En cuanto a los contratos temporales, no puede ser tener una contratación temporal causal y no controlar la causa. En la Oficina de Empleo, te registran el contrato pero no controlan la causa. La ITSS está desbordada y sólo actúa bajo denuncia. EL trabajador no denuncia porque tiene miedo a que no le renueven el contrato y perder su trabajo. Sólo se controla en las empresas que tienen representantes legales de los trabajadores, pero como las empresas españolas son tan pequeñas, el 93% no tienen representantes legales de los trabajadores. Por lo tanto, al final, entre todos la

casa sin barrer y tenemos una contratación temporal causal que nadie controla. Esto sólo se nos ocurre a nosotros. Resultado, de cada 100 contratos que se celebran 90 son temporales. Evidentemente la gran mayoría celebrados de forma fraudulenta encubriendo lo que deberían ser contratos indefinidos. Por lo tanto o empezamos a controlar la causa, en la Oficina de Empleo, aumentando el número de Inspectores, etc. o abandonamos la causalidad y adoptamos el modelo anglosajón, limitando porcentualmente el número de trabajadores con contratos temporales que puede tener una empresa en plantilla, de acuerdo con el número total de trabajadores que tenga en plantilla. Así, por ejemplo, empresas de hasta 100 trabajadores en plantilla, pueden tener como máximo un 20% del total de sus trabajadores con contratos temporales, el resto deben ser contratos indefinidos. Así, de un plumazo, reduces objetivamente la contratación temporal sin tener que controlarla.

La otra opción sigue siendo adoptando el contrato único, con una indemnización intermedia, 20, 25 días, pero no progresiva, sino, elevada precisamente durante los primeros años, para que al empresario no le salga rentable despedir, desde el punto de vista económico, durante los primeros años del contrato y vaya sustituyendo y rotando entre trabajadores, sino que para compensar la poca antigüedad que tiene el trabajador durante los primeros años, establecer una indemnización elevada, tal vez fija de 45 días de salario y que esta vaya bajando progresivamente hasta quedarse en 25 o 20 días de salario por año, después de 3 o 4 años, así la menor indemnización ya se vería aumentada al tener que multiplicar por los años de antigüedad en la empresa y se vería, así, compensada. También se podría instaurar el modelo austriaco, bien aumentando las cuotas que pagan los empresarios todos los meses, bien imponiendo unas cuotas a los trabajadores o bien ambas cosas, ya que se trataría de que con esas cuotas se creara un fondo, una hucha si se prefiere, para cada trabajador, que va aumentando a través de las cotizaciones de su empresario y las suyas, dependiendo del sistema que se adopte. Cantidad que si no es despedido va aumentando y acumulándose y si el trabajador cambia de empresa, se lo puede llevar con él, a modo de mochila con la cantidad acumulada. Si finalmente es despedido más adelante, se puede utilizar para pagar la indemnización y sino es despedido

en mucho tiempo, se puede utilizar para mejorar las prestaciones por desempleo, cuando finalmente sea despedido o en caso contrario, para mejorar el día de mañana la propia pensión de jubilación. Se intentó en su momento financiarlo a través de la cuota mensual que abonan los empresarios al FOGASA, pero el exiguo 0,20% que se paga no fue suficiente para garantizar los salarios y las indemnizaciones a los trabajadores de las empresas insolventes, además de pagar las indemnizaciones y no se quiso entonces aumentar la cuota. Ahora bien, si se quisiera implementar en serio, requeriría que los empresarios lo financien a través de cuotas todos los meses, lo que incrementaría el coste de la mano de obra, ya que habría que cotizar por este concepto, por cada trabajador, todos los meses. Y los empresarios ya dicen que el coste es elevado. Aunque al pagarlo todas las empresas, se mutualizaría el coste del despido, en el sentido que la cuota que pagara cada empresa podría ser muy poco, porque al ser tantas empresas, aunque sea una cuota muy reducida, por ejemplo, 0.25%, a título individual supondría muy poco (por ejemplo, 0.25% de un sueldo de 1000 euros, sería una cuota de dos euros y medio al mes y, por el contrario, cuando despidas a un trabajador no tendrías que pagarle la indemnización, sino que se haría cargo el fondo. Otra opción es cargar en su totalidad la cuota a los trabajadores o en parte, conjuntamente con las empresas. Sin embargo, en los supuestos en que el trabajador no lo tocara hasta la edad de jubilación sería una ventaja para él, ya que tendría un plus a la pensión de jubilación, pero en los casos en que fuera despedido antes y se utilizara para pagar su indemnización, en última instancia, estarían pagando ellos su propia indemnización de despido, que no parece razonable con la idea que la indemnización por despido debe ser a coste de la empresa y a favor del trabajador para compensar el perjuicio.

10 AÑOS DE LA LEY DE IGUALDAD DE REMUNERACIONES EN CHILE

CAMBIAR UN POCO PARA QUE
TODO SIGA IGUAL



José Francisco Castro

Abogado, Universidad de Chile. Magister en Derecho de la Empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor(c) en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Director de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (SCHDTSS). josfrancisco.castro@gmail.com.



INTRODUCCIÓN

El 19 de junio de 2009 fue publicada en el Diario Oficial de Chile la Ley N° 20.348 que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones. Dicha ley establece que el empleador debe dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad. Se dispone un procedimiento de denuncia, primero al interior de la empresa y luego en la judicatura laboral a través del procedimiento de tutela laboral, con una eventual intervención previa de la Inspección del Trabajo.

Transcurridos diez años desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.348, a través del presente trabajo se busca hacer una evaluación crítica del real impacto que ella ha tenido en las relaciones laborales en Chile, particularmente en la reducción de la brecha salarial entre hombres y mujeres, y cuál ha sido la efectiva utilización de esta herramienta legal por parte de los trabajadores y trabajadoras. Para ello se realiza un análisis del contenido de dicha ley y se incorporan cifras estadísticas sobre la materia. Se finaliza con las conclusiones personales del autor sobre el tema.

BREVE HISTORIA DE LA LEY

La Ley N° 20.348, de 19 de junio de 2009, se originó en una moción parlamentaria presentada por diez diputados, la cual buscaba que estuviera “consagrado expresamente el derecho de los trabajadores a una igual remuneración sin distinción de sexo, con criterios claros para establecer tal discriminación (cargo, igualdad de condiciones, o funciones de la misma naturaleza), como derecho individual y colectivo, sancionarlo así con la multa residual”. Asimismo, se perseguía establecer la obligación del empleador de informar acerca de los cargos y números de personas que los desempeñan, a efectos de facilitar la prueba de las denuncias e infracciones. Esta moción parlamentaria fue ingresada con fecha 19 de julio de

2006.

La redacción de la norma propuesta originalmente por los diputados era la siguiente:

“Agrégame el nuevo Artículo 62 bis del Código del Trabajo:

Artículo 62 bis.- “En materia de remuneraciones deberá aplicarse el principio de igualdad entre el trabajo masculino y femenino por un servicio de igual valor.

Para estos efectos, todo empleador con cinco o más trabajadores deberá mantener un registro escrito que consigne los diversos cargos o funciones ejercidos por sus trabajadores, designando el número de personas que los desempeñan y señalando los nombres de quienes actualmente los ejercen.

Este registro estará a disposición de cualquiera de sus trabajadores y del inspector del trabajo competente. “

Esta redacción sufrió varias modificaciones durante la tramitación legislativa, una de las principales dice relación con reemplazar la expresión “servicio de igual valor” por la frase “un mismo trabajo”. Este cambio dice relación con la restricción del parámetro de comparación de trabajos, pues si bien en un inicio la moción parlamentaria concebía el principio de igualdad remuneracional por un “servicio de igual valor”, finalmente la Ley N° 20.348 lo limitó únicamente a “un mismo trabajo”.

Durante la tramitación legislativa, debe destacarse a este respecto que en la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, la abogada del Departamento de Reformas Legales del SERNAM explicó que la expresión “trabajo de igual valor” tiene su origen en el Convenio 100 de la OIT, el que constituyó un avance respecto de la concepción más restringida de igual remuneración por un trabajo igual. Agregó que la OIT extendió este concepto, refiriéndose a trabajo de igual valor, el que para ser determinado implica un acabado análisis de los puestos de trabajo. De este modo, los trabajadores que desempeñen trabajos que “reporten un mismo valor hacia la cadena productiva de la empresa, deben recibir una misma remuneración. Es decir, ya no se

2 Moción parlamentaria que modifica el Código del Trabajo resguardando el derecho de la igualdad de remuneraciones, presentada por los entonces diputados Alejandra Sepúlveda, Pedro Araya, Gabriel Escencio, Eduardo Díaz, Jaime Mulet, Sergio Ojeda, Carlos Olivares, Jorge Sabag, Mario Venegas y Patricio Walker Boletín N° 4356-13. Disponible en Historia de la Ley N° 20.348, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4732/>.

consideraría que los trabajos sean similares, sino que representen un mismo valor para la empresa”.

En este sentido, ella explica que para llegar a esta determinación la OIT ha desarrollado “sistemas de evaluación de los puestos de trabajo, de carácter analítico, que tienen por objeto descomponer los diferentes contenidos de éstos, para, finalmente, asignarles un determinado valor. Conforme a ello, los puestos de trabajo que resulten con un mismo valor, deberían contemplar una misma remuneración para su retribución”, análisis en el que se consideran diversos factores objetivos como “la responsabilidad del cargo, las condiciones de trabajo, el esfuerzo que implica, y las capacidades técnicas que requiere”³.

Finalmente se limitó la iniciativa legal a igual remuneración por un mismo trabajo, lo que fue propuesto en una indicación de la Presidenta de la República, para que la norma consagrara el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo. De esta forma fue aprobado en el Congreso y así se transformó en ley de la República.

Por otro lado, se restringió durante la tramitación el universo de empresas al que le sería exigible el registro de los diversos cargos o funciones ejercidos por sus trabajadores, pasando de todas las empresas que tuvieran 5 o más trabajadores, como proponía la moción parlamentaria, a las empresas de 200 o más trabajadores.

En este último punto, mención aparte merece la intervención de la Confederación Nacional de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa de Chile (CONAPYME), la que se pronunció respecto a lo gravoso que significaría llevar un registro detallado con funciones, fundando dicha apreciación en que “el tener que consignar funciones y detallarlas en un registro, limitará considerablemente la utilización del recurso humano, que en este tipo de empresas suele ser multifuncional (...) al dar instrucciones a los trabajadores, éstos podrán expresamente negarse en aquellos casos en que no se haya establecido el trabajo ordenado, -dentro de las

funciones del registro-...”, agregando que, de insistirse en el mismo, se debería exigir para empresas con al menos 30 trabajadores.

Se recalca esta participación de la CONAPYME, dado que los argumentos vertidos por sus representantes encontraron eco en los integrantes de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, quienes estimaron que el registro significaría “por una parte, una carga adicional que no podrían solventar, y, por la otra, dejaban fuera la multiplicidad de funciones que suelen realizar los trabajadores de las empresas de menor tamaño”, ante lo que el representante del Ministerio del Trabajo propuso que la obligación fuese exigible para empresas con 50 o más trabajadores, agregando que este registro debía establecerse en el numeral sexto del artículo 154 del Código del Trabajo, constituyendo este el origen de la modificación a este artículo.

Se considera que el hecho que la moción haya sufrido un importante cambio a este respecto, tiene su explicación en dicha intervención, toda vez que finalmente la ley estableció la obligatoriedad del registro únicamente para la gran empresa, según la categorización dispuesta en el Código del Trabajo, cambio que se profundizó en el Senado, a raíz de una indicación de los Senadores Allamand y Pérez Varela, que finalmente se plasmó en la Ley N° 20.348, que únicamente lo hizo exigible para aquellas empresas que tienen 200 trabajadores o más⁴.

Para finalizar con los principales hitos de la discusión parlamentaria, cabe mencionar la propuesta del Ejecutivo que dio lugar a que la acción de tutela quedara condicionada a reclamar previamente ante el empleador, en los siguientes términos:

“En la sesión siguiente, la señora Ministra del SERNAM presentó una nueva propuesta para la redacción del artículo 62 bis, la que, según explicó, recogería las inquietudes manifestadas durante este debate. Así, puntualizó, se consagra el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por la ejecución de un mismo trabajo y, enseguida, se establecen algunos criterios objetivos que, entre otros, permitirán hacer diferenciaciones remuneracionales

3 FUENTES RIQUELME, Gloria Alejandra, Artículo 62 bis del Código del Trabajo: ¿Herramienta eficaz para la disminución de la brecha remuneracional entre hombres y mujeres?, Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Chile, Santiago, 2017, p. 49.
4 Ibid., pp. 42-44.

sin que éstas constituyan una arbitrariedad. Al tenor de esta nueva propuesta, acotó, el texto del precepto sería el siguiente:

“Artículo 62 bis.- El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad⁵.”

Las denuncias que se realicen invocando el presente artículo, se sustanciarán en conformidad al Párrafo 6º, Capítulo II, Título I, del LIBRO V de este Código, una vez que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa.”

Esta redacción, propuesta por el Ejecutivo y que fue aprobada, dio origen a la actual limitación del ejercicio de la acción de tutela laboral a las mujeres y hombres trabajadores, imponiendo requisitos que no se le impone a ningún trabajador respecto de otro derecho fundamental vulnerado por su empleador.

EL CONTENIDO DE LA REFORMA

La reforma introducida al Código del Trabajo en materia de igualdad de remuneraciones a través de la Ley N°20.348, de 19 de junio de 2009, tiene tres contenidos principales, a saber:

- a) Una declaración de principios y una norma procesal (artículo 62 bis)
- b) Modificaciones al reglamento interno de la empresa
- c) Un incentivo para los empleadores que no presenten diferencias arbitrarias de remuneraciones entre trabajadores que desempeñen cargos y responsabilidades similares.

a) El artículo 62 bis del Código del Trabajo, agregado por el artículo 1º de la Ley N°20.348, que Resguarda el Derecho a la Igualdad en las Remuneraciones, dispone

lo siguiente:

“El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en la remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

Las denuncias que se realicen invocando el presente artículo, se sustanciarán en conformidad al Párrafo 6º del Capítulo II del Título I del Libro V de este Código, una vez que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa”.

De esta forma, en el inciso primero se contiene una declaración de principios respecto de la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten “un mismo trabajo”, al mismo tiempo que se precisa que no se considerarán arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden en alguna razón como las señaladas a vía ejemplar en la norma: capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad, productividad.

Luego se establece el procedimiento conforme a la cual se tramitarán las denuncias que se realicen por haber vulnerado el principio de igualdad de remuneraciones, que será el procedimiento de tutela laboral o de tutela de derechos fundamentales, previsto en el Párrafo 6º del Capítulo II del Título I del Libro V del Código del Trabajo, artículo 485 y siguientes. Pero, al mismo tiempo, se pone una importante traba para el ejercicio de dicha acción judicial, cual es que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación al interior de la empresa, previsto en el reglamento interno. Este verdadero presupuesto de procesabilidad, constituye un tremendo desincentivo para realizar la denuncia judicial, ya que el trabajador o trabajadora afectada no contará con ninguna protección al interior de la empresa para hacer esta denuncia interna.

b) Por otro lado, se introducen dos modificaciones en materia del reglamento interno de la empresa. La

⁵ Segundo Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código del Trabajo, resguardando el derecho a la igualdad en las remuneraciones. Historia de la Ley N° 20.348, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4732/>.

primera de ellas es incorporar en el numeral 6 del artículo 154 del Código del Trabajo, la obligación de contener en el mencionado reglamento, siempre que se trate de empresas de 200 trabajadores o más, “un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales”.

En segundo término, se establece en el numeral 13 del mismo artículo 154, la obligación consignar en el reglamento interno de la empresa, “el procedimiento a que se someterán los reclamos que se deduzcan por infracción al artículo 62 bis. En todo caso, el reclamo y la respuesta del empleador deberán constar por escrito y estar debidamente fundados. La respuesta del empleador deberá ser entregada dentro de un plazo no mayor a treinta días de efectuado el reclamo por parte del trabajador”.

c) Finalmente, se incorpora en el inciso final artículo 511 del código del Trabajo, un incentivo para los empleadores que no presenten diferencias arbitrarias de remuneraciones entre trabajadores que desempeñen cargos y responsabilidades similares, consistente en la rebaja del 10% de las multas adicionalmente a lo que se resuelva por aplicación de los incisos precedentes (reconsideración administrativa de la multa), en tanto las multas cursadas no se funden en prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA MODIFICACIÓN INTRODUCIDA

Conforme hemos venido analizando, podemos adelantar que los principales problemas que observamos en la Ley 20.348, y que se han visto confirmados en estos diez años de vigencia de la ley, son los siguientes:

1) Que el registro de cargos que debe incluirse en los reglamentos internos es únicamente obligatorio para las grandes empresas, en circunstancias que entre todas las otras categorías (micro, pequeña y mediana), constituyen la mayoría de las empresas del país, las cuales no tienen esta obligación.

Tal como se ha dicho en un estudio de la Dirección del

Trabajo, “las limitaciones introducidas en la discusión parlamentaria debilitan la protección al salario de las mujeres, especialmente de aquellas que laboran en empresas más pequeñas y en sectores en los cuales las ocupaciones están más segregadas debido al género”⁶.

2) Se condiciona la acción de tutela laboral o de tutela de derechos fundamentales al reclamo previo del trabajador o trabajadora ante el empleador. Este es un verdadero requisito de procesabilidad establecido por la Ley N° 20.348, que inhibe la posibilidad de que las trabajadoras y trabajadores denuncien judicialmente las infracciones en materia de igualdad de remuneraciones, ya que la denuncia dentro de la empresa puede generarle ciertas consecuencias negativas al trabajador denunciante que éste buscará evitar. Lo razonable hubiese sido que se pudiera denunciar directamente ante los tribunales de justicia, como ocurre respecto de los demás derechos fundamentales.

3) La titularidad para realizar la denuncia está radicada exclusivamente en la trabajadora afectada o el trabajador afectado, quien de manera individual debe realizar el reclamo interno en la empresa, de conformidad al procedimiento establecido en el reglamento interno. No se le otorga titularidad, por ejemplo, a la organización sindical respectiva. El temor de la trabajadora a ser despedido o a sufrir algún otro tipo de represalias, se ve acrecentado porque durante esta etapa de procedimiento interno la trabajadora o trabajador no cuenta con ningún tipo de protección legal.

4) Se limita el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por trabajos iguales o “un mismo trabajo”, abandonando el concepto de trabajo de igual valor. No se considera al respecto que en muchas empresas o actividades puede existir segregación laboral por motivos de género, basada en estereotipos sexistas, esto es, que algunas labores sean desempeñadas exclusivamente por hombres o exclusivamente por mujeres, lo cual impide considerar que hombres y mujeres realicen un “mismo trabajo”. De este modo, una la ley que desconoce esta realidad difícilmente pudo haber tenido algún efecto positivo.

6 HENRÍQUEZ RIQUELME, Helia; RIQUELME GIAGNONI, Verónica, El derecho a ganar lo mismo. Ley 20.348. Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, Temas Laborales N° 27, Dirección del Trabajo, Santiago, 2010.

Además, esta frase, “mismo trabajo” va claramente en contra del texto del Convenio N° 100 de la OIT, sobre igualdad de remuneración, de 1951 y ratificado por Chile en 1971, que utiliza en su artículo 1 letra b) la expresión “igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”.

Los cuatro elementos mencionados han provocado, en opinión nuestra, que la utilización de esta ley sea marginal por parte de trabajadoras y trabajadores. En efecto, según cifras dadas a conocer por la propia Dirección del Trabajo, a nivel nacional, entre los años 2011 y 2018, se registraron solo 37 denuncias por vulneración de derecho de igualdad de remuneraciones por sexo, distribuidas de la siguiente manera:

2011	5 denuncias
2012	1 denuncia
2013	9 denuncias
2014	6 denuncias
2015	No hubo denuncias
2016	6 denuncias
2017	5 denuncias
2018	5 denuncias

Esto da un promedio de 4,6 denuncias al año durante el período 2011-2018, cifra insignificante para toda la actividad laboral del país.

Por otro lado, tampoco existe ningún estudio en Chile que señale que ha disminuido la brecha salarial entre hombres y mujeres a partir de la implementación de la Ley N° 20.348, sobre igualdad de remuneraciones

CONCLUSIONES

Hace más de diez años se aprobó en Chile la Ley N° 20.348 que supuestamente resguarda el derecho a la igualdad de remuneraciones, y que tenía por finalidad eliminar o reducir la discriminación salarial entre hombres y mujeres en nuestro país. Transcurrido más de una década, se puede constatar el nulo impacto de esta ley en el mundo del trabajo chileno y la escasa utilización que trabajadoras y trabajadores han hecho de la misma.

La redacción final de la modificación introducida el año

2009, significó quitarle todo impacto a la ley y hacer que el instrumento creado careciera de eficacia. En efecto, que el registro de cargos que debe incluirse en los reglamentos internos sea únicamente obligatorio para las grandes empresas, que se utilizara la expresión “mismo trabajo” en vez de “trabajo de igual valor”, que se obligara a la trabajadora afectada a realizar la denuncia primero dentro de la empresa antes de accionar judicialmente y, finalmente, que ella sea la única titular para realizar la denuncia y desprovista además de protección legal, hacen que hoy esta ley sea letra muerta.

Todo lo anterior lleva a concluir que en estos diez años de vigencia de la Ley N° 20.348 sobre Igualdad de Remuneraciones, no se ha combatido de manera eficaz la discriminación salarial existente en Chile entre hombres y mujeres, ni existen estudios que indiquen que se ha reducido la brecha salarial. En definitiva, solo se cambió un poco para que todo siguiera igual.

Normas legales



Decreto Supremo que crea el Servicio de Orientación y Acompañamiento para los casos de hostigamiento sexual en el trabajo - “Trabaja Sin Acoso”

DECRETO SUPREMO

Nº 014-2019-TR

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Perú establece en el artículo 23 que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador; asimismo, determina en el artículo 26 que en la relación laboral se respeta, entre otros, el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación;

Que, de conformidad con el numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley Nº 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y modificatoria, una de las competencias exclusivas del mencionado Ministerio es la de formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales en materia de derechos fundamentales en el ámbito laboral;

Que, de conformidad con el numeral 7.12 del artículo 7 de la referida ley, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en el marco de sus competencias exclusivas, cumple, entre otras, con la función de diseñar y promover la implementación de sistemas, modelos, mecanismos y procedimientos de atención de consultas, denuncias, reclamos y sugerencias en los niveles nacional, regional y local, y en las materias de su competencia;

Que, la Única Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1410, Decreto Legislativo que incorpora el delito de acoso, acoso sexual, chantaje sexual y difusión de imágenes, materiales

audiovisuales o audios con contenido sexual al Código Penal, y modifica el procedimiento de sanción del hostigamiento sexual, determina que el Poder Ejecutivo, mediante decreto supremo, aprueba un nuevo Reglamento de la Ley Nº 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, en atención a las modificaciones efectuadas en la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del referido decreto legislativo y otras modificaciones;

Que, en virtud de la citada norma, mediante Decreto Supremo Nº 014-2019-MIMP se aprueba el Reglamento de la Ley Nº 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, en cuya Sexta Disposición Complementaria Final se establece que las Direcciones o Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo implementan progresivamente el servicio de orientación y acompañamiento para los casos de hostigamiento sexual en el trabajo;

Que, mediante Decreto Supremo Nº 008-2019-MIMP se aprueba la Política Nacional de Igualdad de Género, cuyo Lineamiento 1.1 denominado “Implementar medidas de atención y protección para mujeres víctimas de violencia e integrantes del grupo familiar” se materializa en el servicio 1.1.8 “Atención, orientación, asistencia legal y psicológica, intercultural, accesible, oportuna, efectiva, disponible y de calidad, a víctimas de acoso sexual laboral” dirigido a hombres y mujeres

trabajadores/as víctimas de acoso sexual laboral, en su centro de trabajo, el mismo que está a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo;

Que, en el ámbito de Lima Metropolitana el mencionado servicio está a cargo de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Lima Metropolitana en su calidad de órgano desconcentrado del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, de conformidad con lo previsto en el artículo 77 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2014-TR, y modificatoria;

Que, en tanto que se trata de un servicio prestado en exclusividad por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, de conformidad con lo previsto en el numeral 43.2 del artículo 43 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, el mismo debe ser aprobado mediante decreto supremo que establezca los requisitos y las condiciones para su prestación, el pago por derecho de tramitación, las vías de recepción adecuadas para acceder al servicio, la autoridad competente para resolver y los formatos que sean empleados durante la tramitación del servicio, según corresponda;

Que, teniendo en cuenta el marco normativo anteriormente expuesto, es necesario emitir el decreto supremo que crea el servicio de orientación y acompañamiento para los casos de hostigamiento sexual en el trabajo – “Trabaja Sin Acoso” en Lima Metropolitana;

De conformidad con lo establecido en el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú; la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, y modificatorias; la Ley N° 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y modificatoria; y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2014-TR, y

modificatoria;

DECRETA:

Artículo 1.- Objeto

Créase el servicio de orientación y acompañamiento para los casos de hostigamiento sexual en el trabajo – “Trabaja Sin Acoso” como servicio exclusivo a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a través de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Lima Metropolitana, para efectos de intervenir en forma oportuna y adecuada en la protección de las víctimas de hostigamiento sexual en el trabajo.

Artículo 2.- Componentes del servicio

El servicio “Trabaja Sin Acoso” comprende los siguientes componentes:

2.1 Componente 1 – Atención y orientación: consiste en la acción de recibir al/a la usuario/a, el registro de sus datos personales y la identificación de una posible situación de crisis.

2.2 Componente 2 – Asistencia legal: consiste en la identificación del caso como uno de hostigamiento sexual en el trabajo, el registro de los hechos narrados, la orientación legal respecto de las alternativas con las que cuenta el/la usuario/a, la solicitud de realización de una actuación inspectiva de trabajo, cuando corresponda, y la asistencia legal durante el procedimiento interno de investigación y sanción del hostigamiento sexual, así como en los procesos judiciales que buscan proteger y reparar los derechos laborales afectados.

2.3 Componente 3 – Asistencia psicológica: consiste en la contención psicológica del/ de la usuario/a, la elaboración de un informe psicológico que dé cuenta del posible daño generado al/a la usuario/a y, cuando sea necesario, el acompañamiento psicológico durante las etapas del procedimiento interno de investigación y sanción del hostigamiento sexual, así como en los procesos judiciales que buscan proteger y reparar

los derechos afectados.

Artículo 3.- Derecho de tramitación

El servicio “Trabaja Sin Acoso” es gratuito.

Artículo 4.- Financiamiento

La prestación del servicio regulado en el artículo 1 del presente decreto supremo se financia con cargo al presupuesto institucional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Artículo 5.- Publicación

El presente decreto supremo se publica 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 6.- Refrendo

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

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Única.- De la implementación de la plataforma informática del servicio

Dentro de los ciento ochenta (180) días hábiles siguientes a la publicación de la presente norma, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo implementa una plataforma informática para la gestión eficiente y oportuna del servicio “Trabaja Sin Acoso”.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA

TRANSITORIA

Única.- Atención de los casos de hostigamiento sexual en el trabajo

En tanto no se implemente el servicio “Trabaja Sin Acoso” en la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Lima Metropolitana, los casos de hostigamiento sexual en el trabajo son atendidos por los servicios de asesoría y orientación de la citada Dirección Regional.

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

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO

Presidente de la República

SYLVIA E. CÁCERES PIZARRO

Ministra de Trabajo y Promoción del Empleo

1803541-2

Disponen la publicación del documento denominado “Convención Colectiva de Trabajo - Acta Final de Negociación Colectiva en Construcción Civil 2019 - 2020”

RESOLUCIÓN MINISTERIAL

Nº 212-2019-TR

Lima, 4 de setiembre de 2019

VISTOS

El Oficio Nº 3282-2019-MTPE/2/14 de la Dirección General de Trabajo y el Informe Nº 2114-2019-MTPE/4/8 de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO

Que, el artículo 1 de la Resolución Ministerial Nº 290-2005-TR, modificado por Resolución Ministerial Nº 314-2006-TR, establece que los convenios colectivos, u otros instrumentos que resuelvan negociaciones colectivas a nivel de rama de actividad o de gremio, registrados a partir de la fecha de publicación de la referida resolución ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, serán publicados en el Diario Oficial El Peruano y en la página Web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su recepción;

Que, con fecha 23 de agosto de 2019, la Dirección General de Trabajo recibe un original del documento denominado “Convención Colectiva de Trabajo – Acta Final de Negociación Colectiva en Construcción Civil 2019-2020”, suscrito en trato directo con fecha 22 de julio de 2019, por la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) y la Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú (FTCCP);

Que, mediante el oficio de vistos, la Dirección General

de Trabajo remite al Despacho Viceministerial de Trabajo el referido convenio colectivo para su publicación en los medios correspondientes;

Que, en ese sentido, corresponde emitir el acto administrativo que dé cumplimiento a lo establecido en la Resolución Ministerial Nº 290-2005-TR, modificada por Resolución Ministerial Nº 314-2006-TR;

Con las visaciones del Despacho Viceministerial de Trabajo, de la Dirección General de Trabajo y de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

En uso de las facultades conferidas por el numeral 8 del artículo 25 de la Ley Nº 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, y sus modificatorias; la Ley Nº 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y sus modificatorias; y el 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 Único.- Publicación

Publícase en el Diario Oficial El Peruano el documento denominado “Convención Colectiva de Trabajo – Acta Final de Negociación Colectiva en Construcción Civil 2019-2020”, suscrito en trato directo el 22 de julio de 2019, entre la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) y la

Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú (FTCCP), que como anexo forma parte integrante de la presente resolución ministerial.

Asimismo, publíquese 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 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

CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO

ACTA FINAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN CONSTRUCCION CIVIL 2019 – 2020 Expediente N° 173-2019-MTPE/2.14-NC

En Lima, a los veintidós días del mes de julio del año dos mil diecinueve, siendo las tres de la tarde, se reunieron en el local institucional de la Cámara Peruana de la Construcción – CAPECO, sito en Vía Principal 155- Edificio Real III Of. 402 – Centro Empresarial Real, San Isidro, de una parte en representación de la Cámara Peruana de la Construcción – CAPECO, los Señores Luis Antonio Isasi Cayo con DNI N° 08252785, Jorge Alberto Zapata Ríos con DNI N° 07853617, Víctor del Solar Laynes con DNI N° 06025593, Donny López Dextre con DNI N° 41318270, Carlos Jaimes Dávila con DNI N° 0835226 y Enrique Navarro Sologuren con DNI N° 07809488; y, de la otra parte los integrantes de la Comisión Nacional de la Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú (FTCCP), los Señores: Luis Alberto Villanueva Carbajal con DNI N°17826805 Secretario General, Wilder Armando Ríos Gonzáles con DNI N° 18104542 Secretario de Defensa, Asisclo Teobaldo Bravo Aldana con DNI N° 27838806 Secretario de Obras Pesadas, Martin Rimachi Ore con DNI N° 10049905 Secretario General del Sindicato de Lima, Héctor Mendoza Dávila con DNI N° 09523526 Secretario General de los Balnearios del Sur, Abel Colquepisco Taype con DNI N° 03893073 Secretario General del Sindicato de Talara, Humberto Debernardi Celis con DNI N° 05390625 Secretario General del Sindicato de Iquitos, Andrés Saya Alarcón con DNI N° 24716182 Secretario General del Sindicato de Arequipa, Máximo Rojas Reyes con DNI N° 21136573 Secretario General del Sindicato de Huancayo, Jotwin Criollo Paredes con DNI N° 42022553 Secretario General del Sindicato de Huánuco, con el objeto de, dejar constancia de los siguientes acuerdos correspondientes a la Negociación Colectiva por Rama de Actividad, del año 2019-2020 que corre en el Expediente N° 173-2019-MTPE/2.14-NC, dentro de los alcances del Decreto Supremo N° 010-2003-TR Texto Único Ordenado del Decreto

Ley N° 25593 – Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, y su Reglamento Decreto Supremo N° 011-92-TR, de acuerdo al siguiente resultado:

I.- INCREMENTO DE REMUNERACIONES:

Primera.- Las partes acuerdan que, a partir del 1 de junio de 2019 los trabajadores en construcción civil a nivel nacional, recibirán un aumento general sobre su Jornal básico, de acuerdo con las siguientes categorías:

OPERARIO	S/ 3.10 soles
OFICIAL	S/ 1.70 soles
PEON	S/ 1.60 soles

II.- CONDICIONES DE TRABAJO:

BONIFICACIÓN POR MOVILIDAD:

Segunda.- Las Partes han acordado modificar el nombre de la “Bonificación por Movilidad Acumulada”, por el nombre de “BONIFICACIÓN POR MOVILIDAD”.

La Bonificación por Movilidad será de S/8.00 (ocho soles) por día efectivamente laborado de lunes a sábado y S/5.00 (cinco soles), por los domingos y feriados efectivamente trabajados.

La presente bonificación rige a nivel nacional y se otorga a los trabajadores con la finalidad de ayudar a que se movilice desde su residencia al centro de labores y pueda desarrollar sus tareas y viceversa.

La presente bonificación no se otorga a los trabajadores que residan en campamentos ni se abona a aquellos trabajadores cuyas empresas le proporcionen directamente transporte al inicio y/o al término de la jornada diaria o semanal de trabajo, tal como lo precisa las excepciones del Reglamento aprobado en la Resolución Ministerial N° 667-73-TR de fecha 19 de Setiembre de 1973.

Esta bonificación no es computable para el pago de ningún beneficio social, al ser un concepto no remunerativo de acuerdo al artículo 19 del Decreto Legislativo N° 650, no está afecta a aportes y/o descuentos de Ley, salvo el impuesto a la renta.

CAPACITACIÓN TÉCNICA Y CERTIFICACIÓN

Tercera.- Las partes, reconociendo la necesidad de la capacitación y certificación de los trabajadores, se comprometen a realizar sus mejores esfuerzos para coordinar con SENCICO y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, ejecuten masivamente las acciones de capacitación técnica y certificación para los trabajadores del gremio de construcción civil.

Asimismo, se comprometen a gestionar ante el Ministerios de Trabajo y Promoción del Empleo y de Educación para que las entidades de ambos gremios, como el INSTITUTO CAPECO y el CONAFOVICER, sean autorizados como entidades certificadoras.

BONIFICACIÓN POR ALTITUD

Cuarta.- Las partes han acordado elevar el monto de la bonificación por altitud de S/ 2.00 a S/ 2.50 por día efectivamente laborado, a todos los trabajadores que presten servicios en obras o centros de trabajos ubicados a partir de los tres mil metros sobre el nivel del mar.

Esta citada bonificación será abonada en tanto se mantenga la citada condición de trabajo, y no será computable para el cálculo de los beneficios sociales.

III.- OTROS PUNTOS:

VIGENCIA:

La presente convención colectiva a nivel de rama de actividad, tiene la vigencia de un año, a partir del primero de junio del dos mil diecinueve siendo de aplicación a todos los trabajadores en construcción civil del ámbito nacional que laboren en obras de construcción civil públicas o privadas, con excepción de lo dispuesto en el Artículo 12° del Decreto Legislativo N° 727.

REINTEGROS:

Una vez que el Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI, fije los índices o porcentajes

correspondientes, los trabajadores solicitarán a su principal el pago de los reintegros provenientes de la presente negociación colectiva.

NATURALEZA DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS:

Las partes convienen en que los acuerdos adoptados en la presente Negociación Colectiva tienen vigencia y carácter de permanente, mientras no sean modificados por un nuevo Convenio por Actividad de Rama.

DE LAS REPRESENTACIONES GREMIALES:

El presente convenio colectivo por rama de actividad se celebra entre las organizaciones mayoritarias y representativas de las empresas y trabajadores en la actividad de construcción civil, siendo sus efectos generales para todos los trabajadores del citado ámbito a nivel nacional, durante su vigencia.

PUBLICACIÓN DE LOS ACUERDOS:

Las partes convienen en solicitar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que en cumplimiento a la Resolución Ministerial N° 314-2006-TR dé a conocer públicamente, mediante acto administrativo, los acuerdos adoptados en trato directo contenidos en el Convenio Colectivo 2019-2020, a nivel de rama de actividad, suscrito entre CAPECO y la FTCCP. Para tal efecto deberá publicarse en el Diario Oficial "El Peruano" el texto del Convenio adjunto a la Resolución correspondiente.

DECLARACIÓN FINAL:

Las partes declaran que de común acuerdo y en negociación directa, con sujeción a los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo-OIT y la legislación nacional, han dado solución definitiva al Pliego Nacional de Reclamos a nivel de rama de actividad presentado por la Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú-FTCCP correspondiente al periodo 2019-2020, materia del expediente N° Expediente N° 173-2019-MTPE/2.14-NC.

Igualmente, ratifican su rechazo a todos los actos de violencia, vandalismo, extorsión e intimidación de toda clase que generan daños en las obras, sus bienes, activos, ingenieros, funcionarios, personal administrativo, trabajadores de las empresas y a la comunidad donde se desarrollan las obras a nivel nacional.

En este orden, exhortan, requieren y responsabilizan a las autoridades competentes para que eviten la formalización de falsos sindicatos promovidos por bandas delincuenciales y se cancele el registro de los seudos sindicatos comprometidos con la delincuencia. Llamam, y se comprometen, a concertar acciones entre el Ministerio Público, Policía Nacional y Poder Judicial y los actores formales de la actividad constructora (FTCCP-CAPECO) para la formalización de las denuncias y las sanciones efectivas de estos delincuentes; solicitan se extienda el ámbito de acción de la División de Protección de Obras Civiles hacia las ciudades del interior.

Asimismo, las partes reclaman, la puesta en marcha y/o mantenimiento de una estrategia integral para combatir la acción de las referidas bandas delincuenciales, y otras formas ilícitas de organización, así como a los falsos trabajadores los que además de ser causantes de pérdidas humanas y materiales, constituyen una fuente de corrupción flagrante; lo que se rechaza en toda su extensión.

CAPECO y la FTCCP, declaran su rechazo a todo acto de corrupción en las obras públicas y privadas; comprometen, su actuación para coadyuvar con la eliminación de este flagelo social, que atenta no solo la legitimidad de las instituciones del país, sino que además afecta directamente a los trabajadores y a las empresas, quienes actúan con respeto al ordenamiento jurídico, en resguardo de su institucionalidad, y a la moral pública.

Leída la presente Acta que consta de cinco (5) páginas, las partes la suscriben en señal de conformidad, conviniendo en hacerla de conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo, para los fines legales correspondientes.

Aprueban el aplicativo informático denominado “Plataforma Informática de Autogestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo - PIASST” y su manual de usuario

RESOLUCIÓN MINISTERIAL

Nº 215-2019-TR

Lima, 6 de setiembre de 2019

VISTOS

El Informe Nº 076-2019-MTPE/4/13.2/JJS de la Oficina de Tecnologías de la Información y Comunicaciones de la Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones, el Oficio Nº 263-2019-MTPE/2/15.2 de la Dirección de Seguridad y Salud en el Trabajo, el Oficio Nº 632-2019-MTPE/2/15 de la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo, y el Informe Nº 2116-2019-MTPE/4/8 de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, el inciso 5.1 del artículo 5 de la Ley Nº 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y sus modificatorias, señala como competencia exclusiva del Sector el formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales en materia de seguridad y salud en el trabajo, entre otras;

Que, el artículo 28 de la Ley Nº 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su modificatoria, establece que el empleador implementa los registros y documentación del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, pudiendo estos ser llevados a través de medios físicos o electrónicos;

Que, el artículo 37 de la Ley Nº 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su modificatoria, determina que para establecer el Sistema de Gestión

de la Seguridad y Salud en el Trabajo se realiza una evaluación inicial o estudio de línea de base como diagnóstico del estado de la salud y seguridad en el trabajo, posteriormente los resultados obtenidos son comparados con lo establecido en la ley y otros dispositivos legales pertinentes, y sirven de base para planificar, aplicar el sistema y como referencia para medir su mejora continua; la evaluación es accesible a todos los trabajadores y a las organizaciones sindicales;

Que, el artículo 39 de la Ley Nº 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su modificatoria, establece que los objetivos de la planificación del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo se centran en el logro de resultados específicos, realistas y posibles de aplicar por la empresa, precisando que la gestión de los riesgos comprende las medidas de identificación, prevención y control; la mejora continua de los procesos, la gestión del cambio, la preparación y respuesta a situaciones de emergencia; las adquisiciones y contrataciones; y el nivel de participación de los trabajadores y su capacitación;

Que, los artículos 40 y 41 de la Ley Nº 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su modificatoria, determinan que la evaluación, vigilancia y control de la seguridad y salud en el trabajo comprende procedimientos internos y externos a la empresa, que permiten evaluar con regularidad los resultados logrados en materia de seguridad y salud en el trabajo, siendo que la supervisión

permite identificar las fallas o deficiencias en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo; adoptar las medidas preventivas y correctivas necesarias para eliminar o controlar los peligros asociados al trabajo; prever el intercambio de información sobre los resultados de la seguridad y salud en el trabajo; aportar información para determinar si las medidas ordinarias de prevención y control de peligros y riesgos se aplican y demuestran ser eficaces; y servir de base para la adopción de decisiones que tengan por objeto mejorar la identificación de los peligros y el control de los riesgos, y del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo;

Que, en cuanto a las acciones de mejora continua, el artículo 47 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su modificatoria, señala que los procedimientos del empleador en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo se revisan periódicamente a fin de obtener mayor eficacia y eficiencia en el control de los riesgos asociados al trabajo;

Que, la Sexta Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR, y sus modificatorias, establece que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo regula mediante normas complementarias lo pertinente para la aplicación de la ley y el reglamento, en el ámbito de sus competencias;

Que, en cumplimiento a lo señalado en el marco normativo mencionado y en virtud de las funciones de la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo y de la Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones, se ha desarrollado un aplicativo informático denominado "Plataforma Informática de Autogestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo - PIASST" que comprende los módulos Diagnóstico de Línea Base, Requisitos Normativos, Asesoría, Sistema de Autogestión, Gestión de Equipos de Protección, Preguntas Frecuentes y Contáctenos; adicionalmente a ello

dicha plataforma cuenta con cuatro (4) perfiles de usuario: Empresa (registrada), Invitado (empresa), Invitado (trabajador) y Administrador (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo);

Que, mediante el documento de vistos, la Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones emite opinión favorable respecto de la aprobación del aplicativo informático denominado "Plataforma Informática de Autogestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo-PIASST" y su manual de usuario;

Que, por lo expuesto, se hace necesario emitir el acto de administración interna que apruebe el aplicativo informático denominado "Plataforma Informática de Autogestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo-PIASST" y su manual de usuario;

Con las visaciones del Despacho Viceministerial de Trabajo, de la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo, de la Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones, y de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 25 de la Ley N° 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; la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su modificatoria, el Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR, y sus modificatorias; y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2014-TR, y su modificatoria;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Aprobación de aplicativo informático y manual de usuario

Apruébase el aplicativo informático denominado "Plataforma Informática de Autogestión de la

Seguridad y Salud en el Trabajo-PIASST” y su manual de usuario, que en anexo adjunto forma parte de la presente resolución ministerial.

Artículo 2.- Administración del aplicativo informático

La administración de la “Plataforma Informática de Autogestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo-PIASST” se encuentra a cargo de la Dirección de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Artículo 3.- Del mantenimiento informático

La Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones es el órgano responsable del mantenimiento informático de la “Plataforma Informática de Autogestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo-PIASST” aprobada en el artículo 1 de la presente resolución ministerial.

Asimismo, es responsable de brindar el asesoramiento técnico necesario a los usuarios del sistema y de garantizar la integridad e intangibilidad de la información del mencionado sistema.

Artículo 4.- Publicación

Publícase 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 publicación de la presente resolución ministerial 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

1805000-1

Aprueban el aplicativo informático denominado “Sistema Nacional de Auditorías en Seguridad y Salud en el Trabajo - AuditaSST” y su manual de usuario

RESOLUCIÓN MINISTERIAL

Nº 216-2019-TR

Lima, 6 de setiembre de 2019

VISTOS

El Informe Nº 075-2019-MTPE/4/13.2/JJS de la Oficina de Tecnologías de la Información y Comunicaciones de la Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones, el Oficio Nº 262-2019-MTPE/2/15.2 de la Dirección de Seguridad y Salud en el Trabajo, el Oficio Nº 633-2019-MTPE/2/15 de la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo, y el Informe Nº 2115-2019-MTPE/4/8 de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, el inciso 5.1 del artículo 5 de la Ley Nº 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y sus modificatorias, señala como competencia exclusiva del Sector el formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales en materia de seguridad y salud en el trabajo, entre otras;

Que, el artículo 28 de la Ley Nº 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su modificatoria, establece que el empleador implementa los registros y documentación del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, pudiendo estos ser llevados a través de medios físicos o electrónicos;

Que, el artículo 43 de la citada ley dispone que el empleador realiza auditorías periódicas, a fin de comprobar si el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo ha sido aplicado y si es adecuado y eficaz para la prevención de riesgos laborales y la seguridad y salud de los trabajadores;

Que, el artículo 33 del Reglamento de la Ley Nº 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por Decreto Supremo Nº 005-2012-TR, y sus modificatorias, señala que uno de los registros obligatorios del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo es el Registro de auditorías;

Que, la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del citado reglamento establece que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo regula el registro y acreditación de los auditores autorizados, así como su periodicidad;

Que, mediante el Decreto Supremo Nº 014-2013-TR, que aprueba el Reglamento de Auditores autorizados para la evaluación periódica del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, o norma que lo sustituya, se establecen las reglas para el registro y acreditación de los auditores;

Que, la Primera Disposición Complementaria Final del referido reglamento establece que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, mediante resolución ministerial, dictará las normas

complementarias, para la mejor aplicación de la citada normativa;

Que, con la finalidad de mejorar el servicio que se presta a los administrados y otorgar una herramienta útil para el acceso a la información de los auditores autorizados en materia de seguridad y salud en el trabajo, la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo propone la aprobación del aplicativo informático denominado “Sistema Nacional de Auditorías en Seguridad y Salud en el Trabajo–AuditaSST” y su manual de usuario;

Que, mediante el documento de vistos, la Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones emite opinión favorable respecto de la aprobación del aplicativo informático denominado “Sistema Nacional de Auditorías en Seguridad y Salud en el Trabajo–AuditaSST” y su manual de usuario;

Que, por lo expuesto, se hace necesario emitir el acto de administración interna que apruebe el aplicativo informático denominado “Sistema Nacional de Auditorías de Seguridad y Salud en el Trabajo – AuditaSST” y su manual de usuario;

Con las visaciones del Despacho Viceministerial de Trabajo, de la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo, de la Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones, y de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 25 de la Ley N° 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; la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su modificatoria, el Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR, y sus modificatorias; y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo,

aprobado por Decreto Supremo N° 004-2014-TR, y su modificatoria;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Aprobación de aplicativo informático y manual de usuario

Apruébase el aplicativo informático denominado “Sistema Nacional de Auditorías en Seguridad y Salud en el Trabajo–AuditaSST” y su manual de usuario, que en anexo adjunto forma parte de la presente resolución ministerial.

Artículo 2.- Administración del aplicativo informático

La administración del “Sistema Nacional de Auditorías en Seguridad y Salud en el Trabajo–AuditaSST” se encuentra a cargo de la Dirección de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Artículo 3. Del mantenimiento informático

La Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones es el órgano responsable del mantenimiento informático del “Sistema Nacional de Auditorías en Seguridad y Salud en el Trabajo – AuditaSST” aprobado en el artículo 1 de la presente resolución ministerial.

Asimismo, es responsable de brindar el asesoramiento técnico necesario a los usuarios del sistema y de garantizar la integridad e intangibilidad de la información del mencionado sistema.

Artículo 4.- De la capacitación del aplicativo informático y de las acciones de difusión y promoción

La Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo es responsable de brindar capacitación y asistencia técnica en relación al uso del aplicativo informático

denominado “Sistema Nacional de Auditorías en Seguridad y Salud en el Trabajo–AuditaSST”.

Las Direcciones y/o Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo de los Gobiernos Regionales realizan acciones de difusión y promoción del uso del referido aplicativo informático.

Artículo 5.- De la publicación

Publícase 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 publicación de la presente resolución ministerial 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

1805000-2

Aprueban la creación del “Observatorio de la Formalización Laboral”

RESOLUCIÓN MINISTERIAL

Nº 217-2019-TR

Lima, 6 de setiembre de 2019

VISTOS

El Oficio Nº 2870-2019-MTPE/2/16 de la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo, el Oficio Nº 3366-2019-MTPE/2/14 de la Dirección General de Trabajo, el Oficio Nº 928-2019-MTPE/3/17 de la Dirección General de Promoción del Empleo, el Memorando Nº 1058-2019-MTPE/4/9 de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto, y el Informe Nº 2199-2019-MTPE/4/8 de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, la Ley Nº 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, y sus modificatorias, establece que los ministerios son organismos del Poder Ejecutivo que comprenden uno o varios sectores, encargados de formular, planear, dirigir, coordinar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial bajo su competencia, aplicable a todos los niveles de gobierno; aprobar las disposiciones normativas que les correspondan, cumplir y hacer cumplir el marco normativo relacionado con su ámbito de competencia, ejerciendo la potestad sancionadora correspondiente; y, realizar el seguimiento respecto del desempeño y logros alcanzados a nivel nacional, regional y local, y tomando las medidas que corresponden;

Que, el inciso 5.1 del artículo 5 de la Ley Nº 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y sus modificatorias, señala como competencia exclusiva del Sector el formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales en materia

de trabajo y promoción del empleo, en el cual se inserta la lucha contra la informalidad laboral;

Que, la Resolución Ministerial Nº 071-2018-TR aprueba la “Estrategia Sectorial para la Formalización Laboral 2018-2021”, cuyo objetivo específico Nº 5 es mejorar la gestión del conocimiento, a través de la implementación y/o fortalecimiento de sistemas de información que contribuyan a mejorar la eficiencia de las intervenciones para la formalización laboral, para lo cual ha previsto entre sus líneas de acción la implementación de un observatorio sobre la formalización laboral, que tiene como responsables a la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo y a la Dirección General de Promoción del Empleo;

Que, la Resolución Ministerial Nº 111-2019-TR aprueba el “Plan Estratégico Sectorial Multianual – PESEM 2017-2022 del Sector Trabajo y Promoción del Empleo” cuyo objetivo estratégico Nº 1 es promover empleos formales con acceso a los derechos laborales y cobertura de seguridad social para lograr un desarrollo productivo y sostenido de nuestra economía;

Que, mediante el oficio de vistos, la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo propone la creación del “Observatorio de la Formalización Laboral”, así como la determinación de los responsables de suministrar la información a dicho observatorio, y la aprobación de sus componentes; y mediante los documentos de vistos, la Dirección General de Trabajo, la Dirección General de Promoción del Empleo, la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto,

y la Oficina General de Asesoría Jurídica, emiten opinión favorable a la citada propuesta;

Que, en mérito a lo señalado, resulta necesario emitir el acto de administración interna de creación del “Observatorio de la Formalización Laboral” y determine los responsables de suministrar la información a dicho observatorio, así como apruebe sus componentes;

Con las visaciones del Viceministerio de Trabajo, del Viceministerio de Promoción del Empleo y Capacitación Laboral, de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto, y de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 25 de la Ley N° 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 Decreto Supremo N° 004-2014-TR, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y su modificatoria;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Creación del “Observatorio de la Formalización Laboral”

Apruébese la creación del “Observatorio de la Formalización Laboral”, como instrumento de producción, análisis y difusión de información especializada, confiable y oportuna respecto a la situación del empleo formal e informal, a nivel nacional y regional, con la finalidad de contribuir a la generación de políticas públicas para la reducción de la informalidad laboral.

Artículo 2.- Componentes y responsables de suministrar información al “Observatorio de la Formalización Laboral”

Determinánse los responsables de suministrar la información al “Observatorio de la Formalización Laboral”, y apruébanse los componentes de dicho observatorio, conforme a lo señalado en el

anexo que forma parte integrante de la presente resolución ministerial.

Artículo 3.- Administración del “Observatorio de la Formalización Laboral”

La administración del “Observatorio de la Formalización Laboral” se encuentra a cargo de la Dirección de Supervisión y Evaluación de la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Dicha Dirección General, mediante resolución directoral, emite la normativa complementaria para la debida administración de dicho observatorio.

Artículo 4.- De la publicación

Dispóngase 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 publicación de la presente resolución ministerial 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

1805369-1

Aprueban documento denominado “Guía Práctica para la Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual en el Lugar de Trabajo en el sector privado y público”

RESOLUCIÓN MINISTERIAL

Nº 223-2019-TR

Lima, 20 de setiembre de 2019

VISTOS

El Informe Técnico N° 089-2019-MTPE/2/15.1 de la Dirección de Promoción y Protección de los Derechos Fundamentales Laborales, el Oficio N° 692-2019-MTPE/2/15 de la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo, y el Informe N° 2276-2019-MTPE/4/8 de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú señala que toda persona tiene el derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole;

Que, asimismo, el artículo 23 de la Norma Fundamental establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador;

Que, el artículo 2 del Convenio N° 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), de la Organización Internacional del Trabajo, dispone que todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacional, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de

eliminar cualquier discriminación a este respecto;

Que, el primer párrafo del artículo 11 de la Recomendación General N° 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en el marco de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) señala que la igualdad en el empleo puede verse seriamente perjudicada cuando se somete a las mujeres a violencia dirigida concretamente a ellas, por su condición de tales, por ejemplo, el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo;

Que, el literal b) del artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belem do Pará dispone que la violencia contra la mujer incluye a la violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y, incluyendo al acoso sexual en el lugar de trabajo;

Que, el artículo 3 de la citada convención señala que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado;

Que, asimismo, la Declaración de la Organización Internacional de Trabajo, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada en junio de 1998,

compromete a los Miembros del referido organismo internacional a promover el cumplimiento de los derechos fundamentales laborales, siendo uno de ellos la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación;

Que, el numeral 1 del artículo 4 de la Ley N° 28893, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, delimita que uno de los roles del Estado consiste en promover y garantizar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, adoptando todas las medidas necesarias que permitan remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno de este derecho, con el fin de erradicar todas las formas de discriminación;

Que, el inciso f) del artículo 6 de la misma ley señala que son lineamientos del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y gobiernos locales, garantizar el derecho a un trabajo productivo, ejercido en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, incorporando medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, entre mujeres y hombres, en el acceso al empleo, en la formación, en la promoción y condiciones de trabajo y en una idéntica remuneración por trabajo de igual valor; se incluye entre los derechos laborales la protección frente al hostigamiento sexual y la armonización de las responsabilidades familiares y laborales;

Que, el Decreto Supremo N° 056-2018-PCM, que aprueba la Política General de Gobierno, establece como eje N° 4 el "Desarrollo Social y Bienestar de la Población"; y dentro de éste, como lineamiento 4.6. "Promover la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, así como garantizar la protección de la niñez, la adolescencia y las mujeres frente a todo tipo de violencia";

Que, el artículo 1 de la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, y sus modificatorias, establece que el objeto de la ley consiste en prevenir y sancionar el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridades o dependencia, cualquier sea la forma jurídica de esta relación;

Que, el numeral 1 del artículo 2 de la citada ley establece como ámbito de aplicación a los centros de trabajo públicos y privados, a los trabajadores o empleadores, al personal de dirección o de confianza, al titular, asociado, director, accionista o socio de la empresa o institución;

Que, la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, aprobado por Decreto Supremo

N° 014-2019-MIMP, establece que: "El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo adecúa la "Guía para la prevención y sanción del hostigamiento sexual en el lugar de trabajo en el sector privado y público" (...);

Que, por lo expuesto, es necesario emitir la resolución ministerial que apruebe un documento que oriente a los/as empleadores/as, los/as trabajadores/as y sus organizaciones en la aplicación de medidas destinadas a prevenir, erradicar y sancionar los actos de hostigamiento sexual en el lugar de trabajo en el sector privado y público;

Con las visaciones del Despacho Viceministerial de Trabajo, de la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo, y de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 8) del artículo 25 de la Ley N° 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; la Ley

N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, y sus modificatorias, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP; y, el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2014-TR y su modificatoria.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Objeto

Apruébase el documento denominado “Guía Práctica para la Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual en el Lugar de Trabajo en el sector privado y público”, el mismo que como anexo adjunto forma parte integrante de la presente resolución ministerial.

Artículo 2.- Publicación

Publícase 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 publicación de la presente resolución ministerial 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

1809665-2

Disponen publicación del listado de doscientos cincuenta ex trabajadores habilitados para el pago de compensación económica, beneficiarios incluidos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente que se acogieron al D.S. N° 010-2019-TR

RESOLUCIÓN MINISTERIAL

N° 225-2019-TR

Lima, 20 de setiembre de 2019

VISTOS

El Informe N° 759-2019-MTPE/2/16 de la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo; el Memorandum N° 1134-2019-MTPE/4/9 de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto; y el Informe N° 2325-2019-MTPE/4/8 de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante Ley N° 27803, Ley que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por las Leyes N° 27452 y N° 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 beneficiarios son los ex trabajadores cesados mediante procedimientos de ceses colectivos llevados a cabo ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, e inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente;

Que, de acuerdo a lo señalado en el artículo 3 de la referida ley, los ex trabajadores inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente pueden optar de manera excluyente

por alguno de los beneficios previstos en el Programa Extraordinario de Acceso a Beneficios, entre los que se encuentran la reincorporación o reubicación laboral, la jubilación adelantada, la compensación económica, y la capacitación y reconversión laboral;

Que, asimismo en su artículo 7 la citada ley señala que corresponde al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la implementación, conformación y ejecución del Programa Extraordinario de Acceso a Beneficios;

Que, a través de la Ley N° 30484, Ley de reactivación de la Comisión Ejecutiva creada por la Ley N° 27803, Ley que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por las Leyes N° 27452 y N° 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 que proceda a revisar las reclamaciones interpuestas contra la Resolución Suprema N° 028-2009-TR, que aprueba la lista de ex trabajadores que deben ser inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente, aplicando el criterio de la analogía vinculante;

Que, mediante Decreto Supremo N° 010-2019-TR, se establecen reglas excepcionales para que los ex trabajadores inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente puedan acceder al beneficio de compensación económica;

Que, la referida norma comprende como regla excepcional, entre otras, que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en el plazo de treinta (30) días hábiles de vencido el plazo otorgado a los ex trabajadores para optar por el beneficio de compensación económica, publica el listado de aquellos ex trabajadores habilitados para el pago de dicho beneficio, y publica en el año fiscal 2019, las resoluciones ministeriales que autorizan el pago de la compensación económica;

Que, según lo señalado en el Lineamiento Operativo que establece los procedimientos y órganos competentes para la aplicación de la Ley N° 30484, aprobado por Resolución Ministerial N° 009-2017-TR, la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo es la dependencia del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo responsable de dirigir y/o coordinar la ejecución de las acciones relacionadas con la aplicación de la Ley N° 27803 y la Ley N° 30484, entre las que se encuentran las relacionadas con la aplicación del beneficio de compensación económica;

Que, según el Informe N° 759-2019-MTPE/2/16, la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo ha realizado las validaciones necesarias para la publicación del listado de doscientos cincuenta (250) ex trabajadores habilitados para el pago de su compensación económica detallados en el Anexo 1 del citado informe, que se acogieron y cumplen con las condiciones establecidas en el Decreto Supremo N° 010-2019-TR; y para la autorización de pago de la compensación económica de dichos ex trabajadores;

Que, mediante Memorandum N° 1134-2019-MTPE/4/9, la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto emite opinión favorable respecto al análisis presupuestal para determinar la viabilidad de la medida, en función de lo establecido en la Ley

N° 30879, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019 y el Decreto Supremo N° 093-2019-EF, por el cual el Ministerio de Economía y Finanzas asigna los recursos al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a fin de realizar los pagos de la compensación económica;

Que, según lo indicado en los documentos de vistos, resulta procedente la publicación del listado de doscientos cincuenta (250) ex trabajadores habilitados para el pago de la compensación económica; y la autorización del pago de la compensación económica previsto por la Ley N° 27803 y Ley N° 30484, respecto de los mismos, la cual deberá efectivizarse a través del Banco de la Nación para los beneficiarios que se presenten debidamente identificados; así como para quienes hayan acreditado su vocación sucesoria o su calidad de representantes de beneficiarios; por lo que, en consecuencia, resulta conveniente expedir el acto administrativo que disponga la publicación del listado de ex trabajadores habilitados para el pago de la compensación económica; autorice dicho pago, y establezca las acciones administrativas complementarias para su ejecución;

Con las visaciones del Viceministerio de Trabajo, de la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo y, de las Oficinas Generales de Planeamiento y Presupuesto, y de Asesoría Jurídica; y,

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8) del artículo 25 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y modificatorias; la Ley N° 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y modificatorias; la Ley N° 27803, Ley que implementa las recomendaciones derivadas de las Comisiones creadas por las Leyes N° 27452 y N° 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, y modificatorias; la Ley N° 30484, Ley de reactivación de la Comisión Ejecutiva creada por la Ley N° 27803, Ley que

implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por las Leyes N° 27452 y N° 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 N° 010-2019-TR, que establece reglas excepcionales para que los ex trabajadores inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente puedan acceder al beneficio de compensación económica; el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo aprobado por Decreto Supremo N° 004-2014-TR y modificatoria, y el Lineamiento Operativo aprobado por Resolución Ministerial N° 009-2017-TR;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Publicación del Listado

Disponer la publicación del listado de doscientos cincuenta (250) ex trabajadores habilitados para el pago de la compensación económica, beneficiarios incluidos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente que se acogieron a las reglas excepcionales del Decreto Supremo N° 010-2019-TR, cuyos nombres figuran en el anexo que forma parte integrante de la presente resolución ministerial.

Artículo 2.- Plazo para la actualización del RNTCI

La Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo dentro del plazo de dos (2) días hábiles de publicada la presente resolución debe actualizar el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente – RNTCI, actualización que será informada a la Oficina General de Administración.

Artículo 3.- Autorización de pago

Autorizar el pago de la compensación económica a los ex trabajadores incluidos en el anexo que forma parte de la presente resolución ministerial, de conformidad con las reglas excepcionales establecidas en el Decreto Supremo N° 010-2019-TR.

Artículo 4.- Acciones complementarias de la Oficina General de Administración

Autorizar a la Oficina General de Administración a realizar las acciones administrativas pertinentes para efectuar el cumplimiento de la obligación señalada en la presente norma.

Artículo 5.- Publicación y difusión

Disponer que la presente resolución ministerial y su anexo se publiquen en el Portal Institucional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (www.gob.pe/mtpe), el mismo día de la publicación de la presente resolución ministerial en el Diario Oficial El Peruano, siendo, siendo responsable de dicha acción el Jefe de la Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones. Asimismo, dispóngase su difusión a través de las diferentes Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo del territorio nacional.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

SYLVIA E. CÁCERES PIZARRO Ministra de Trabajo y Promoción del Empleo

Jurisprudencia



CASACIÓN LABORAL Nº 1806-2017 LORETO

Reposición.

SUMILLA: La motivación de las resoluciones judiciales constituye un derecho del justiciable, debiendo ser adecuada, suficiente y congruente. En el caso en concreto, las instancias de mérito han incurrido en una afectación de tal garantía, puesto que han obviado efectuar un análisis sobre los alcances del precedente del Tribunal Constitucional recaído en la Sentencia del Expediente Nº 05057-2013-PA/TC.

Lima, once de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTA

La causa número mil ochocientos seis, guion dos mil diecisiete, guion LORETO, 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 entidad demandada, Organismo Público Infraestructura para la Productividad–OPIPP, mediante escrito presentado el cuatro de octubre de dos mil dieciséis, que corre de fojas seiscientos cuarenta y dos a seiscientos cincuenta y dos, contra la Sentencia de Vista de fecha trece de septiembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas seiscientos treinta y tres a seiscientos treinta y nueve, que confirmó la sentencia apelada de fecha seis de junio de dos mil dieciséis, que corre de fojas quinientos noventa y uno a seiscientos nueve, que declaró fundada en parte la demanda; en el proceso seguido por el demandante, Jim Ruiz Orbe, sobre reposición.

CAUSAL DEL RECURSO

Mediante resolución de fecha trece de julio de dos mil dieciocho, que corre de fojas ochenta y tres a ochenta y siete, se ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto 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 de fondo sobre las citadas causales.

CONSIDERANDO

Primero: De la pretensión demandada Como se advierte de la demanda, que corre de fojas ciento noventa y seis a doscientos dieciocho, modificada y ampliada mediante escrito obrante de fojas doscientos veintiuno a doscientos veinticinco, el actor pretende la reposición por despido incausado, se le reconozca la relación laboral en el cargo de Especialista en Estudios Uno, mediante un contrato de trabajo a plazo indeterminado, y se ordene el pago de las remuneraciones devengadas; además del pago de intereses legales, con costas y costos del proceso. Segundo: Pronunciamiento de las instancias de mérito El Juez del Primer Juzgado Especializado de Trabajo de Maynas de la Corte Superior de Loreto, mediante sentencia de fecha seis junio de dos mil dieciséis, que corre de fojas quinientos noventa y uno a seiscientos nueve, resolvió declarar fundada la demanda; en consecuencia, ordenó la reincorporación del demandante a su centro de trabajo en el mismo cargo u otro similar y con la misma remuneración,

al reconocer la relación laboral en el cargo de Especialista en Estudios Uno a plazo indeterminado en el régimen laboral de la actividad privada por haberse desnaturalizado el contrato de locación de servicios y los contratos de trabajo a plazo indeterminado, asimismo reconoció el inicio de labores del actor desde el dieciocho de julio de dos mil doce; e infundada la demanda en el extremo de pago de remuneraciones dejadas de percibir. Considerando que, como consecuencia de haberse determinado la desnaturalización de los contratos de locación de servicios, la relación se tornó como de plazo indeterminado, según lo prevé el inciso d) del artículo 77° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Por su parte, el Colegiado de la Sala Civil (Ex Sala Mixta) Sede Central de la misma Corte Superior, mediante sentencia de vista de fecha trece de setiembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas seiscientos treinta y tres seiscientos treinta y nueve, confirmó la sentencia apelada, por similares fundamentos, precisando que en cuanto se ha demostrado que el trabajador ha sido contratado por locación de servicios y luego en mérito a ser ganador del concurso público, la consecuencia de la desnaturalización del contrato modal, es considerar un trabajo a plazo indeterminado el cual no puede ser terminado por el vencimiento del contrato, por lo que la carta de término de vínculo laboral carece de eficacia para justificar el término del contrato, resultado por ello un despido incausado. Tercero: Infracción normativa En el presente caso se ha declarado procedente el recurso interpuesto por la causal de infracción normativa del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, cuya norma señala que: "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 (...)". 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 139° de la Constitución Política del Perú), se encuentra consagrado en instrumentos internacionales, entre ellos, el artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 2° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y los artículos 1° y numeral 1 del artículo 8° 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 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. Así mismo, 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. Quinto: Solución del caso concreto Respecto a la causal declarada procedente es de advertir que las instancias de mérito ordenan la reposición del demandante, obviando los alcances de la sentencia

del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 05057-2013-PA/ TC, que establece como precedente vinculante lo siguiente: "(...) 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" [fundamento jurídico 13], y fundamentos 18 y 22, que constituyen precedentes vinculantes²: "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 38° del TUO del Decreto Legislativo N° 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". (El resaltado es agregado). Sexto: 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. Séptimo: Se debe tener presente que el Tribunal Constitucional dispuso

que la Sentencia expedida el dieciséis de abril de dos mil quince, en el Expediente N° 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 Peruano³, incluso en los procesos que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional. Octavo: 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. Noveno: Esta Sala Suprema, en cumplimiento a su finalidad de unificar la jurisprudencia laboral, ha establecido en la Casación Laboral N° 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 N° 05057-2013 PA/TC, en las Casaciones Nos. 8347-2014-DEL SANTA y 4336-2015-ICA, criterio que debe ser analizado por las instancias de mérito a efectos de determinar si corresponde su aplicación.

Por estas consideraciones:

DECISIÓN

Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, Organismo Público Infraestructura para la Productividad–OPIPP, mediante escrito presentado el cuatro de octubre de dos mil dieciséis, que corre de fojas seiscientos cuarenta y dos a seiscientos cincuenta y dos; en consecuencia, NULA la Sentencia de Vista de fecha trece de septiembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas seiscientos treinta y tres a seiscientos treinta y nueve; e INSUBSISTENTE la sentencia apelada de fecha seis de junio de dos mil dieciséis, que corre de fojas quinientos noventa y uno a seiscientos nueve; y 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; y DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en el proceso seguido por el demandante, Jim Ruiz Orbe, sobre reposición; interviniendo como ponente la señora jueza suprema De la Rosa Bedriñana; y los devolvieron.

SS.

ARÉVALO VELA,

DE LA ROSA BEDRIÑANA,

YRIVARREN FALLAQUE,

YAYA ZUMAETA,

MALCA GUAYLUPO

CASACIÓN LABORAL

Nº 1902-2017 CUSCO

Reposición y otros.

SUMILLA: En el presente caso se encuentra acreditada la vulneración al debido proceso alegada por la parte recurrente, por lo que el recurso deviene en fundado.

Lima, cinco de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTA

La causa número mil novecientos dos, guion dos mil diecisiete, guion CUSCO, 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 demandada, Asociación Civil sin fines de lucro "Manos Unidas" y Centro Educativo Básico Especial Camino Nuevo, mediante escrito de fecha dieciocho de noviembre de dos mil dieciséis, que corre en fojas trescientos treinta y cuatro a trescientos cuarenta y cinco, contra la Sentencia de Vista de fecha cuatro de noviembre de dos mil dieciséis, que corre en fojas trescientos seis a trescientos quince, que revocó la Sentencia emitida en primera instancia de fecha dieciocho de agosto de dos mil dieciséis, que corre en fojas doscientos treinta y uno a doscientos treinta y seis, en el extremo que declaró infundada la demanda sobre reposición, y reformándola declararon fundado dicho extremo; en el proceso seguido por la demandante, Yaneth Usucachi Huallparimachi, sobre reposición y otros.

CAUSAL DEL RECURSO

El presente recurso de casación fue declarado procedente mediante resolución de fecha dieciséis de julio de dos mil dieciocho, que corre en fojas cincuenta y dos a cincuenta y seis del cuaderno

de artículo 139º de la Constitución Política del Perú; correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento.

CONSIDERANDO:

Primero: Antecedentes Judiciales a) Pretensión: Según escrito de demanda que corre en fojas veintinueve a treinta y siete, subsanada en fojas cuarenta y uno a cuarenta y dos, la demandante solicita que se deje sin efecto la carta de despido de fecha seis de octubre de dos mil quince, asimismo pretende la desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad para servicio específico; en consecuencia, se reconozca la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, y se ordene su reposición en el puesto de profesora de aula del nivel post – primaria de la Asociación Civil sin fines de lucro "Manos Unidas" o en otro de igual categoría y nivel. b) Sentencia emitida en primera instancia: Mediante sentencia emitida por el Primer Juzgado Especializado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fecha dieciocho de agosto de dos mil dieciséis, se declaró fundada en parte la demanda respecto a la desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad para servicio específico y la configuración de una relación laboral a plazo indeterminado; e infundada la pretensión respecto a que se deje sin efecto la carta de despido de fecha seis de octubre de dos mil quince y la reposición en el puesto de profesora de aula del nivel post

primaria de la Asociación Civil sin fines de lucro "Manos Unidas" o en otro de igual categoría y nivel, por considerar que la falta imputada a la demandante referida a la agresión física, verbal y psicológica a una alumna se encuentra acreditada con los medios probatorios que corren en autos.

c) Sentencia de Vista: El Colegiado de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Cusco, mediante sentencia de vista de fecha cuatro de noviembre de dos mil dieciséis, revocó la sentencia emitida en primera instancia, en el extremo que declaró infundada la reposición de la demandante, y reformándola la declararon fundada, por considerar que la demandada no ha acreditado que la conducta de la profesora sobre los lanzamientos con liguillas, cinta masking, lápiz u otros en forma de dardos a la alumna, hayan sido constantes o reiterativos, asimismo se aprecia que la demandante prestó servicios desde el año dos mil doce al dos mil quince, periodo en el cual no tuvo ningún antecedente sobre los hechos, que efectúe que su conducta sea reiterativa; concluyendo que la sanción de despido impuesta a la demandante no era la más adecuada o idónea en el caso y, en ese sentido, resulta desproporcionada e irrazonable.

Segundo: La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución que pone fin al proceso, dando lugar a que la parte que se considere afectada pueda interponer su recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa, quedan subsumidos en el mismo las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56° de la anterior Ley Procesal de Trabajo, Ley N° 26636, modificada por el artículo 1° de la Ley N° 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, además, incluye otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Tercero: En el caso concreto, se declaró procedente la causal de infracción normativa del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, de advertirse la infracción normativa de carácter procesal, corresponderá a esta Suprema Sala declarar fundado

el recurso de casación propuesto y la nulidad de la resolución de vista; de conformidad con el artículo 39° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 294971. Cuarto: Respecto a la infracción normativa del inciso 3) del artículo 139° 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 (...)".

Quinto: En cuanto a la infracción normativa del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, debemos aceptar enunciativamente que entre los distintos elementos integrantes al derecho del 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.

Sexto: Revisados los autos, se advierte del escrito de demanda que corre en fojas veintinueve a treinta y siete, subsanada en fojas cuarenta y uno a cuarenta y dos, así como del acta de audiencia de conciliación que corre en fojas ciento setenta y nueve a ciento ochenta, que la demandante solicitó como pretensiones: a) se deje sin efecto la carta de despido de fecha seis de octubre de dos mil quince y el despido; asimismo, se declare desnaturalizado el contrato de trabajo sujeto a modalidad para servicio específico y la configuración de una relación laboral a plazo indeterminado; y b) se ordene la reposición de la recurrente en el puesto de profesora de aula del nivel post primaria de la Asociación Civil sin fines de lucro "Manos Unidas" o en otro de igual categoría y nivel. La demandante no precisó si la reposición solicitada

es por causa de un despido fraudulento, incausado o nulo. Sétimo: Cabe precisar que existen dos formas de tutelar el derecho al trabajo: la eficacia restitutoria y la eficacia resarcitoria. Respecto a la primera, esta guarda relación con la reposición al puesto de trabajo, produciéndose ante los casos de despido nulo (artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR), y en los casos de despido incausado y despido fraudulento, de conformidad con lo previsto por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 206-2005-PA/TC (Caso Baylón Flores); en relación a la segunda forma, está relacionada al pago de una indemnización en los casos de despido arbitrario y despido indirecto (artículo 38° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR). Octavo: En ese sentido, los únicos tipos de despido que generan la reposición son el despido fraudulento, incausado y nulo; advirtiéndose del considerando 7.23 de la Sentencia de Vista, que la Sala Superior ordenó la reposición de la demandante en el mismo cargo que venía ocupando hasta antes del despido; sin embargo, no se advierte un análisis en cuanto al tipo de despido que se configura en el caso concreto de acuerdo con la tipología establecida en el precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 206-2005-PA/TC (Caso Baylón Flores). Noveno: Por otra parte, la Sala Superior concluyó que los hechos imputados constituyen falta laboral, pero que esta no es grave, en la medida que las agresiones no fueron constantes o reiterativas. No obstante, se debe tener en cuenta que la supuesta falta grave fue por maltrato físico y psicológico a una alumna, quien tiene características especiales; además, por la naturaleza de los servicios de la demandante, el cuidado de la menor es de su entera responsabilidad. Décimo: Ante lo expuesto, se concluye que la instancia de mérito contraviene el debido proceso; siendo ello así, la Sentencia de Vista ha incurrido en causal de nulidad prevista en

el artículo 171° del Código Procesal Civil; motivo por el que, la causal bajo análisis deviene en fundada.

Por estas consideraciones:

FALLO

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada, Asociación Civil sin fines de lucro "Manos Unidas" y Centro Educativo Básico Especial Camino Nuevo, mediante escrito de fecha dieciocho de noviembre de dos mil dieciséis, que corre en fojas trescientos treinta y cuatro a trescientos cuarenta y cinco; en consecuencia, NULA la Sentencia de Vista de fecha cuatro de noviembre de dos mil dieciséis, que corre en fojas trescientos seis a trescientos quince; ORDENARON que la Sala Superior emita nuevo pronunciamiento de acuerdo con los considerandos expuestos en esta ejecutoria; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en el proceso seguido por la demandante, Yaneth Usucachi Huallparimachi, sobre reposición y otros; interviniendo como ponente el señor juez supremo Yrivarren Fallaque; y los devolvieron.

SS.

DE LA ROSA BEDRIÑANA,

YRIVARREN FALLAQUE,

YAYA ZUMAETA,

TORRES GAMARRA,

MALCA GUAYLUPO.

CASACIÓN LABORAL

Nº 4319-2017 LA LIBERTAD

Reconocimiento de relación laboral y otros. PROCESO ORDINARIO-NLPT.

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, que el pronunciamiento debe guardar relación lógica con lo expuesto por las partes del proceso, en aplicación del principio de congruencia procesal.

Lima, trece de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTA

La causa número cuatro mil trescientos diecinueve, guion dos mil diecisiete, guion LA LIBERTAD, en audiencia pública de la fecha, luego de 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, Municipalidad Distrital Víctor Larco Herrera, mediante escrito de fecha dieciocho de enero de dos mil diecisiete, que corre en fojas doscientos diez a doscientos veinte, contra la Sentencia de Vista de fecha tres de enero de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento noventa y dos a doscientos cinco, que confirmó la Sentencia apelada contenida en la resolución número tres de fecha veintiuno de julio de dos mil quince, que corre en fojas ciento cincuenta y nueve a ciento setenta y tres, que declaró fundada en parte la demanda.

CAUSAL DEL RECURSO

Por resolución de fecha veinte de julio de dos mil dieciocho, que corre en fojas ochenta y tres a ochenta y seis, del cuaderno de casación, se declaró procedente el recurso interpuesto por la parte

demandada, por la siguiente causal: infracción normativa del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú. Correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo.

CONSIDERANDO

Primero: Antecedentes del caso a) Pretensión: Se aprecia de la demanda, que corre en fojas ochenta y cuatro a ciento once, el actor pretende la homologación de sus remuneraciones, como consecuencia de la discriminación salarial de la que ha sido objeto, por la diferencia existente con otros trabajadores de la emplazada, pese a que ha alcanzado el mismo nivel remunerativo cuando se ha desempeñado como obrero de limpieza pública y realizar las mismas labores, no habiendo existido razón que justifique la diferencia remunerativa entre los trabajadores; además, el pago de los devengados y beneficios sociales y económicos, entre los cuales comprende: escolaridad, asignación familiar, gratificaciones, vacaciones no gozadas e indemnización vacacional, con los respectivos reintegros, el depósito de la compensación por tiempo de servicios (CTS) y la contratación de una póliza de seguro de vida, por la suma total de ochenta y ocho mil seiscientos catorce 34/100 soles (S/88,614.34); más intereses

legales, con costos del proceso. b) Sentencia de Primera Instancia: La Juez del Cuarto Juzgado Especializado de Trabajo Transitorio de la Corte Superior de Justicia de La Libertad mediante Sentencia que corre en fojas ciento cincuenta y nueve a ciento setenta y tres, declaró fundada en parte la demanda. Sostuvo que la parte demandada no ha logrado acreditar la existencia de una causa objetiva que permita establecer un tratamiento distinto entre el trabajador y sus demás compañeros de trabajo en calidad de obreros, pues, realizaban la misma función, más aún, si se encontraba en la condición de rebelde. c) Sentencia de Vista: El Colegiado de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia antes referida, mediante Sentencia de Vista de fecha tres de enero de dos mil diecisiete, confirmó la Sentencia emitida en primera instancia. Entre sus argumentos, sostuvo que la Constitución Política del Perú ha previsto en el artículo 26°, al principio de igualdad, el mismo que se constituye en un derecho fundamental y humano, por ello, resulta pasible que el actor perciba una remuneración acorde a la que perciben otros trabajadores de la parte demandada y que desempeñen la misma función. 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 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por la Ley N° 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación, incluyendo otros tipos de normas como son las de carácter adjetivo. Tercero: Dispositivo legal en debate Conforme al tenor del recurso de casación, el análisis de la causal presuntamente infraccionada debe circunscribirse a delimitar si se ha incurrido en: infracción normativa del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú. Sobre la

norma presuntamente infraccionada, es preciso indicar que dicho dispositivo legal indica: "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". Delimitado el dispositivo legal, en cuestión, corresponde su análisis a efectos de determinar si se ha producido la infracción normativa que denuncia el recurrente Cuarto: Sobre el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú Sobre el particular, la doctrina es pacífica en aceptar que entre los distintos elementos integrantes al derecho del debido proceso, este necesariamente comprende 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. Quinto: Debemos indicar que el Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha trece de octubre de dos mil ocho, al resolver el Expediente N° 00728-2008-HC, 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. 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 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 calificadas. 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. Sexto: A partir de ello, se advierte que la congruencia se establece entre la resolución o sentencia en las acciones que ejercen las partes intervinientes y el objeto del petitorio de tal manera 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 que 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". Con relación al efecto anulatorio, es preciso indicar que el artículo 36º de la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo prevé la exigencia que deba demostrarse la incidencia de la infracción normativa sobre la decisión adoptada, lo que importa una adecuada fundamentación del recurso de casación, toda vez que la causal casatoria debe acreditarse, en aras de modificar la decisión adoptada. A partir de ello, se busca que los recursos no sean interpuestos, únicamente, con la intención de dilatar el proceso, sino que se encuentren rigurosamente motivados y justificados, para que sean consideradas verdaderas denuncias en la aplicación del derecho y se logre la corrección en el caso concreto, así como, coherencia en el sistema jurídico, en la medida que se afecte el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Sétimo: A partir de lo anotado, podemos

apreciar que existe una necesidad de contar con una debida motivación de las resoluciones judiciales, especialmente, en el caso de las sentencias, donde deberá evaluarse: i) precisión del problema jurídico, la que debe ser extraída de los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos por las partes; ii) justificación de la premisa jurídica, en la que se exponga las razones de los supuestos de hecho a la consecuencia jurídica de la norma o normas invocadas, justificando la aplicación o interpretación de las mismas; iii) valoración conjunta de las pruebas admitidas y actuadas en el proceso, en el que debe explicarse y fundamentarse el razonamiento extraído a partir de dicha valoración; y, finalmente, iv) guardar la congruencia entre lo que se pretende y lo que se resuelve. Lo descrito, no debe ser entendido, únicamente, como un listado de los requisitos que debe cumplir una resolución judicial, sino por el contrario, constituye una manifestación del Principio de Congruencia en el que deben fundarse las resoluciones judiciales, evitando así futuras nulidades y la aplicación mecánica de las normas, principio que se encuentra garantizado por el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales como parte del ejercicio de la función jurisdiccional y derecho constitucional de los justiciables, evitando omisiones, alteraciones o excesos respecto de las peticiones contenidas en el proceso. Octavo: La correlación que existe entre los dispositivos legales objeto de análisis supone que los jueces tienen el deber de resolver las pretensiones postuladas en la demanda dentro del marco de un debido proceso. Así, existe una necesidad de que el juzgador en la redacción de los autos o sentencias, exprese los fundamentos en los que se apoya para estimar o no, cada conclusión y decisión arribada. Dicha circunstancia supone que las resoluciones sean idóneas en cuanto a su contenido y se adecúen al tema sometido a consideración del órgano jurisdiccional, debiendo guardar coherencia con las cuestiones articuladas por las partes que intervienen en el proceso, pues, lo contrario supondría que nos encontremos frente a una diversidad de supuestos, como: *citra petita*, cuando

se haya omitido pronunciamientos en la decisión; extra petita, el cual se produce cuando se emite una decisión sobre hechos no alegados; así como, ultra petita que reside en exceder los alcances de lo pretendido por las partes, estableciendo así que la sentencias sean jurídicamente posibles de ser cumplidas. Los dispositivos legales antes descritos permiten reconocer la forma como debe construirse la sentencia, además de cuidar la concurrencia de una debida fundamentación e interpretación judicial de las normas, por ello se exige la obligación de que las sentencias estén precedidas de los argumentos que justifiquen y expliquen la decisión judicial, a efectos de que el litigante pueda seguir el pensamiento del juzgador, el cual se ve reflejado en el fallo de la sentencia, por lo que debe guiarse por los Principios de Congruencia y Motivación de las Resoluciones Judiciales. Noveno: Solución al caso concreto Examinadas las consideraciones generales expresadas por la juez de Primera Instancia y el Colegiado Superior respecto de la causal denunciada, este Supremo Tribunal ha advertido la existencia de vicios de motivación aparente que afecta el debido proceso, en su manifestación a obtener una decisión fundada y razonada, las que a continuación se enuncian: a) El accionante ha pretendido la "homologación" de su remuneración al haber sido objeto de una presunta "discriminación salarial" para ello precisa el nombre de Manual Alberto Deza Alegría y Leoncio Castillo Cisneros quienes tendrían la misma condición del demandante, al desempeñar las mismas funciones. b) Ahora bien, la circunstancia acotada ha sido resuelta sin que se haya realizado una adecuada valoración de pruebas, puesto que, se hace mención a la condición de "rebelde" de la parte demandada para justificar una presunta discriminación salarial; sin embargo, la existencia de una "diferenciación salarial" debe estar sometida a una diversidad de supuestos que permitan, de manera idónea, reconocer si se ha producido o no un proceso de evaluación y categorización del actor y los trabajadores presuntamente "homólogos" para lo cual requiere contar con medios de prueba que permitan evidenciar los parámetros objetivos

y subjetivos considerados para evaluar y otorgar al actor una remuneración que, aparentemente, difiere del cargo, categoría y nivel que posee respecto de otros trabajadores de la parte demandada. c) De las consideraciones expresadas por la juez de Primera Instancia y el Colegiado Superior se infiere que no han considerado los alcances de la Casación N° 208-2005 PASCO, la cual ha desarrollado ciertos parámetros, no absolutos, que deben ser meritados a efectos de establecer cuando se produce o no, una homologación de remuneraciones, aspecto que si bien no ha sido objeto de la demanda, tampoco ha sido objeto de análisis, pese a que se ha resuelto una presunta homologación de remuneraciones. Lo advertido, permite inferir que no se ha evaluado de manera correcta los supuestos que configuran la pretensión demandada, lo cual determina que se haya incurrido una motivación aparente, pues, no basta que en el caso de autos se entienda una presunta "discriminación", sino que deba evaluarse la presunta "homologación" conforme a los supuestos previstos en la Casación N° 208-2005 PASCO, por ello, deberá evaluarse en su real magnitud los alcances de la pretensión invocada y a partir de ello, considerar su verdadera naturaleza, es por ello que corresponderá al Juez de Primera instancia determinar si concurren o no, los elementos necesarios para amparar la pretensión demandada. A partir de ello, el fundamento constitucional de la obligación de motivar impide que se ignore o sencillamente no se atiende 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. Décimo: Ahora bien, delimitado los alcances de la motivación de las resoluciones judiciales, como parte del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, es preciso indicar que corresponde al Juez de Primera Instancia emitir nuevo pronunciamiento guardando para ello la debida congruencia, además de la observancia al debido proceso y motivación de las resoluciones judiciales, las cuales no solo se encuentran limitados a la mera fundamentación y tramitación formal del proceso, sino a emitir una

sentencia justa, razón por la que deberá retrotraerse el proceso al estado anterior de la vulneración y disponer un nuevo análisis por parte del Juez de Primera instancia. Décimo Primero: Conforme a los considerandos expuestos, las omisiones advertidas afectan la observancia del debido proceso en su manifestación de obtener una resolución fundada en derecho y debidamente motivada, lo que implica la infracción normativa del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú; en ese contexto, corresponde declarar fundada la causal admitida.

Por estas consideraciones:

DECISIÓN

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, Municipalidad Distrital Víctor Larco Herrera, mediante escrito de fecha dieciocho de junio de dos mil diecisiete, que corre en fojas doscientos diez a doscientos veinte; en consecuencia, NULA la Sentencia de Vista de fecha tres de enero de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento noventa y dos a doscientos cinco; e INSUBSISTENTE la Sentencia apelada contenida en la resolución número tres de fecha veintiuno de julio de dos mil quince, que corre en fojas ciento cincuenta y nueve a ciento setenta y tres; ORDENARON que la Juez de la causa emita nuevo pronunciamiento, observando las consideraciones que se desprenden de la presente Ejecutoria Suprema; y DISPUSIERON la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley. En el proceso ordinario laboral seguido por el demandante, José Gabriel Castillo Salazar, sobre reconocimiento de relación laboral y otro; interviniendo como ponente el señor juez supremo Malca Guaylupo y los devolvieron. SS. ARÉVALO VELA, YRIVARREN FALLAQUE, RODRÍGUEZ CHÁVEZ, TORRES GAMARRA, MALCA GUAYLUPO C-1772441-53.

CASACIÓN LABORAL

Nº 7503-2017 PASCO

Impugnación de Resoluciones Administrativas. PROCESO ESPECIAL.

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. No se incurre en nulidad cuando la resolución está debidamente motivada.

Lima, veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho.-

VISTA

La causa número siete mil quinientos tres, guion dos mil diecisiete, guion PASCO, 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, Oficina de Ejecución Coactiva del Gobierno v Regional de Pasco, mediante escrito presentado el nueve de noviembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas cuatrocientos cuarenta y seis a cuatrocientos cincuenta y cinco, contra el Auto de Vista contenido en la resolución de fecha treinta de junio de dos mil dieciséis, que corre de fojas cuatrocientos once a cuatrocientos quince, que revocó el Auto apelado contenido en la resolución del treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis, que corre de fojas trescientos veinticuatro a trescientos veintisiete, que declaró fundadas las excepciones de caducidad y de incompetencia propuestas por el Ejecutor Coactivo del Gobierno Regional de Pasco y reformándolo declararon infundadas las referidas excepciones, ordenando que el Juez de primera instancia proceda con arreglo a ley; en el proceso contencioso administrativo seguido por Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima, sobre Impugnación de Resoluciones Administrativas.

CAUSAL DEL RECURSO

El recurso de casación interpuesto por la demandada se declaró procedente mediante resolución de fecha quince de noviembre de dos mil diecisiete, que corre de fojas cuarenta y cinco a cuarenta y ocho del cuaderno formado, por la causal de infracción normativa del inciso 5) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento al respecto.

CONSIDERANDO

Antecedentes judiciales Primero: A fin de establecer si se ha incurrido o no en la infracción normativa mencionada 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 veintitrés a treinta y dos, subsanada mediante escritos obrantes a fojas cincuenta y tres y cincuenta y nueve, la demandante plantea como pretensión que se declaren nulas e inaplicables la Resolución Coactiva número 089-2012-G.R.P/PRES, Resolución Ejecutiva Regional número 1635-2013-G.R.P/PRES, Resolución Subdirectoral número

034-2011-SDILDLG/PAS y Resolución Directoral número 68-2011-DPSC-DRTPE/PAS. 1.2.- Resolución de primera instancia: El Juzgado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Pasco mediante resolución del treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis, que corre de fojas trescientos veinticuatro a trescientos veintisiete, declaró fundadas las excepciones de caducidad y de incompetencia propuestas por el Ejecutor Coactivo del Gobierno Regional de Pasco. 1.3.- Resolución de segunda instancia: La Sala Mixta de la Sede Central de la misma Corte Superior de Justicia, mediante Auto de Vista de fecha treinta de junio de dos mil dieciséis, que corre de fojas cuatrocientos once a cuatrocientos quince, revocó el Auto apelado que declaró fundadas las excepciones de caducidad y de incompetencia propuestas por el Ejecutor Coactivo del Gobierno Regional de Pasco y reformándolo declararon infundadas las referidas excepciones, ordenando al Juez que proceda con arreglo a ley. 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 56° de la Ley número 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° 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 de orden procesal declarada precedente está referida a la infracción normativa del inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú. La disposición en mención regula 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". Delimitación del objeto de pronunciamiento Cuarto: Conforme a la causal de casación declarada precedente, el análisis debe circunscribirse a delimitar si se ha infringido o no el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, relacionado a la debida motivación de las resoluciones judiciales. 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, con reenvío de la causa a la etapa que corresponda, de conformidad con el artículo 39° de la Ley número 294971, Nueva Ley Procesal del Trabajo; en sentido contrario, de no presentarse la afectación alegada por la parte recurrente, la 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 384° 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"⁵. 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. Sobre el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú Sexto: El derecho a una resolución debidamente motivada, se encuentra contemplada en el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, que comprende 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 de un debido proceso y 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 explícito 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"⁶. Séptimo: Por su parte, el Tribunal Constitucional en su 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.º 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: 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: En el caso concreto, se advierte que el Auto de Vista ha emitido pronunciamiento respecto de lo pretendido, cumpliendo con precisar los hechos y normas que le permiten asumir un criterio interpretativo en el que sustenta su decisión, guardando sus fundamentos conexión lógica, de manera que dicho fallo no puede ser cuestionado por vulneración al debido proceso y motivación de resoluciones judiciales. Noveno: En ese sentido, plantear los cuestionamientos que sostiene la parte recurrente importa objetivamente una discrepancia con la posición o criterio asumido por la Sala de mérito y la aplicación del derecho que invoca, sobre la base de las pruebas analizadas, sin argumentos suficientes que desvirtúen el contenido y alcances de la decisión superior materia del recurso. Décimo: De acuerdo a lo anotado, no se ha infraccionado el inciso 5) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, por lo que la causal examinada deviene en infundada, debiendo devolverse los actuados a la instancia correspondiente a fin que se continúe con el trámite del proceso.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo establecido además por el artículo 41º de la Ley número 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo,

DECISIÓN

Por estas consideraciones, y con lo expuesto en el Dictamen Fiscal Supremo, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada, Oficina de Ejecución Coactiva del Gobierno Regional de Pasco, mediante escrito presentado el nueve de noviembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas cuatrocientos cuarenta y seis a cuatrocientos cincuenta y cinco, y en consecuencia, NO CASARON el Auto de Vista de fecha treinta de junio de dos mil dieciséis, que revocó el Auto apelado del treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis que declaró fundadas las excepciones de incompetencia y de caducidad propuestas por el Ejecutor Coactivo del Gobierno Regional de Pasco y reformándolo declararon infundadas las referidas excepciones; ORDENARON la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, conforme a ley; en el proceso contencioso administrativo seguido por la demandante, Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima, sobre Impugnación de Resoluciones Administrativas; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Yaya Zumaeta; y los devolvieron.

SS.

YRIVARREN FALLAQUE,

RODRÍGUEZ CHÁVEZ,

YAYA ZUMAETA,

TORRES GAMARRA,

MALCA GUAYLUPO

CASACIÓN LABORAL

Nº 8700-2017 LIMA

Reintegro de beneficios sociales.

SUMILLA: Las Bonificaciones por Productividad Gerencial y Sindical al ser percibidas por la trabajadora en forma mensual, sucesiva, periódica, regular y en similar monto, tienen naturaleza remunerativa en virtud a lo establecido en el artículo 6º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR y el artículo 9º del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por el Decreto Supremo Nº 001-97-TR.

Lima, trece de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTA

La causa número ocho mil setecientos guion dos mil diecisiete guion LIMA, 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 entidad demandada, Banco de la Nación mediante escrito presentado el tres de enero de dos mil diecisiete, que corre en fojas cuatrocientos cincuenta y tres a cuatrocientos sesenta, contra la Sentencia de Vista de fecha veinticinco de octubre de dos mil dieciséis, que corre en fojas cuatrocientos dos a cuatrocientos quince, que revocó en parte la Sentencia apelada contenida en la resolución de fecha once de agosto de dos mil catorce, que corre en fojas doscientos noventa a doscientos noventa y cinco vuelta, que declaró infundada la demanda; reformándola declaró fundada la demanda respecto de los reintegros de las cinco gratificaciones anuales y de la compensación por tiempo de servicios por incidencia de la productividad gerencial y sindical; en el proceso laboral seguido por la demandante, Paula Ana María Rejas Zeballos de Ubillus, sobre

reintegro de beneficios sociales.

CAUSAL DEL RECURSO

Mediante resolución de fecha diecisiete de julio de dos mil dieciocho que corre en fojas noventa y seis a ciento uno del cuaderno de casación esta Sala Suprema declaró procedente el recurso de casación por la causal de infracción normativa por aplicación indebida del artículo 6º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR y del artículo 9º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 650, Ley Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por el Decreto Supremo Nº 001-97-TR; correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo sobre la citada causal.

CONSIDERANDO

Primero: De la pretensión demandada y pronunciamiento de las instancias de mérito. a) Pretensión demandada: Conforme se aprecia de la demanda presentada el doce de junio de dos mil trece que corre en fojas cuarenta y ocho a setenta y seis, subsanada en fojas setenta y nueve la actora

solicitó el pago por la suma de ciento trece mil ochocientos cincuenta y dos con 77/100 soles (S/ 113,852.77) por concepto de reintegro de cinco gratificaciones anuales, de la compensación por tiempo de servicios y por participación en las utilidades, por incidencia en la remuneración de las bonificaciones extraordinarias de Productividad Gerencial y Sindical, más los intereses legales, costas y costos del proceso. b) Sentencia de primera instancia: La jueza del Décimo Sexto Juzgado Especializado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha once de agosto de dos mil catorce, declaró infundada la demanda, al considerar la juzgadora que las citadas bonificaciones no tienen naturaleza remunerativa; y, por consiguiente, no constituyen conceptos computables para su inclusión en el cálculo de la remuneración y de los beneficios sociales como es el caso de las cinco gratificaciones anuales y de la compensación por tiempo de servicios como pretende la actora. Segundo: Por su parte la Primera Sala Laboral Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Sentencia de Vista de fecha veinticinco de octubre de dos mil dieciséis y en virtud a la apelación planteada por la demandante revocó la sentencia que declaró infundada la demanda de reintegro de cinco gratificaciones anuales y de la compensación por tiempo de servicios; reformándola declararon fundada; ordenando el pago por la suma de noventa y cuatro mil trescientos ochenta y cuatro con 10/100 soles (S/ 94,384.10) por concepto de reintegro de cinco gratificaciones anuales y de siete mil ochocientos sesenta y dos con 19/100 soles (S/ 7,862.19) por concepto de reintegro de la compensación por tiempo de servicios, por incidencia en el cálculo de las bonificaciones por productividad gerencial y sindical, señalando como fundamentos de su decisión lo siguiente: i) el carácter extraordinario de un concepto no se da por el solo hecho de asignársele tal título, sino cuando su abono responde a un pago ocasional, eventual y no repetitivo, lo cual no ha sucedido con los conceptos de Productividad Gerencial y Sindical al haber sido abonados por la entidad

demandada al actor a partir del año dos mil de manera regular, lo cual desvirtúa su carácter excepcional; ii) al tener los citados conceptos de carácter remunerativo corresponde que sean considerados dentro de la base de cálculo de las cinco gratificaciones anuales pagadas al demandante y del cálculo de la compensación por tiempo de servicios. Tercero: Con la finalidad de proceder al análisis de las normas amparadas, debemos conocer el contenido de sus disposiciones; en ese sentido el artículo 6° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR; señala lo siguiente: "Artículo 6.- Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto." Por su parte el artículo 9° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-97-TR, legisla lo siguiente: "Artículo 9.- Son remuneración computable la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador, en dinero o en especie como contraprestación de su labor, cualquiera sea la denominación que se les dé, siempre que sean de su libre disposición. Se incluye en este concepto el valor de la alimentación principal cuando es proporcionada en especie por el empleador y se excluyen los conceptos contemplados en los Artículos 19 y 20". Cuarto: Concepto de remuneración Previo al análisis de la causal declarada procedente debemos señalar en

cuanto a la remuneración, que es todo pago en dinero o excepcionalmente en especie, que percibe el trabajador por los servicios efectivamente prestados al empleador o por haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del mismo. El concepto de remuneración comprende no solo la remuneración ordinaria sino todo otro pago cualquiera que se otorgue, sea su forma o denominación que se le dé, salvo que por norma expresa se le niegue tal calidad. El artículo 24° de la Constitución Política del Perú ha consagrado el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia el bienestar material y espiritual. Por consiguiente la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, debe ser entendido como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaria la remuneración tiene una estrecha relación con el derecho a la vida acorde con el principio – derecho a la igualdad y la dignidad. Como consecuencia de este derecho se puede adquirir una pensión en base a los aportes y contribuciones a la seguridad social, así como servir de cálculo para efectos de beneficios sociales como vacaciones, gratificaciones, compensación por tiempo de servicios, indemnización por vacaciones trunca o en su caso, ser calculable para la indemnización por despido arbitrario y otros beneficios sociales. En cuanto a los conceptos que conforman la remuneración el artículo 1° del Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, debidamente ratificado y suscrito por el Perú, ha señalado que la remuneración “(...) comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último”, noción que refleja una concepción totalizadora de la remuneración establecida en la Constitución. [Subrayado y cursiva propio] Quinto:

En el mismo sentido, el artículo 6° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, precisa que constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga siempre que sean de su libre disposición; norma que debe ser concordada con el artículo 9° del Decreto Supremo N° 001-97-TR, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, que señala que constituye remuneración computable la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador, en dinero o en especie como contraprestación de su labor, cualquiera sea la denominación que se le dé, siempre que sean de su libre disposición. Se incluye en este concepto el valor de la alimentación principal cuando es proporcionada en especie por el empleador y se excluyen los conceptos contemplados en los artículos 19° y 20° de la norma citada. Sexto: Que, del concepto de remuneración contenido en las citas legales señaladas precedentemente, se advierte como elementos que identifican su carácter remunerativo los siguientes: i) el ser percibida por el trabajador como consecuencia de la puesta a disposición de su fuerza de trabajo; ii) que sea percibida en forma regular; iii) el de constituir una ventaja patrimonial al incrementar directa o indirectamente el patrimonio del trabajador; y iv) el de ser de libre disponibilidad para el trabajador. Séptimo: Delimitación del objeto de pronunciamiento Que, la controversia en el presente proceso pasa por establecer si las bonificaciones extraordinarias por Productividad Gerencial y Sindical son conceptos remunerativos que tienen el carácter de regular y permanente para ser considerados en el reintegro de las cinco gratificaciones anuales y de la compensación por tiempo de servicios que reclama la actora, o si por el contrario son extraordinarias al haber sido percibidas en forma ocasional conforme a la tesis propuesta por la demandada. Octavo: Normatividad que reguló el otorgamiento de la bonificación por Productividad

Gerencial Mediante Resolución Suprema N° 104-94-EF de fecha siete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro se aprobó la política remunerativa del Banco de la Nación disponiendo en el Anexo 2, que forma parte del mismo, otorgar una bonificación extraordinaria por productividad en favor de los trabajadores del Banco. Por Resolución Suprema N° 121-95-EF de fecha veinte de octubre de mil novecientos noventa y cinco, se aprobó la política remunerativa de la demandada para el año mil novecientos noventa y cinco, autorizando en su Anexo el otorgamiento a partir del uno de agosto de mil novecientos noventa y cinco adicionalmente a lo establecido en la Resolución Suprema N° 104-94-EF, una bonificación por concepto de productividad previa evaluación específica y personal de cada trabajador en función al rendimiento por el trabajo efectivo que realice y que condicionará su pago, no siendo computable ni base de cálculo para ningún otro tipo de remuneración. Posteriormente, por Resolución Suprema N° 009-97-EF de fecha treinta de enero de mil novecientos noventa y siete se aprobó la política remunerativa de la demandada para el citado año autorizando además el pago a los trabajadores del Banco demandado a partir del uno de noviembre de mil novecientos noventa y seis adicionalmente a lo establecido en las Resoluciones Supremas Nos. 104-94-EF y 121-95-EF, una Bonificación por Productividad bajo las mismas condiciones previstas en la Resolución Suprema N° 121-95-EF. Finalmente mediante Resolución Suprema N° 224-98-EF de fecha cinco de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, se aprobó la política remunerativa de la demandada para dicho año autorizando otorgar a sus trabajadores a partir del uno de noviembre de mil novecientos noventa y seis un aumento remunerativo adicionalmente a lo establecido en las Resoluciones Supremas Nos. 104-94-EF, 121-95-EF y 009-97-EF. Noveno: Origen de la bonificación por Productividad Sindical En el Acta de Reunión de Trato Directo de fecha diez de marzo de mil novecientos noventa y tres que corre en fojas tres el Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco de la Nación acordó que el Banco de la

Nación otorgaría por única vez, una suma extraordinaria de productividad por puntualidad y asistencia a todos los trabajadores activos, incluidos los dirigentes con licencia sindical y además precisó que no tendrá incidencia alguna en los niveles remunerativos de la Institución precisando en el párrafo tercero que dicha Bonificación se encuentra condicionada a la prestación de trabajo efectivo durante el año mil novecientos noventa y tres con arreglo a los requerimientos que la motivan. Mediante Laudo Arbitral de fecha nueve de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro en su Artículo Primero se estableció que el Banco de la Nación por única vez otorgará una bonificación extraordinaria por productividad en base a la puntualidad y asistencia de los trabajadores con contrato de trabajo vigente al treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y cuatro, sin precisarse en ella, así como en los convenios anteriores, que dicha bonificación no tenía naturaleza remunerativa. En el Acta de Reunión de Trato Directo del treinta de octubre de mil novecientos noventa y cinco que corre de fojas diez, se pactó en su cláusula primera que el Banco de la Nación otorgará por única vez una bonificación extraordinaria por productividad en base a la puntualidad, asistencia y eficiencia de los trabajadores con contrato de trabajo vigente al uno de octubre de mil novecientos noventa y cinco, precisando que por su naturaleza extraordinaria se encuentra condicionada a la prestación de trabajo efectivo durante el año mil novecientos noventa y cinco; sin precisarse su naturaleza no remunerativa. En el Convenio Colectivo del veintisiete de julio de mil novecientos noventa y seis que corre de fojas dieciséis, se estableció en la cláusula tercera que el banco continuará abonando la bonificación extraordinaria por productividad con arreglo a las condiciones establecidas en el punto primero del acta anterior, sin precisarse nuevamente que no tiene naturaleza remunerativa. En el Convenio Colectivo del veintiséis de junio de mil novecientos noventa y siete que corre en fojas dieciocho, se acordó en su cláusula primera que se mantendrán

las condiciones de trabajo vigentes en los montos y condiciones que se vienen otorgando, sin precisarse que dicha Bonificación no tenía naturaleza remunerativa. Finalmente en el Convenio Colectivo del veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y ocho que corre en fojas veintinueve, se acordó en su cláusula primera numeral 21 que se mantendrá el beneficio con arreglo a los términos y condiciones que rigen su otorgamiento, precisándose que su monto se mantendrá en cuatro mil quinientos treinta y uno con 00/100 soles (S/ 4,531.00) al año (importe fijado por Resolución Suprema N° 009-97-EF), con lo que se evidencia que su pago era una sola vez al año y sin precisarse que dicha bonificación no tenía naturaleza remunerativa. Décimo: Análisis y solución del caso concreto Respecto a la bonificación por Productividad Gerencial: Se verifica de las Resoluciones Supremas que reconocieron el derecho al pago de la bonificación por Productividad Gerencial que esta sería otorgada previa evaluación específica y personal de cada trabajador en función al trabajo efectivo realizado, asistencia y puntualidad; así como al rendimiento y responsabilidad en el desempeño efectivo de las obligaciones encomendadas y que ella se mantendría y serviría de base para el establecimiento de una nueva política en su oportunidad; de lo expuesto se advierte que su percepción estuvo condicionada al trabajo efectivo realizado y a la evaluación específica de cada trabajador; pues, estuvo vinculado a la prestación efectiva de servicios con lo que se infiere una finalidad contraprestativa. Por otro lado, debemos decir que la bonificación extraordinaria por Productividad Gerencial ha sido abonada a la actora a partir del año dos mil en forma mensual, continua y periódica bajo diversas denominaciones como son: "ABONO POR REGULARIZAR A", "PRÉSTAMO A", "CONCEPTO NO REMUNERATIVO A", "CONCEPTO VARIABLE 1", "INGRESO NO REMUNERATIVO", como se advierte de las boletas de pago digitalizadas contenidas en el CD-ROM adjunto al expediente presentado por la parte demandada, corroborándose con ello que era un

concepto pagado de forma regular lo cual desvirtúa su carácter excepcional. De acuerdo a lo expuesto y en aplicación del principio de primacía de la realidad se llega a concluir que la bonificación extraordinaria por Productividad Gerencial tiene carácter remunerativo de conformidad con el artículo 6° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR y el artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR, pues, presenta las siguientes características: i) la naturaleza de retribución indirecta que emerge del acto unilateral del empleador, por la contraprestación de los servicios brindados por el actor; ii) ha sido abonado en forma regular, ordinaria y permanente; y iii) tiene la calidad de concepto de libre disposición; quedando de esta forma desvirtuado el carácter de "suma extraordinaria" que argumenta la parte demandada en su recurso de casación por lo que corresponde considerarlo dentro de la base de cálculo de los beneficios reclamados por el demandante. Décimo Primero: Sin perjuicio de lo expresado corresponde señalar que la parte demandada no ha probado que a partir del año dos mil con la finalidad de otorgar el referido bono haya efectuado evaluaciones previas al actor, ya que si bien adjunta unas hojas denominadas "Evaluación del Desempeño Laboral"; empero, no vincula dicha evaluación con la percepción de este beneficio ni mucho menos acredita la existencia de los parámetros de evaluación ni las metas que se hubieren considerado para el pago ni que dichos abonos hubieran sido esporádicos o eventuales. Décimo Segundo: En cuanto a la bonificación por Productividad Sindical De acuerdo al considerando octavo se verifica que la bonificación extraordinaria por Productividad Sindical inicialmente le fue abonada al actor en un importe fijado en los Convenios Colectivos que fueron suscritos anualmente entre el Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco de la Nación SINATBAN y la demandada desde el año mil novecientos

noventa y tres hasta el año mil novecientos noventa y nueve; sin embargo, como se advierte de las boletas de pago digitalizados contenidas en el CD ROM, adjunto al expediente, este concepto le fue abonado al demandante bajo la denominación de "ABONO POR REGULARIZAR-B" desde el año dos mil y bajo las denominaciones de "PRÉSTAMO B" y "CONCEPTO NO REMUNERATIVO B" en el año dos mil uno, en forma periódica y mensual y en importe fijos abonados conjuntamente con las remuneraciones mensuales percibidas por la trabajadora, no habiendo acreditado la demandada que la citada bonificación desde el año dos mil se encontraba supeditada a la puntualidad, asistencia y eficiencia de los trabajadores. En consecuencia, la bonificación extraordinaria por Productividad Sindical al tener la calidad de regular, ordinaria, fija y permanente constituye un concepto remunerativo el cual se fijó a través de Convenios Colectivos y se mantuvo en el tiempo formando parte de la remuneración principal del actor desvirtuándose con ello el argumento de la demandada en cuanto señala que esta fue otorgada en forma ocasional de lo que se concluye que las normas en comento han sido aplicadas e interpretadas de manera correcta por el Colegiado Superior. Décimo Tercero: Lo expresado precedentemente se encuentra respaldado con la dación de la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 047-2003/DEFONAFE, publicada el dos de diciembre de dos mil tres que aprobó la Política y Escala Remunerativa vigente del Banco de la Nación; en la que en su Anexo número 1, punto 2) estableció como conceptos remunerativos, tanto a la Productividad Gerencial y a la Productividad por Convenio (Sindical), reconociéndose expresamente por el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) a ambos conceptos su naturaleza remunerativa. Décimo Cuarto: Siendo así, el Colegiado Superior no ha incurrido en infracción por aplicación indebida del artículo 6° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR y del

artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por Decreto Supremo número 001-97-TR; en consecuencia, la causal invocada deviene en infundada.

Por estas consideraciones:

FALLO

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, Banco de la Nación, mediante escrito presentado el tres de enero de dos mil diecisiete, que corre en fojas cuatrocientos cincuenta y tres a cuatrocientos sesenta; en consecuencia, NO CASARON la Sentencia de Vista de fecha veinticinco de octubre de dos mil dieciséis, que corre en fojas cuatrocientos dos a cuatrocientos quince; ORDENARON la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano conforme a Ley; en el proceso ordinario laboral seguido por la demandante, Paula Ana María Rejas Zeballos de Ubillus sobre reintegro de beneficios sociales; interviniendo como ponente el señor juez supremo Arévalo Vela; y los devolvieron.

SS.

ARÉVALO VELA,

YRIVARREN FALLAQUE,

RODRÍGUEZ CHÁVEZ,

TORRES GAMARRA,

MALCA GUAYLUPO

C-1772441-103

CASACIÓN LABORAL

Nº 9434-2018 LIMA

Desnaturalización de contratos y otros.

Sumilla: Al haber emitido la Sala Superior pronunciamiento respecto de lo pretendido, cumpliendo con precisar los hechos y los medios probatorios que sustentan su decisión, así como indicando las normas que le permiten asumir un criterio interpretativo en el que sustenta su decisión, dicho fallo no puede ser cuestionado por ausencia o defecto en la motivación.

Lima, doce de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTA

La causa número nueve mil cuatrocientos treinta y cuatro, guion dos mil dieciocho, 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, Cosco Shipping Lines (Perú) S.A., mediante escrito de fecha catorce de febrero de dos mil dieciocho, que corre en fojas mil noventa y ocho a mil ciento treinta y cuatro, contra la Sentencia de Vista de fecha treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, que corre en fojas mil setenta y seis a mil noventa y cuatro, que confirmó la Sentencia emitida en primera instancia de fecha veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, que corre en fojas mil dos a mil catorce, que declaró fundada la demanda; en el proceso seguido por el demandante, Walter Adolfo Wong Rodríguez, sobre desnaturalización de contratos y otros.

CAUSALES DEL RECURSO

El presente recurso de casación fue declarado procedente mediante resolución de fecha cinco de octubre de dos mil dieciocho, que corre en fojas ciento cuarenta y uno a ciento cincuenta y tres

del cuaderno de casación, por las causales de i) infracción normativa por inaplicación del artículo 4º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR; y ii) 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 trescientos veintisiete a trescientos cincuenta y seis, subsanada en fojas trescientos cincuenta y nueve, el actor solicita se declare la desnaturalización de los contratos de locación de servicios suscritos en los periodos del uno de junio de mil novecientos noventa y nueve al treinta de junio de dos mil uno y del uno de octubre de dos mil trece al uno de octubre de dos mil dieciséis, se le reconozca por todo el periodo laborado como una relación laboral a plazo indeterminado e ininterrumpido, solicita el pago de una indemnización por despido arbitrario, el pago de compensación por tiempo de servicios, gratificaciones, vacaciones y escolaridad; por los periodos de locación y el pago de utilidades por todo el tiempo laborado, el reintegro de remuneraciones, más intereses legales y costos

del proceso. Segundo: Mediante Sentencia emitida por el Décimo Cuarto Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, que corre en fojas mil dos a mil catorce, se declaró fundada la demanda, desnaturalizados los contratos de locación de servicios, por los periodos del uno de junio de mil novecientos noventa y nueve al treinta de junio de dos mil uno y del uno de octubre de dos mil trece al uno de octubre de dos mil dieciséis, declarando la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, ordena el pago de seis mil trescientos quince con 79/100 Dólares Americanos (US\$ 6,315.79) y trescientos cincuenta y cuatro mil con quinientos noventa y dos con 80/100 Soles (S/ 354,592.80); más los intereses financieros y legales respectivos, con costas, fijando los costos en el 20% del monto total que se ordene pagar. Tercero: Por Sentencia de Vista expedida por la Tercera Sala Laboral de la mencionada Corte Superior de Justicia, de fecha treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, que corre en fojas mil setenta y seis a mil noventa y cuatro, se confirmó la Sentencia emitida en primera instancia de fecha veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, que corre en fojas mil dos a mil catorce, que declaró fundada la demanda; modificándola en el monto ordenado a pagar ascendente a trescientos cuarenta y tres mil novecientos ochenta con 67/100 Soles (S/ 343,980.67). Cuarto: La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución que pone final proceso, dando lugar a que la parte que se considere afectada pueda interponer su recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en el mismo las causales que anteriormente contemplaba la antigua Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636 en su artículo 56°, relativas a interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, aunque la Ley N° 29497 incluye además a las normas de carácter adjetivo. Quinto: En el caso concreto se han declarado

precedentes las causales de infracción normativa por inaplicación del artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR e infracción normativa del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, ante lo cual, de advertirse la infracción normativa de carácter procesal, corresponderá a esta Suprema Sala declarar fundado el recurso de casación propuesto y la nulidad de la resolución de vista; de conformidad con el artículo 39° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 294971; caso contrario, se procederá a emitir pronunciamiento de fondo respecto de la norma material que fue declarada procedente. Sexto: Respecto a la infracción normativa del inciso 3) del artículo 139° 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 (...)". Sétimo: En cuanto a la infracción normativa del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, debemos aceptar enunciativamente que entre los distintos elementos integrantes al derecho del 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. Comprende dentro del núcleo duro del derecho fundamental al debido proceso, la obligación que el Juez motive sus resoluciones, excepto las de mero trámite. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, sostiene 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 (...).² Octavo: En el caso concreto, se aprecia que la demandada como sustento de su recurso en relación a la falta de motivación, indica que la Sala no ha considerado los periodos de “quiebre” en la prestación de servicios, “creando”, una prueba inexistente, referida a un recibo por honorarios desde el 01 de junio de 1999 al 23 de julio de 1999, el cual no obraría en el expediente; así como a partir de la supuesta no aportación de pruebas considera que ha existido una relación laboral en los periodos reclamados y que en la resolución impugnada se desarrollan premisas inválidas, tales como la jornada máxima y un contrato de trabajo a plazo indeterminado; también que no se habría motivado correctamente al establecer el pago de honorarios profesionales; no se motiva las razones por las cuales calcula montos adicionales para la determinación de pago de beneficios sociales, se habría determinado el reintegro de la compensación por tiempo de servicios, a pesar que el demandante no habría señalado los señalados prueba alguna que acredite que el demandante habría laborado en jornada completa o acudía al local de la empresa con normalidad. Noveno: Al respecto, de la revisión de autos se puede apreciar de fojas sesenta y nueve, copia fedateada del recibo por honorarios N° 000001, expedido por el demandante a favor de la demandada, con fecha veintidós de julio de mil novecientos noventa y nueve, en el cual se indica el pago de US\$ 1,000.00 dólares americanos por concepto de manejo de cuentas correspondientes al mes de junio de 1999; lo cual desvirtúa lo alegado por la recurrente respecto a la inexistencia del citado medio probatorio, más aún si en el minuto 09:15 de la audiencia de juzgamiento que obra en audio y video, sostiene la propia impugnante que la misma no acreditaría la prestación de servicios

en el mes de junio de mil novecientos noventa y nueve; es decir de manera temeraria la impugnante sostiene la inexistencia de este medio probatorio, el cual conforme se indica ha sido materia de contradicción en el proceso y que ha permitido al Colegiado Superior de manera conjunta con los demás medios probatorios, concluir la existencia de una relación laboral de manera continua, lo cual a su vez conlleva a otorgar el pago reclamado por beneficios sociales que no le fueron otorgados en su oportunidad, así como las pretensiones accesorias demandadas; en ese sentido, al haber emitido la Sala Superior pronunciamiento respecto de lo pretendido, cumpliendo con precisar los hechos y los medios probatorios que sustentan su decisión, así como indicando las normas que le permiten asumir un criterio interpretativo en el que sustenta su decisión, guardando sus fundamentos conexión lógica, de manera que dicho fallo no puede ser cuestionado por ausencia o defecto en la motivación; resultando en consecuencia, infundada la causal de infracción normativa del inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú. Décimo: Al no advertirse la existencia de vicio alguno durante el trámite del proceso que atente contra las garantías procesales constitucionales, se procederá a emitir pronunciamiento sobre la causal sustantiva amparada. Décimo Primero: En cuanto a la infracción normativa por inaplicación del artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, esta norma señala: “Artículo 4.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna”. Décimo Segundo: Cabe señalar que la norma acotada, está

planteada en términos de presunción de laboralidad, de la cual se desprende la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad y que permite inferir los elementos esenciales del contrato de trabajo, que son: prestación personal, subordinación y remuneración; es decir, a la vez que regula la característica de un contrato de trabajo, permite establecer la verdadera naturaleza de una relación laboral; privilegia lo que sucede en el campo de los hechos sobre lo que puedan contener los documentos, y de manera concordante el inciso 2) del artículo 23º de la Ley Procesal del Trabajo, establece: "(...) Artículo 23.- Carga de la prueba (...) 23.2 Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario (...)"; de lo cual se puede apreciar que la ley establece que corresponde al empleador la carga de probar que la prestación de servicios desarrollada por una persona no se enmarca en una relación laboral. Décimo Tercero: En el presente caso, es de apreciarse de las pruebas aportadas y lo desarrollado en el proceso, que se ha establecido la prestación personal de servicios por parte del actor durante todo el periodo demandado, y si bien la emplazada en su recurso sostiene que no existe certeza de la prestación de servicios en el periodo comprendido entre el uno de junio de mil novecientos noventa y nueve hasta el quince o veintitrés de julio de mil novecientos noventa y nueve, se debe indicar que de fojas sesenta y nueve y siguientes obran copias certificadas de los recibos por honorarios expedidos por el actor a favor de la demandada, apreciándose de las mismas que de manera mensual desde el mes de junio de mil novecientos noventa y nueve al mes de enero del año dos mil, la demandada le pagaba la suma de mil dólares americanos, suma que fue incrementada a mil cuatrocientos dólares americanos para el mes de febrero del año dos mil y de mil seiscientos dólares americanos a partir de febrero del año dos mil uno, teniendo la característica de ser cancelada de manera mensual y no por labores específicas; y si bien el recibo por honorario N° 000001, tiene fecha de cancelación el

veintidós de julio de mil novecientos noventa y nueve, ello no desvirtúa que sea el pago por las labores realizadas en el mes de junio del referido año; además, se debe tener en cuenta lo señalado por la parte actora en la audiencia de juzgamiento, en cuanto a que en el referido periodo se obligó a la mayoría de trabajadores a renunciar, y en caso quisieran continuar laborando lo harían bajo locación de servicios, situación que no fue desmentida por la parte demandada⁴, quien preciso únicamente sobre la cantidad de trabajadores cesados. Décimo Cuarto: En cuanto a los elementos subordinación y remuneración, estos se desprenden tanto de las labores prestadas que resultaban ser las mismas que venía desarrollando como jefe de costos, las cuales eran labores permanentes de la emplazada y que fueron realizadas en un periodo anterior bajo un contrato de trabajo; así como con respecto a la remuneración, este extremo, tal como se ha indicado previamente, fue otorgado de manera mensual y no por un servicio específico, como es la característica del contrato civil. Décimo Quinto: En ese sentido, al haberse demostrado la existencia de los elementos del contrato de trabajo, podemos concluir que entre las partes existió una relación laboral en el periodo comprendido entre el uno de junio de mil novecientos noventa y nueve al treinta de junio de dos mil uno; y como consecuencia de ello se concluye que entre las partes, el vínculo laboral se extendió de manera continua desde el uno de noviembre de mil novecientos noventa y seis al uno de octubre de dos mil dieciséis. En mérito a lo expuesto, se concluye que la Sala Superior no ha incurrido en la causal de infracción normativa por inaplicación del artículo 4º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR; en consecuencia, la causal declarada procedente deviene en infundada.

Por estas consideraciones:

FALLO

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada, Cosco Shipping Lines (Perú) S.A., mediante escrito de fecha catorce de febrero de dos mil dieciocho, que corre en fojas mil noventa y ocho a mil ciento treinta y cuatro; en consecuencia, NO CASARON la Sentencia de Vista de fecha treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, que corre en fojas mil setenta y seis a mil noventa y cuatro; ORDENARON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido por el demandante, Walter Adolfo Wong Rodríguez, sobre desnaturalización de contratos y otros; interviniendo como ponente el señor juez supremo Yrivarren Fallaque; y los devolvieron.

SS.

YRIVARREN FALLAQUE,

TORRES VEGA,

RODRÍGUEZ CHÁVEZ,

TORRES GAMARRA,

MALCA GUAYLUPO.

CASACIÓN LABORAL

Nº 11289-2016 ICA

Indemnización de daños y perjuicios.

SUMILLA.- Los beneficios contenidos en la Ley Nº 27803 para aquellos trabajadores cuyos ceses fueron calificados como irregulares son excluyentes entre sí; asimismo, dichos beneficios comprenden el resarcimiento por todo daño causado.

Lima, doce de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTA

La causa número once mil doscientos ochenta y nueve guion dos mil dieciséis, guion ICA, 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 demandada, Seguro Social de Salud-Essalud, mediante escrito presentado el siete de junio de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil ciento setenta y nueve a mil ciento noventa, contra la Sentencia de Vista contenida en la resolución de fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil catorce a mil cuarenta y cuatro, que revocó la Sentencia apelada contenida en la resolución de fecha veintisiete de octubre de dos mil quince, que corre en fojas novecientos cincuenta y cuatro a novecientos sesenta y nueve, que declaró infundada la demanda y reformándola, la declararon fundada en parte; en el proceso ordinario laboral seguido por la demandante, María Elena Yauricasa de Liñán, sobre indemnización de daños y perjuicios.

CAUSAL DEL RECURSO

Mediante resolución de fecha treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho que corre en fojas

ciento dieciséis a ciento diecinueve del cuaderno de casación esta Sala Suprema declaró procedente el recurso interpuesto por la causal de infracción normativa por interpretación errónea de la Ley Nº 27803, correspondiendo emitir pronunciamiento sobre la citada causal.

CONSIDERANDO

Primero: De la pretensión demandada y pronunciamientos de las instancias de mérito. A fin de establecer si en el caso de autos se ha incurrido o no en la infracción reseñada precedentemente, es necesario realizar las siguientes precisiones fácticas sobre el proceso. a) De la pretensión demandante: En el Expediente número doscientos treinta y uno del año dos mil catorce, se verifica en fojas cien a ciento siete el escrito de demanda y a fojas ciento doce, su subsanación, interpuesta por María Elena Yaurisaca de Liñán, en el que solicitó indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de contrato de trabajo por la suma de treinta y cinco mil con 00/100 soles (S/ 35,000.00) por la no percepción de remuneraciones y beneficios sociales desde la fecha de su cese irregular efectuada entre el año mil novecientos noventa y dos hasta su reincorporación producida el dos mil ocho bajo la forma de lucro cesante, más los intereses legales, con costas y costos del proceso. Asimismo, en el Expediente número doscientos treinta y dos del año dos mil catorce, al

cual se acumuló el anterior Expediente mediante resolución de fecha uno de abril de dos mil quince, la mencionada actora solicita indemnización por daños y perjuicios por daño moral al haber sufrido un despido arbitrario por la suma de veinticinco mil con 00/100 soles (S/ 25,000.00) al haber sido cesada en forma irregular. b) Sentencia de primera instancia: La Jueza del Juzgado de Trabajo de Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica, a través de la Sentencia emitida con fecha veintiséis de octubre de dos mil quince, que corre en fojas novecientos cincuenta y cuatro a novecientos sesenta y nueve, declaró infundada la demanda al considerar que la antijuricidad de la conducta de la demandada Essalud no se encuentra acreditada ni configurada, además, la actora fue repuesta a su centro de trabajo conforme se puede apreciar en la Resolución Ministerial N° 398-2008-TR. Asimismo, no se ha acreditado la existencia de dolo ni la culpa inexcusable. c) Sentencia de segunda instancia: Por su parte, el Colegiado de la Sala Superior Mixta Descentralizada de Pisco de la misma Corte Superior, mediante Sentencia de Vista de fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil catorce a mil cuarenta y cuatro, revocó la Sentencia apelada que declaró infundada la demanda y reformándola, la declararon fundada en parte, en consecuencia, ordenaron que la entidad demandada pague al accionante la suma de mil quinientos con 00/100 soles (S/ 1,500.00) por concepto de indemnización de daños y perjuicios por daño moral y la suma ascendente a mil con 00/100 soles (S/ 1,000.00) por concepto de lucro cesante, más intereses legales, sin costas ni costos del proceso, al considerar que conforme a las circunstancias del cese y teniendo en cuenta algunos contextos que habrían mitigado la crisis económica de la actora después del cese irregular, correspondería fijar la indemnización por daño moral de manera prudencial en la suma ascendente a mil quinientos con 00/100 soles (S/ 1,500.00). Asimismo, sostiene que el cese irregular del que fuera víctima la actora también merece ser indemnizado por lucro cesante debido a que es evidente que dejó de percibir sus ingresos de

ciertos bienes y derechos a su patrimonio. 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 el mismo las causales que anteriormente contemplaba la antigua Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636 en su artículo 56°, relativas a interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, aunque la Ley N° 29497 incluye además a las normas de carácter adjetivo. Tercero: Sobre la infracción normativa por interpretación errónea de la Ley N° 27809, debemos decir que conforme a los argumentos expuestos por la demandada en su recurso de casación se aprecia que los mismos se centran en el artículo 3° de dicha norma legal, por lo que resulta pertinente señalar lo siguiente: "Artículo 3.- Beneficios del Programa Extraordinario Los ex trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, y que se encuentren debidamente inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente creado en el Artículo 4 de la presente Ley, tendrán derecho a optar alternativa y excluyentemente entre los siguientes beneficios: 1. Reincorporación o reubicación laboral. 2. Jubilación Adelantada. 3. Compensación Económica. 4. Capacitación y Reconversión Laboral". Cuarto: Consideraciones previas Mediante la Ley N° 27452, publicada en el Diario Oficial El Peruano el veintidós de mayo de dos mil uno, se creó la Comisión Especial encargada de revisar los procedimientos de cese colectivo de trabajadores producidos en las empresas del Estado que se encontraban en el ámbito del proceso de promoción de la inversión privada, comprendidas en los alcances del Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, durante los años mil novecientos noventa y uno y dos mil, y sus normas reglamentarias o modificatorias. La Ley N° 27803,

publicada en el Diario Oficial El Peruano el veintinueve de julio de dos mil dos, se instituye como un programa de acceso a determinados beneficios destinados para aquellos ex trabajadores que fueron objeto de despidos colectivos por la Autoridad Administrativa de Trabajo, servidores cuyo término de su relación laboral se debió a actos de coacción o fueron cesados a través de procesos de reorganización, y en general, todos aquellos despidos irregulares calificados como tales por la Comisión Especial creada por Ley N° 27452; producidos en el marco de la promoción de la inversión privada, a fin de que se puedan reestablecer sus derechos afectados durante la década del noventa. Quinto: Los beneficios otorgados por la Ley N° 27803 a los ex trabajadores cuyos despidos hayan sido calificados como irregulares y que se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente, de acuerdo con su artículo 3° son alternativos y excluyentes, y comprenden los siguientes: a) La reincorporación o reubicación laboral; b) La jubilación adelantada; c) Una compensación económica; o d) La capacitación y la reconversión empresarial. Para el caso de la reincorporación o reubicación laboral, de acuerdo con el artículo 12° de la referida Ley se entendería como el inicio de un nuevo vínculo laboral, independientemente del régimen laboral al cual el trabajador pertenezca; es decir, si la contratación se efectuaba bajo las reglas del régimen laboral de la actividad privada o por nombramiento dentro del régimen laboral de los servidores públicos, regulados por los Decretos Legislativos Nos. 728 o 276; respectivamente. Sexto.- Mediante las Resoluciones Ministeriales Nos. 347-2002-TR y 059-2003-TR, y las Resoluciones Supremas Nos. 034-2004-TR y 028-2009-TR; se aprobaron el primer, segundo, tercer y cuarto listado de ex trabajadores cesados irregularmente; quienes tenían derecho a optar por uno de los beneficios previstos en la Ley N° 27803. Posteriormente mediante la Ley N° 30484, publicada el seis de julio de dos mil dieciséis, se dispuso la reactivación de la Comisión Ejecutiva creada por la Ley N° 27803, a

efectos de revisar los casos de ex trabajadores que se acojan al procedimiento de revisión por no inclusión en las Resoluciones Supremas Nos. 034-2004-TR y 028-2009-TR. Finalmente se emitió la Resolución Ministerial N° 142-2017-TR, publicada en el Diario Oficial El Peruano el diecisiete de agosto de dos mil diecisiete, que aprobó la última lista de extrabajadores que deben ser inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente. Séptimo: Pronunciamiento sobre el caso concreto. En el caso de autos la demandante ingresó a prestar servicios a la entidad emplazada Essalud, a partir del uno de enero de mil novecientos ochenta y seis, culminando su vínculo laboral el treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y dos, como consecuencia de un cese con incentivos siendo incluida en el listado de ex trabajadores cesados irregularmente a través de la Resolución Suprema N° 034-2004-TR, optando por el beneficio de la reincorporación con fecha ocho de enero de dos mil nueve, en el cargo de Técnico de Enfermería II. Octavo: Los hechos descritos en el considerando precedente motivaron que la accionante inicie el presente proceso solicitando el pago de una indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante y daño moral derivados del cese irregular del cual fue objeto, pretensión que ha sido amparada por la instancia superior al considerar que conforme a las circunstancias del cese y teniendo en cuenta algunos contextos que habrían mitigado la crisis económica de la actora después del cese irregular, correspondería fijar la indemnización por daño moral de manera prudencial en la suma ascendente a mil quinientos con 00/100 soles (S/. 1,500.00). Asimismo, sostiene que el cese irregular del que fuera víctima la actora también merece ser indemnizado por lucro cesante debido a que es evidente que dejó de percibir sus ingresos de ciertos bienes y derechos a su patrimonio. Noveno: Análisis de la causal declarada precedente. Al respecto, la entidad recurrente refiere que "(...) el demandante, se acogió al beneficio de la REINCORPORACIÓN LABORAL, por lo que al acogerse a dicho beneficio YA se ha visto resarcido todo tipo de daño que supuestamente se

habría incurrido al cesarlo (...). Décimo: Este Colegiado Supremo considera que los beneficios previstos en el artículo 3º de la Ley N° 27803 tienen naturaleza extraordinarios; por tal motivo son excluyentes entre sí; es decir, el ex trabajador deberá optar por un único beneficio, el cual comprende el resarcimiento por todo daño causado por el Estado en sus derechos, sean de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial. Dicho argumento se ve reforzado por el contenido del segundo párrafo del numeral 2) del artículo 5º de la referida Ley, modificado por el artículo 1º de la Ley N° 28299, publicada en el Diario Oficial El Peruano el veintidós de julio de dos mil cuatro, el cual señala textualmente que «La calificación efectuada por la Comisión Ejecutiva o la ejecución de los beneficios a favor de los ex trabajadores cuyos ceses sean calificados como irregulares, es de carácter excepcional, en atención a ello, no generará beneficios distintos a los establecidos en la presente Ley». Décimo Primero: En consecuencia, la instancia superior ha incurrido en la infracción normativa por interpretación errónea de la Ley N° 27803, pues, no ha tenido en cuenta que desde un inicio los beneficios otorgados para los ex trabajadores cuyos despidos fueron calificados como irregulares fueron instaurados con el objeto de resarcir cualquier daño o menoscabo en sus derechos que pudiesen haber sufrido por parte del Estado; siendo uno de estos beneficios la reincorporación o reubicación laboral habiendo la demandante optado por esta alternativa conforme se verifica del contrato personal N° 007-GRA-ICA-ESSALUD-2009, celebrado el veintiséis de enero de dos mil nueve que corre en fojas cuarenta a cuarenta y uno. Décimo Segundo: Que al reponerla en el empleo la demandada ha resarcido el daño causado a la actora por el cese irregular sufrido, no existiendo por tanto obligación de esta parte de indemnizar daño alguno; razones por las que la causal bajo análisis deviene en fundada.

Por estas consideraciones:

FALLO

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, Seguro Social de Salud–Essalud, mediante escrito presentado con fecha siete de junio de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil ciento setenta y nueve a ciento noventa; en consecuencia: CASARON la Sentencia de Vista contenida en la resolución de fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil catorce a mil cuarenta y cuatro, que revocó la sentencia de primera instancia que declaró infundada la demanda y reformándola, la declararon fundada; y actuando en sede de instancia; CONFIRMARON la sentencia apelada, que corre en fojas novecientos cincuenta y cuatro a novecientos sesenta y nueve, que declaró infundada la demanda; y DISPUSIERON la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido por la demandante, María Elena Yauricasa de Liñán, sobre indemnización de daños y perjuicios; interviniendo como ponente el señor juez supremo Malca Guaylupo y los devolvieron.

SS.

YRIVARREN FALLAQUE,

TORRES VEGA,

RODRÍGUEZ CHÁVEZ,

TORRES GAMARRA,

MALCA GUAYLUPO

C-1772441-136

CASACIÓN LABORAL

Nº 13058-2018 LIMA

Desnaturalización de contrato y otro.

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.

Lima, doce de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTA

La causa número trece mil cincuenta y ocho, guion dos mil dieciocho, guion LIMA, 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 el apoderado común de las codemandadas, Jorge Luis Ojeda Dávila, mediante escrito presentado el cuatro de enero de dos mil dieciocho, que corre en fojas mil cuarenta y ocho a mil sesenta y cuatro, contra la Sentencia de Vista de fecha veintidós de diciembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas mil veintidós a mil cuarenta y cuatro, que revocó la Sentencia apelada de fecha veinte de enero de dos mil quince, que corre en fojas ochocientos cincuenta y siete a ochocientos sesenta y cinco, que declaró infundada la demanda, y reformándola declaró fundada en parte; en el proceso seguido por el demandante, César Elías Torres Ramos, sobre desnaturalización de contrato y otro.

CAUSAL DEL RECURSO

El recurso de casación interpuesto por la parte demandada, se declaró procedente mediante Resolución de fecha tres de octubre de dos mil dieciocho, que corre en fojas doscientos diecisiete a doscientos veintitrés, del cuaderno de casación,

por la siguiente causal: infracción normativa del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú. 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 cuatrocientos treinta y tres a quinientos sesenta y cinco, subsanada en fojas quinientos setenta y seis a quinientos ochenta y uno, el actor solicita la desnaturalización de los contratos de locación de servicios; en consecuencia, se ordene el pago de sus beneficios sociales y la entrega de su certificado de trabajo; más intereses legales, con costas y costos del proceso. b) Sentencia de primera instancia: El Juez del Décimo Quinto Juzgado Especializado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Sentencia de fecha veinte de enero de dos mil quince, declaró infundada la demanda, al considerar que el actor no acreditó la existencia de los elementos esenciales de la relación laboral; asimismo, si bien refiere que ha existido un horario de trabajo en su declaración de parte, este hecho queda desvirtuado con la declaración de los testigos, los cuales han reconocido lo contrario. Bajo esa premisa, y atendiendo que el actor tiene la carga probatoria, conforme el inciso 1) del artículo 23º de la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, corresponde

desestimar los beneficios sociales pretendidos en el proceso y la entrega del certificado de trabajo. c) Sentencia de segunda instancia: El Colegiado de la Tercera Sala Laboral de la misma Corte Superior de Justicia, mediante Sentencia de Vista de fecha veintidós de diciembre de dos mil diecisiete, revocó la Sentencia emitida en primera instancia, y reformándola declaró fundada en parte, al argumentar que se verificó el elemento de prestación personal de la relación laboral, pues no existe discrepancia sobre la prestación de servicios del actor brindado a las codemandadas, extremo que se corrobora con los recibos por honorarios, y lo expresado en la contestación de demanda, en consecuencia, corresponde aplicar el inciso 2) del artículo 23º de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. Asimismo, se evidenció el elemento de subordinación, toda vez que el actor se encontraba sujeto a la dirección de los señores Guizados, quienes son accionistas de las empresas codemandadas, y si bien no obran memorándums o sanciones específicas al demandante, ello deriva de la naturaleza de la labor especializada, en la medida que revisaba la labor de los contadores internos, revisión de impuestos, liquidación de impuestos, asesoramiento en tributaciones y brindar recomendaciones. Siguiendo esa línea, corresponde añadir que de las declaraciones actuadas en el proceso, se corroboró rasgos de laboralidad, por cuanto el control sobre la prestación, lo realizan los mismos accionistas de la empresa; en consecuencia, el actor era considerado todo el tiempo como contador general de las cinco empresas codemandadas. En los primeros años prestaba servicio en un horario determinado, coordinando y supervisando a las empresas señaladas, los mismos que se encontraban en una misma oficina entre los años mil novecientos noventa y dos y mil novecientos noventa y tres; sin embargo, posteriormente los contadores fueron asignados a cada empresa, pero el demandante continuó desarrollando las labores de revisión contable, de impuestos y otros; además, que el actor ha prestado servicios durante veinticuatro (24) años aproximadamente para las

empresas codemandadas, otorgándole una oficina. De otro lado, se acreditó el elemento de remuneración, a través de los actuados, identificando pagos a favor del demandante por compensación por tiempo de servicios (CTS) y gratificaciones. Siendo así, determina que entre las partes ha existido una relación laboral a plazo indeterminado, por el período comprendido entre el uno de enero de mil novecientos ochenta y nueve hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil doce, de conformidad con el artículo 4º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, debiéndose amparar los beneficios sociales que no han sido cancelados por las codemandadas. Al respecto, precisó que al haber admitido las codemandadas que existe un grupo empresarial con vinculación económica, procede el pago solidario. 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 N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley N° 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de normas de derecho material, incluyendo 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. La norma constitucional en mención, prescribe: "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". Cuarto: Delimitación del objeto de pronunciamiento Conforme a la causal de casación declarada procedente, el análisis debe circunscribirse a delimitar si se ha infringido el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, relacionado al debido proceso. De advertirse la infracción normativa de carácter procesal, corresponderá a esta Suprema Sala declarar fundado el recurso de casación propuesto y la nulidad de la resolución recurrida; de conformidad con el artículo 39° de la Ley N° 294971, Nueva Ley Procesal del Trabajo; en sentido contrario, de no presentarse la afectación alegada por la parte recurrente, la causal devendrá en infundada. Quinto: Alcances sobre el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú Sobre el debido proceso, contenido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, debemos decir que la doctrina es pacífica en aceptar que entre los distintos elementos integrantes al derecho del debido proceso, este necesariamente comprende 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. Sexto: Respecto al derecho a una resolución debidamente motivada, la cual también se encuentra reconocida en el inciso 5) del artículo 139° 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 explícito 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".² Asimismo, el Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha trece de octubre de dos mil ocho, al resolver el Expediente N° 00728-2008-HC, 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. 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 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. Séptimo: Solución al caso concreto De la revisión de la Sentencia de Vista, cuyos fundamentos se encuentran transcritos en el considerando primero, se aprecia que ha sido expedida con observancia del debido proceso, que resguarda la motivación de las resoluciones judiciales, toda vez que no se advierte la existencia de vicio alguno que atente

contra la citada garantía procesal constitucional por cuanto la decisión adoptada se ha ceñido estrictamente a lo aportado, mostrado y debatido en el proceso; de manera que dicha resolución no puede ser cuestionada por ausencia o defecto en la motivación, en tanto se ha cumplido con precisar los hechos y normas que le permiten asumir un criterio interpretativo en el que sustenta su ratio decidendi; además, que no se verifica un defecto durante la tramitación del proceso. Al respecto, corresponde precisar que mediante Ley N° 10437 se dispone que los contadores que trabajan por horas en la industria, el comercio, empresas periodísticas y entidades profesionales, culturales y sociales, quedan comprendidos en la Ley N° 4916 y sus ampliatorias, extremo que ha sido argumentado por la demandada, en su escrito de contestación y en la Audiencia, llevada a cabo en esta Sala Suprema. Bajo esa premisa, se debe tener presente, que la demanda en el escrito antes enunciado, manifiesta que se ha cumplido con los pagos de los beneficios, al amparo de la Ley N° 10437 hasta mil novecientos noventa y seis; sin embargo, en la Audiencia llevada a cabo en esta Sala Suprema (minuto doce con veintisiete segundos, aproximadamente), manifiesta que ha sido hasta mil novecientos noventa y cinco. Independientemente, de la fecha indicada, corresponde señalar que los supuestos planteados difieren con lo establecido por la Sala Superior, pues determinó que los beneficios fueron pagados hasta el dos mil once. Sin perjuicio de ello, y aun cuando se considere que efectivamente se cumplió con los mencionados pagos hasta el dos mil once a favor del demandante, en atención a Ley N° 10437; este no es argumento suficiente para declarar que no ha existido una relación laboral, pues la Sala Superior no ha tenido en cuenta dicha circunstancia para la configuración del elemento de subordinación de la relación laboral, por el contrario se ha referido a otros medios probatorios actuados en el proceso; de igual forma, para corroborar el elemento de remuneración. Octavo: En ese sentido, no resulta viable cuestionar la Sentencia de Vista por vulneración del debido

proceso, más aún, si ostentar un criterio distinto al ostentando por el Órgano jurisdiccional, no puede ser causal para cuestionar la motivación; por lo cual, no se ha infringido el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, deviniendo en infundada la causal declarada procedente.

Por estas consideraciones:

DECISIÓN

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el apoderado común de las codemandadas, Jorge Luis Ojeda Dávila, mediante escrito presentado el cuatro de enero de dos mil dieciocho, que corre en fojas mil cuarenta y ocho a mil sesenta y cuatro; NO CASARON la Sentencia de Vista de fecha veintidós de diciembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas mil veintidós a mil cuarenta y cuatro; y ORDENARON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en el proceso laboral seguido por el demandante, César Elías Torres Ramos, sobre desnaturalización de contrato 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.

CASACIÓN LABORAL Nº 14447 - 2016 CUSCO

Desnaturalización de contratos y otros. PROCESO ORDINARIO – NLPT.

SUMILLA: La motivación de las resoluciones judiciales constituye un derecho del justiciable, debiendo ser adecuada, suficiente y congruente, entendiéndose por motivación suficiente al mínimo de motivación de exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la resolución está debidamente motivada.

Lima, cinco de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTA

La causa número catorce mil cuatrocientos cuarenta y siete, guion dos mil dieciséis, guion CUSCO, 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 entidad demandada, Municipalidad Provincial de Acomayo, representada por su procurador público, mediante escrito presentado el tres de agosto de dos mil dieciséis, que corre en fojas doscientos trece a doscientos veintitrés, contra la Sentencia de Vista de fecha dieciocho de julio de dos mil dieciséis, que corre en fojas ciento ochenta y uno a ciento ochenta y ocho, que confirmó la Sentencia emitida en primera instancia de fecha treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis, que corre en fojas ciento treinta y cuatro a ciento cuarenta y seis, que declaró fundada en parte la demanda; en el proceso ordinario laboral seguido por el demandante, Teodoro Pimentel Huayta, sobre desnaturalización de contratos y otros.

CAUSAL DEL RECURSO

Por resolución de fecha doce de julio de dos mil dieciocho, que corre de fojas sesenta y uno a

sesenta y cinco del cuaderno de casación, se HA declarado procedente el recurso interpuesto por la causal de infracción normativa del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, correspondiendo a esta Sala emitir pronunciamiento al respecto.

CONSIDERANDO

Primero: De la Pretensión demandada Conforme se advierte del escrito de demanda, que corre en fojas ochenta a noventa y cuatro, el accionante pretende la desnaturalización de los contratos suscritos con la entidad demandada; en consecuencia, se declare la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado desde el dos de enero de dos mil once hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil catorce, bajo el régimen laboral de la actividad privada; asimismo, solicita se disponga el pago de ciento dieciséis mil ochocientos veintidós con 48/100 soles (S/ 116,822.48) como beneficios sociales, por los conceptos siguientes: compensación por tiempo de servicios, gratificaciones, vacaciones, asignación familiar, horas extras y remuneración por labores realizadas en días de descanso semanal e indemnización por daños y perjuicios ocasionados por los no aportes a la AFP y Seguro Social de Salud. Segundo: Pronunciamiento de las instancias de mérito El Juez del Juzgado Mixto, Liquidador y Unipersonal de Acomayo de

la Corte Superior de Justicia de Cusco, mediante Sentencia apelada de fecha treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis, declaró fundada la demanda, reconociendo entre las partes la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado bajo el régimen laboral de la actividad privada desde el dos de enero de dos mil once hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil catorce, y ordenaron que la emplazada cumpla con pagar a favor del actor la suma de noventa y siete mil doscientos veintiocho con 17/100 soles (S/ 97,228.17) por concepto de vacaciones, compensación por tiempo de servicios, gratificaciones, asignación familiar, remuneraciones por labores realizadas en días de descanso semanal y horas extras; más intereses legales, sin costas ni costos. Por su parte, el Colegiado de la Primera Sala Especializada Laboral de la referida Corte Superior, confirmó la Sentencia apelada. Tercero: Infracción normativa. Corresponde analizar si el Colegiado Superior al emitir Sentencia, incurre en infracción normativa del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, que establece: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional, 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. (...)". Cuarto: El debido proceso es considerado un derecho humano y a la vez fundamental, además entre los distintos elementos integrantes al derecho del debido proceso, está necesariamente comprendido el derecho a una resolución debidamente motivada. Quinto: En relación a la motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional ha expresado lo siguiente: "(...) 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, sostiene que: "(...) la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios. En tal

sentido, (...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos".¹ Sexto: Que, bajo ese contexto, la causal de la infracción normativa procesal denunciada se configura, entre otros supuestos, en los casos en los que en el desarrollo del proceso, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento o si la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara trasgresión de la normatividad vigente y de los estadios superlativos del procedimiento. Séptimo: Pronunciamiento sobre el caso concreto. Este Supremo Tribunal, advierte que las instancias de mérito han incurrido en grave afectación a la debida motivación de las resoluciones judiciales, por ende, al debido proceso toda vez que ampara las pretensiones de pago de remuneraciones por labores realizadas en días de descanso semanal y horas extras; sin señalar las pruebas o indicios que los lleva a concluir objetivamente que el actor laboró en días de descanso y horas extras, limitándose el juez a señalar que la demandada no aportó prueba que desvirtuó lo sostenido por el demandante, cuando corresponde a esta parte acreditar que laboró en días de descanso y en jornada extraordinaria; por otro lado, las instancias de mérito no analizan si al

demandante le corresponde percibir los conceptos reclamados, ello teniendo en cuenta que desempeña el cargo de guardián en el garaje municipal. Octavo: Conforme a lo antes expuesto, advertidas las omisiones es de concluir que las instancias de mérito han transgredido el derecho al debido proceso, lo cual implica la infracción normativa del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú; razón por la cual, corresponde declarar fundado el recurso de casación, anular la Sentencia impugnada y declarar insubsistente la sentencia apelada, ordenando la emisión de un nuevo pronunciamiento, de conformidad con las directivas emitidas en la presente resolución.

YRIVARREN FALLAQUE,
YAYA ZUMAETA,
TORRES GAMARRA,
MALCA GUAYLUPO.

Por estas consideraciones:

DECISIÓN

Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, Municipalidad Provincial de Acomayo, representada por su procurador público, mediante escrito presentado el tres de agosto de dos mil dieciséis, que corre en fojas doscientos trece a doscientos veintitrés; en consecuencia, **NULA** la Sentencia de Vista contenida en la resolución de fecha dieciocho de julio de dos mil dieciséis, que corre en fojas ciento ochenta y uno a ciento ochenta y ocho; e **INSUBSISTENTE** la Sentencia apelada de fecha treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis, que corre de fojas ciento treinta y cuatro a ciento cuarenta y seis; y **ORDENARON** que el juez de la causa emita nuevo pronunciamiento observando las consideraciones que se desprenden de este pronunciamiento; y **DISPUSIERON** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido por el demandante, Teodoro Pimentel Huayta, sobre desnaturalización de contratos y otros; interviniendo como ponente la señora jueza suprema De La Rosa Bedriñana; y los devolvieron.

SS.

DE LA ROSA BEDRIÑANA,

CASACIÓN LABORAL N° 16221 - 2016 LA LIBERTAD

Desnaturalización de contratos y otros.

SUMILLA: No corresponde declarar la desnaturalización de los contratos suscritos para desempeñar el cargo de profesor universitario contratado, pues, el régimen laboral del docente universitario es especial, y se encuentra regulado por la Ley N° 23733, Ley Universitaria. Asimismo, conforme a la citada ley, solo corresponde el otorgamiento de sesenta días de vacaciones a los docentes ordinarios.

Lima, trece de diciembre de dos mil dieciocho

VISTA

Lla causa número dieciséis mil doscientos veintiuno, guion dos mil dieciséis, guion 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 demandada, Universidad Privada Antenor Orrego-UPAO, mediante escrito de fecha veinticinco de julio de dos mil dieciséis, que corre en fojas quinientos setenta y siete a seiscientos veintitrés, contra la Sentencia de Vista de fecha once de julio de dos mil dieciséis, que corre en fojas quinientos treinta y ocho a quinientos sesenta y siete, que confirmó la Sentencia emitida en primera instancia de fecha treinta y uno de octubre de dos mil trece, que corre en fojas trescientos cuarenta y nueve a trescientos sesenta y uno, que declaró fundada en parte la demanda; en el proceso seguido por la demandante, Julia Otilia Sagastegui Cruz, sobre desnaturalización de contratos y otros.

CAUSALES DEL RECURSO

El recurso de casación ha sido declarado procedente mediante resolución de fecha dieciocho de julio de

dos mil dieciocho, que corre de fojas trescientos cuarenta y cinco a trescientos cuarenta y nueve del cuaderno de casación, por las siguientes causales: i) Infracción normativa por contravención del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, ii) Infracción normativa por aplicación indebida de los artículos 44°, 46°, 47°, inciso f) del artículo 52° y 54° de la Ley Universitaria N° 23733 iii) Infracción normativa por interpretación errónea del artículo 10° y 23° del Decreto Legislativo N° 713 e iv) Infracción normativa por interpretación errónea de los artículos 9°, 30°, inciso b) y 77° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR; correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo al respecto.

CONSIDERANDO

Primero: Antecedentes del caso 1.1.- Pretensión: Según escrito de demanda, que corre en fojas cincuenta y siete a ochenta y seis, la demandante en calidad de heredera legal y como apoderada común solicita la desnaturalización de los contratos modales mediante los cuales se vinculó con la demandada por todo el periodo laborado; asimismo, solicita que se ordene el pago de sus vacaciones anuales y la indemnización, más el pago de

vacaciones no gozadas, pago de vacaciones truncas, el otorgamiento de póliza de seguro de vida; más intereses legales, con costos y costas del proceso. 1.2.- Sentencia de primera instancia: El Tercer Juzgado Especializado de Trabajo de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, mediante sentencia de fecha treinta y uno de octubre de dos mil trece, que corre de fojas trescientos cuarenta y nueve a trescientos sesenta y uno, declaró improcedente la demanda respecto a la pretensión de desnaturalización de contratos modales por el período comprendido del dos de enero de mil novecientos ochenta y ocho al cinco de marzo de mil novecientos noventa y uno, y del seis de marzo de mil novecientos noventa y uno al quince de diciembre de dos mil once, ordenándose a la demandada que cumpla con pagar a favor de la actora la suma de quinientos noventa y ocho mil seiscientos ochenta y ocho con 87/100 Soles (S/ 598,688.87) por concepto de vacaciones, más intereses legales, con costos del proceso, disponiendo además, el otorgamiento de una póliza de seguro de vida de causante. 1.3.- Sentencia de segunda instancia: El Colegiado de la Primera Sala Especializada Laboral de la referida Corte Superior de Justicia, mediante Sentencia de Vista del once de julio de dos mil dieciséis, revocó la sentencia apelada en el extremo que declara fundado el pago de vacaciones no gozadas e indemnización vacacional por el período comprendido entre el siete de mayo de dos mil siete al seis de diciembre de dos mil once; y reformándola declararon improcedente dicho extremo; y modificaron el monto a pagar a favor de la actora por concepto de vacaciones no gozadas e indemnización vacacional, disponiendo el pago por dichos conceptos desde el dos de enero de mil novecientos ochenta y ocho al cinco de mayo de dos mil siete, fijando la suma de cuatrocientos sesenta y nueve mil setecientos once con 01/100 Soles (S/ 469,711.01), y confirmaron los extremos de la sentencia que declaran improcedente la desnaturalización de los contratos modales del dos de enero de mil novecientos ochenta y ocho al cinco de marzo de mil novecientos noventa y uno y del seis de marzo

de mil novecientos noventa y uno al cinco de diciembre de dos mil doce. Fundamentando su decisión en qué; i) no se encuentra acreditado que el causante haya estado sujeto a contratos de trabajo a plazo determinado desde el inicio de la relación, ni tampoco que haya accedido a la condición de profesor ordinario por concurso desde el inicio de su relación laboral, por lo que la naturaleza de la contratación laboral del actor en el período mil novecientos ochenta y ocho hasta que accedió a la condición de profesor ordinario es una a plazo indeterminado; ii) el período vacacional comprendido entre 1988 – 1989 a 1991 – 1992, se debe liquidar conforme al Decreto Legislativo N° 713, otorgando al causante treinta (30) días por descanso físico vacacional (tanto para vacaciones no gozadas como para indemnización vacacional); iii) en relación al periodo 1991 – 1992 a 2011-2012 se debe a razón de sesenta (60) días de vacaciones, así como el pago de indemnización vacacional, ya que en dicho período el fallecido trabajador tenía la condición de profesor ordinario; y iv) respecto al período del seis de mayo de dos mil siete al cinco de diciembre de dos mil once, la demanda deviene en improcedente, puesto que no hubo prestación efectiva de labores, razón por la cual no procede ordenar el pago de remuneración vacacional por el no goce de vacaciones y la correspondiente indemnización. Segundo: La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución que pone fin al proceso, dando lugar a que la parte que se considere afectada pueda interponer su recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa, quedan subsumidos en el mismo las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56° de la anterior Ley Procesal de Trabajo, Ley N° 26636, modificada por el artículo 1° de la Ley N° 27021, relativas a interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, además, incluye otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo. Tercero: De acuerdo al Auto Calificatorio que corre en fojas trescientos cuarenta y cinco a trescientos cuarenta

y nueve del cuadernillo, la presente resolución debe circunscribirse a delimitar en primer término, si se ha infringido el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, relacionado a la observancia del debido proceso, de advertirse la infracción normativa de carácter procesal, corresponderá a esta Suprema Sala declarar fundado el recurso de casación propuesto y la nulidad de la resolución de vista; de conformidad con el artículo 39° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 294971; en sentido contrario, de no presentarse la afectación alegada por la recurrente, esta Sala Suprema procederá a emitir pronunciamiento sobre las causales sustantivas amparadas. Cuarto: Respecto a la infracción normativa del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, debemos decir que la norma establece lo siguiente: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional, 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. (...)”. El debido proceso es considerado un derecho humano y a la vez fundamental, además entre los distintos elementos integrantes al derecho del debido proceso, está necesariamente comprendido el derecho a una resolución debidamente motivada. Quinto: Sobre la debida motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha trece de octubre de dos mil ocho, al resolver el Expediente N° 00728-2008-HC, 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. 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 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 calificadas. Sexto: Del análisis de la recurrida se verifica que la decisión del Tribunal Superior de confirmar la Sentencia apelada que declaró fundada en parte la demanda, se encuentra sustentada con argumentos fácticos y de derecho, encontrándose suficientemente motivada de acuerdo a ley, por lo que la Sentencia impugnada no ha lesionado el contenido esencial de la garantía constitucional del debido proceso; en consecuencia, no ha incurrido en causal de nulidad; cumpliendo con los requisitos que prevé el artículo 121° y los incisos 3) y 4) del artículo 122° Código Procesal Civil, modificados por el artículo 1° de la Ley N° 27524, por tanto la infracción denunciada deviene en infundada. Sétimo: El recurso interpuesto se centra en cuestionar el extremo amparado por la sala superior respecto al pago de vacaciones y la indemnización vacacional, por cuanto según sostiene se otorga la misma conforme lo señala la Ley N° 23733, Ley Universitaria y lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 713, que regula los descansos remunerativos de los trabajadores que se encuentran bajo el régimen de la actividad privada. Así también cuestiona que las instancias de mérito declaren de manera incongruente que hay vínculo laboral a tiempo indeterminado desde mil novecientos ochenta y ocho, no obstante los contratos modales suscritos por dicho período para concluir que la pretensión demandada es improcedente. Octavo: La universidad recurrente señala en su recurso casatorio que al reconocer las instancias de mérito la existencia de un contrato laboral a plazo indeterminado, posibilita indebidamente el ingreso al profesor universitario contratado a la carrera docente por una vía distinta a la fijada en el artículo 46° de la Ley N° 23733, Ley Universitaria, además le otorga una “permanencia”

que el ordenamiento legal, respecto a la docencia universitario, no contempla; asimismo, no se ha tenido en cuenta que los profesores contratados lo son por el plazo máximo de tres años, y luego pueden concursar para su admisión a la carrera docente en condición de ordinarios, en caso que no se hubiera efectuado el concurso, pueden ser renovados por tres años adicionales; en consecuencia, no es posible aplicar a la relación laboral del profesor universitario contratado, la legislación laboral para la actividad privada en forma general. Noveno: El recurso de casación ha sido admitido por infracción normativa consistente en la aplicación indebida de los artículos 44º2, 46º3 y 47º4 de la Ley N° 23733, Ley Universitaria. La universidad recurrente refiere que no existe la posibilidad de que el docente universitario adquiera un derecho que la ley especial no ha establecido, por lo que no puede considerarse la desnaturalización del contrato laboral, menos aún, el contrato de trabajo del docente universitario sea a plazo indeterminado; en ese sentido, señala que el contrato que celebra un profesor universitario es de naturaleza determinada y personalísima, en razón que la labor que cumple se distingue de cualquier otra de carácter común, por este motivo no se exigen las formalidades utilizadas en otra clase de contratación laboral general, por lo que se lesiona el principio de coherencia que corresponde en toda interpretación de la ley, admitir que en materia de ingreso a la docencia universitaria en calidad de ordinario, se da por una vía distinta a la expresamente determinada en el artículo 46º de la Ley N° 23733, pues ésta se realiza vía concurso público de méritos. De las normas señaladas, se puede establecer que estas son comunes tanto de los docentes de las universidades públicas como privadas. Décimo: La Ley N° 23733, Ley Universitaria, es una norma que regula el régimen especial de los docentes universitarios, en el caso de los docentes universitarios de una universidad privada o particular, además de las normas comunes que señala el capítulo V de la mencionada norma, refiere en la segunda parte del artículo 54º que la legislación laboral de la actividad privada

determinará sus derechos y obligaciones; en el caso de la desnaturalización alegada, se debe entender que la remisión a la que cita este artículo, es en caso de aplicar como norma general, el régimen laboral privado para aquellos “derechos y obligaciones” que no tienen un sustento directo en la Ley de la materia (Ley Universitaria), la misma que por su naturaleza especial, tiene preferencia en su aplicación; en ese sentido, la pretendida desnaturalización de los contratos modales (servicio específico y a tiempo parcial), a efecto que los mencionados sean considerados como indeterminados, no resulta posible, pues dicha figura no se encuentra contemplada en la Ley Universitaria, en todo caso, para conseguir el mencionado efecto, se encuentra determinado por el concurso público para acceder a una plaza de profesor universitario ordinario, por lo que la Sala Superior no tuvo presente en este extremo la jerarquía, especialidad y temporalidad de la norma jurídica. Décimo Primero: Conforme a lo expuesto, de acuerdo al segundo y tercer párrafo del artículo 47º de la Ley N° 23733, Ley Universitaria, los profesores contratados lo son por el plazo máximo de tres (3) años, a cuyo término, tienen el derecho a poder concursar a la carrera docente a efecto de ingresar como profesor ordinario, y en caso no hubiera concurso, podrá ser renovado una vez por el mismo plazo; en el caso concreto, se advierte de autos que en proceso judicial N° 00287-2012 (fojas trescientos once a trescientos cuarenta y dos) se determinó la existencia de un vínculo laboral entre el extinto Abundio Sagastegui Alva y la universidad demandada, y conforme se señala en la demanda, el vínculo laboral estuvo sujeto a contratos a plazo fijo (fojas sesenta y dos) por el período comprendido entre el dos de enero de mil novecientos ochenta y ocho hasta el cinco de marzo de mil novecientos noventa y uno, por lo que se infiere que las instancias de mérito han infraccionado las normas denunciadas y precisadas anteladamente, por cuanto no puede reconocerse contrato de trabajo a plazo indeterminado en el caso de docentes universitarios, quienes tendrán esa condición previo concurso público de méritos. En ese sentido,

la causal invocada deviene en fundada. Décimo Segundo: En relación a la infracción normativa por interpretación errónea de los artículos 9°, 30° inciso b) y 77° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, dichas normas no fueron aplicadas por la instancia de mérito, por lo que carece de objeto pronunciarse al respecto. Décimo Tercero: Respecto a la denuncia de infracción normativa por aplicación indebida del inciso f) del artículo 52° y artículo 54° de la Ley Universitaria N° 23733; e interpretación errónea de los artículos 10° y 23° del Decreto Legislativo N° 713. Cabe precisar que la Ley Universitaria, como norma especial aplicable a los profesores universitarios, prescribe en su artículo 54° lo siguiente: “Los profesores de las Universidades privadas se rigen por las disposiciones del Estatuto de la respectiva Universidad, el que establece las normas para su ingreso a la docencia, su evaluación y su promoción. Le son aplicables, además las normas del presente Capítulo con excepción del artículo 52° incisos “e” y “g” y artículo 53°. La legislación laboral de la actividad privada determina los derechos y beneficios de dichos profesores.” (Énfasis es agregado); precisamente, el mencionado artículo 52°, que regula los derechos de los docentes ordinarios, refiere en su inciso f) lo siguiente: “Las vacaciones pagadas de sesenta (60) días al año, sin perjuicio de atender trabajos preparatorios o de rutina universitaria de modo que no afecten el descanso legal ordinario”. Décimo Cuarto: Si bien habría contradicción entre lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 54° de la Ley N° 23733, que implícitamente reconoce el derecho a los dos meses de vacaciones para los profesores de las universidades privadas, y el segundo párrafo del mismo artículo que dispone que los derechos y obligaciones laborales de los docentes de las universidades privadas se rigen por las normas relativas al régimen laboral de la actividad privada; el segundo párrafo del artículo 54° de la Ley N° 23733 no es el único que establece que los profesores de las universidades privadas tienen

los derechos que otorga el régimen laboral de la actividad privada. Décimo Quinto: En efecto, el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 882, Ley de Promoción de la Inversión en la Educación, que entró vigencia el diez de noviembre de mil novecientos noventa y seis, esto es, con posterioridad a la Ley N° 23733, ha establecido de manera determinante que los beneficios laborales de los profesores de las universidades privadas se rigen por las normas de la actividad laboral privada, es decir, esta norma es enfática y explícita al precisar la exclusividad del régimen laboral bajo el cual se otorgan los derechos y beneficios laborales a los docentes de las instituciones educativas particulares por lo que no le corresponde percibir el derecho otorgado por la Ley N° 23733 relativo a los sesenta (60) días de vacaciones anuales a los docentes universitarios de las universidades privadas. Más aún, si la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 882 dispone que: “Las Leyes 23384, 23733, sus ampliatorias, modificatorias y conexas, 26439 y 26549 mantienen su vigencia en lo que no se opongan a la presente ley”; es decir, esta disposición final podría interpretarse válidamente en el sentido de que las disposiciones contrarias al Decreto Legislativo N° 882 han quedado derogadas, y entre ellas podrían ubicarse aquellos beneficios que establece el pago de sesenta (60) días de vacaciones a los profesores de las universidades privadas puesto que sus derechos y beneficios laborales se encuentran en la legislación laboral privada; sin embargo, en materia de vacaciones no es pertinente sustentar dicho beneficio en la Ley de Promoción de la inversión en la Educación. Décimo Sexto: En consecuencia, a los docentes universitarios ordinarios les corresponde gozar de sesenta (60) días de vacaciones. Siendo ello así, teniendo en cuenta que don Abundio Sagastegui Alva fue nombrado como Profesor Principal a Tiempo Completo, a partir del seis de marzo de mil novecientos noventa y uno, según Resolución N° 418 - 91 de fecha veintiocho de agosto de mil novecientos noventa y uno, le corresponde gozar de sesenta (60) días de vacaciones desde el

nombramiento hasta el cinco de mayo de dos mil siete; excluyendo de dicho cálculo los períodos de vacaciones que le fueron otorgados por períodos en los años 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006 que fueron gozadas conforme a las instrumentales de fojas ciento noventa y siete a doscientos diecisiete, deviniendo e improcedente la indemnización vacacional que se pretende, montos que serán liquidados en ejecución de sentencia. Además, por el período del dos de enero de mil novecientos ochenta y ocho hasta el cinco de marzo de mil novecientos noventa y uno, en que tuvo la calidad de contratado, le corresponde reconocer treinta (30) días de vacaciones y la indemnización prevista en el Decreto Legislativo N° 713, conforme lo han determinado las instancias de mérito.

Por estas consideraciones:

FALLO

Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada, Universidad Privada Antenor Orrego-UPAO, mediante escrito de fecha veinticinco de julio de dos mil dieciséis, que corre en fojas quinientos setenta y siete a seiscientos veintitrés; en consecuencia, CASARON la Sentencia de Vista de fecha once de julio de dos mil dieciséis, que corre en fojas quinientos treinta y ocho a quinientos sesenta y siete; y actuando en sede de instancia: CONFIRMARON la Sentencia apelada de fecha treinta y uno de octubre de dos mil trece, que corre en fojas trescientos cuarenta y nueve a trescientos sesenta y uno, en el extremo que declara improcedente la desnaturalización de los contratos por el período comprendido entre el seis de marzo de mil novecientos noventa y uno al quince de diciembre de dos mil once, y el extremo que declara improcedente el pago de vacaciones desde el cinco de mayo de dos mil siete al seis de diciembre de dos mil once; y REVOCARON el extremo que declara improcedente la desnaturalización de contratos por el período comprendido entre el dos de enero de mil novecientos ochenta y ocho al cinco de marzo de mil novecientos noventa y uno (período que laboró

como profesor contratado); REFORMÁNDOLA declararon infundado dicho extremo; y declararon FUNDADO EN PARTE el extremo que ordena el pago de vacaciones e indemnización vacacional; en consecuencia, CONFIRMARON el pago de (30) treinta días de vacaciones por el período laborado del dos de enero de mil novecientos ochenta y ocho al cinco de marzo de mil novecientos noventa y uno (laboró como profesor contratado) más la indemnización prevista en la ley; y de sesenta (60) días de vacaciones desde el seis de marzo de mil novecientos noventa y uno al seis de mayo de dos mil siete (laboró como profesor ordinario), excluyendo de dicho cálculo los períodos de vacaciones que le fueron otorgados y que han sido puntualizados en la presente resolución, debiendo liquidarse en ejecución de sentencia; y REVOCARON el extremo que declara fundado el pago de indemnización vacacional por el período del seis de marzo de mil novecientos noventa y uno al seis de mayo de dos mil siete; y reformándola declararon improcedente; y DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en el proceso seguido por la demandante, Julia Otilia Sagastegui Cruz, sobre desnaturalización de contratos y otros; interviniendo como ponente el señor juez supremo Yrivarren Fallaque; y los devolvieron.

SS.

YRIVARREN FALLAQUE,

TORRES VEGA,

RODRÍGUEZ CHÁVEZ,

TORRES GAMARRA,

CARTOLIN PASTOR.

Negociación colectiva





BANCO RIPLEY PERÚ S.A.

Expediente N° 098-2018-MTPE/2.14-NC

CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO 2018-2019 SUSCRITO POR EL BANCO RIPLEY PERÚ S.A. Y EL SINDICATO UNITARIO DE TRABAJADORES DEL BANCO RIPLEY PERÚ S.A.

En la ciudad de Lima, siendo las 3:00 p.m., día miércoles 08 de agosto de 2018, en las instalaciones de la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos Laborales y Responsabilidad Social Empresarial Laboral de la Dirección General de Trabajo, con la presencia de Fabiola Giudiche Uzátegui, en calidad de Abogada-Conciliadora, se reunieron de una parte el BANCO RIPLEY PERÚ

S.A., representada por los señores: DANIEL KASUGA KOMIYA con DNI N° 07637501 en calidad Gerente de R de Agencias; LUIS JOSÉ JACOBS GÁLVEZ con DNI N° 07252797 en calidad de Su Gerente de Relaciones Laborales; JORGE DÍAZ ANICAMA con DNI N° 09301161 en calidad de Jefe de Cobranzas y NATHALY DAYANE RODRÍGUEZ HUARAZ con DNI N° 43238482 en calidad de Asesora Laboral



Sénior, a quien en adelante se le denominará "LA EMPRESA"; y de la otra parte el SINDICATO UNITARIO DE TRABAJADORES DEL BANCO RIPLEY PERÚ S.A., representado por los señores: CATHERINE IVETTE NALVARTE IZQUIERDO con DNI N° 42999438 en calidad de Secretaria General; JORGE GASPAR ALVARADO BRMEJO con DNI N° 08155246 en calidad de Sub Secretario General; RENZO GARCIA SALAZAR con DNI N° 44804164 en calidad de Secretario de Defensa; NEPTALÍ LARREA PALOMINO con DNI N° 06274318 en calidad de Secretario de Organización y CARLOS CANO ROMERO con DNI N° 09583289 en calidad de Delegado de Bases, asesorados por el abogado MATEO TINCOPA CALLE con Registro C.A.L. N° 18513, a quien en adelante se denominará "EL SINDICATO", quienes han concurrido a la reunión de conciliación programada en la fecha.

Luego de iniciada la diligencia y de las deliberaciones del caso, se deja constancia de los acuerdos arribados por las partes:

Cláusula primera:

Objeto y ámbito de aplicación

Las partes dejan constancia que el presente

Convenio Colectivo se aplicará a todos los afiliados al Sindicato con vínculo laboral vigente a la firma del presente convenio colectivo de trabajo, salvo en el caso del incremento remunerativo, en el que se aplicará la regulación específica contenida en la Cláusula Tercera del presente convenio. EL SINDICATO reconoce que es facultad de LA EMPRESA ejecutar a través de lineamientos y políticas acciones que tengan por finalidad mantener la equidad ínter en las compensaciones entre todos sus trabajadores.

Cláusula segunda:

Vigencia

Las partes acuerdan que el presente convenio colectivo tendrá una vigencia de 2 años desde el 20 de enero de 2018 hasta el 19 de enero de 2020, según lo pactado en cada cláusula.

Cláusula tercera:

Incremento de remuneraciones

El beneficio convenido en la siguiente clausula aplicará a los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio, que se encuentren afiliados y con vínculo laboral vigente a la fecha de suscripción del presente Convenio Colectivo.

LA EMPRESA conviene en otorgar un incremento general de S/. 89 (Ochenta y nueve y 00/100 soles) por el período comprendido entre el 20 de enero de 2018 al 19 de enero de 2019, sobre la remuneración básica mensual (sin considerar comisiones) vigente a enero de 2018.

Asimismo, desde el 20 de enero de 2019, EL BANCO conviene en otorgar un incremento general de S/. 92 (Noventa y dos y 00/100 soles) por el período comprendido entre el 20 de enero de 2019 al 20 de enero de 2020 sobre la remuneración básica mensual (sin considerar comisiones) vigente a enero de 2019.

Los reintegros que correspondan al incremento salarial acordado, así como los que resulten de los cálculos en base al nuevo salario se realizarán en agosto de 2018.

Cláusula cuarta:

Asignación familiar

LA EMPRESA otorgará la asignación familiar, a partir del 20 de enero de 2018, a los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo, ascendiendo este concepto a S/. 100 (Cien y 00/100 soles) mensuales.

Asimismo, LA EMPRESA otorgará la asignación familiar, a partir del 20 de enero del 2019, a los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo, ascendiendo este concepto a S/. 105 (Ciento cinco y 00/100 soles).

Este beneficio se otorgará, en tanto los trabajadores acrediten ante la Gerencia de Gestión de Personas, tener uno o más hijos menores de 18 años o, siendo mayores de edad se encuentran cursando estudios superiores o universitarios. En este último caso, el beneficio se extenderá hasta que los hijos culminen tales estudios, con el tope de 6 años desde el cumplimiento de la mayoría de edad.

Este beneficio se otorgará en forma total, por los montos señalados, sin importar el número de hijos que tenga el trabajador.

Cláusula quinta

Asignación escolar

LA EMPRESA conviene en incrementar el monto de la Asignación Escolar a favor de los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo.

Así, la Asignación Escolar correspondiente al período 2018 ascenderá a S/. 485 (Cuatrocientos ochenta y cinco y 00/100 soles) y la del 2019 ascenderá a S/. 500 (Quinientos y 00/100 soles).

En caso se haya abonado un concepto idéntico o similar en el presente año 2018, se efectuará únicamente el reintegro por el saldo restante, en caso corresponda, en agosto de 2018.

Estos montos se otorgarán en forma única, independientemente del número de hijos que tenga el trabajador.

Para que el trabajador tenga derecho a la Asignación

Escolar, además de encontrarse en ámbito de aplicación del Convenio Colectivo, deberá acreditar tener uno o más hijos entre las edades de tres (3) y dieciocho (18) años, que estén cursando estudios escolares, desde la educación inicial, hasta el quinto de secundaria. Para tal fin, el trabajador deberá presentar a EL BANCO copia simple de la constancia de matrícula del correspondiente periodo, emitida por el Centro Educativo.

Cláusula sexta:

Asignación por movilidad

LA EMPRESA conviene en otorgar el monto de la Asignación por Movilidad a favor de los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo.

La Asignación por Movilidad correspondiente a los periodos 2018 y 2019 ascenderá a S/. 15.00 (Quince y 00/100 Soles) brutos diarios; cada vez que el trabajador se retire de su centro de trabajo hacia su domicilio después de las 23:00 horas, lo que se verificará con el registro de ingresos y salidas.

El abono de este concepto se continuará realizando en la forma en que se efectúa en la actualidad.

Cláusula séptima:

Canasta de navidad

LA EMPRESA, en diciembre del 2018 y de 2019, con ocasión de la celebración de la Navidad, entregará a los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación de Convenio Colectivo un (1) vale para hacer efectivo el canje de un pavo de 10 Kg, un (1) paneton de peso estándar, una (1) tableta de chocolate para taza y una (1) lata de leche, de alguna de las marcas reconocidas en el mercado.

Cláusula octava:

Ayuda especial por fallecimiento

LA EMPRESA conviene en continuar otorgando una Ayuda Especial por Fallecimiento, que por el periodo comprendido entre el 20 de enero de 2018 hasta el 19 de enero de 2020 ascenderá a S/. 4,000 (Cuatro mil y 00/100 Soles), en caso de muerte del trabajador con vínculo laboral vigente a la fecha de deceso y comprendido en el ámbito del Convenio Colectivo. Este concepto será entregado a quienes

acrediten ser la sucesión legal del trabajador fallecido. Además, por el mismo periodo, LA EMPRESA, otorgará una Ayuda Especial por Fallecimiento ascendente a S/. 3,500 (Tres mil quinientos y 00/100 Soles), en caso de muerte de familiares directos del trabajador (cónyuge o conviviente, padres y/o hijos).

Los pagos señalados se realizarán junto con la remuneración correspondiente al mes inmediatamente posterior a aquel en que se produjo el deceso, como máximo.

En caso de muerte de familiar, para efectos de acceder al beneficio, el trabajador debe presentar el Certificado de Defunción (en el plazo de siete (7) días útiles), debiendo regularizar posteriormente con la Partida de Defunción.

Cláusula novena:

Permiso pagado por duelo

LA EMPRESA continuará otorgando a los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo, un permiso sin descuento de remuneraciones en caso de fallecimiento de familiar directo. Se entiende por familiar directo a los indicados en la cláusula superior (cónyuge o conviviente, padres y/o hijos).

El permiso mencionado será de tres (3) días hábiles en caso el deceso ocurra en la ciudad (provincia) de residencia del trabajador y de cinco (5) días hábiles si ocurre en una distinta. El beneficio operará automáticamente, debiendo luego el trabajador presentar la documentación exigida en la cláusula anterior, en los plazos señalados en la misma.

Cláusula décima:

Seguro de vida ley

LA EMPRESA continuará contratando el seguro de vida ley, regulado por el Decreto. Legislativo N° 688 o norma que lo sustituya, a favor de los trabajadores comprendido en el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo, una vez que se cumplan con los cuatro (4) meses de vínculo laboral.

Cláusula undécima:

Fondo de bienestar social

LA EMPRESA otorgará a EL SINDICATO la suma de S/. 20,000 (Veinte mil y/100 Soles) para ser destinados a la constitución de un fondo de libre disponibilidad para atender necesidades de sus afiliados por el periodo comprendido entre el 20 de enero de 2018 hasta el 19 de enero de 2019, y S/. 20,000 (Veinte mil y/100 Soles) por el periodo comprendido entre el 20 de enero de 2019 hasta el 19 de enero de 2020.

La entrega de estas sumas se realizará mediante abono a la cuenta de la organización sindical. Para el caso del primer periodo, la entrega se realizará en no más de 30 días calendario de suscrito el presente convenio colectivo. Y para el segundo periodo, se realizará a más tardar hasta el 30 de marzo del 2019.

Cláusula duodécima:

Becas anuales

LA EMPRESA otorgará entre los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo y durante la vigencia del mismo, cinco (5) becas integrales, tres (3) becas para diplomados, cubriendo el 100% del costo de los estudios, aplicando el beneficio únicamente para carreras técnicas o universitarias, con reconocimiento oficial y una duración de por lo menos dos (2) años, en instituciones nacionales o privadas oficialmente reconocidas.

Asimismo, LA EMPRESA otorgará tres (3) becas para cursos técnicos, en instituciones oficiales reconocidas por el Estado.

LA EMPRESA continuará determinando los requisitos que deben cumplir los trabajadores beneficiarios que serán propuestos por EL SINDICATO, entre los que estarán: el contar con un tiempo de servicios a favor de LA EMPRESA de mínimo dos (2) años ininterrumpidos, una calificación positiva en la evaluación por desempeño inmediatamente anterior y mantener durante el curso una nota mínima de aprobación de todas las materias de 13 sobre 20 o su equivalente.

Cláusula décimo tercera:

Seguro obligatorio contra accidentes de tránsito (SOAT)

A partir de la fecha de suscripción del presente Convenio, LA EMPRESA se o mete a asumir el costo del 80% del SOAT a favor de los trabajadores motorizados del área de Cobranzas, que por la naturaleza de sus obligaciones laborales deban hacer uso de sus vehículos propios y que presten servicios mayoritariamente fuera del centro de trabajo; por el primer año de vigencia de Convenio y 85% en el segundo año de vigencia del Convenio.

Para efectos de cumplir con lo indicado, el trabajador deberá presentar la tarjeta de propiedad del vehículo en la que se le consigne como propietario del mismo, una copia del SOAT adquirido en el que se indiquen los datos del vehículo cuya tarjeta de propiedad ha sido presentado al BANCO, y la boleta de venta que acredite la compra del SOAT.

Sólo está permitida la compra de (2) dos SOAT durante la vigencia del presente convenio colectivo.

Cláusula décimo cuarta:

Ayuda para alquiler del local

LA EMPRESA otorgará a EL SINDICATO una Ayuda para Alquiler de Local ascendente a S/. 17,000 (Diecisiete mil y 00/100 Soles) por el periodo comprendido entre el 20 de enero de 2018 hasta el 19 de enero de 2019, y S/. 17,000 (Diecisiete mil y 00/100 Soles) por el periodo comprendido entre el 20 de enero de 2019 hasta el 19 de enero de 2020.

La entrega de estas sumas se realizará mediante abono a la cuenta de la organización sindical. Para el caso del primer periodo, la entrega se realizará en no más de 30 días calendario de suscrito el presente convenio colectivo. Y para el segundo periodo, se realizará a más tardar hasta el 30 de marzo del 2019.

Cláusula décimo quinta:

Ayuda para celebración navideña

LA EMPRESA otorgará a EL SINDICATO una ayuda para celebración navideña ascendente a S/. 17,000 (Diecisiete mil y 00/100 Soles) por el periodo comprendido entre el 20 de enero de 2018 hasta el 19 de enero de 2019, y S/. 17,000 (Diecisiete mil y 00/100 Soles) por el periodo comprendido entre el 20 de enero de 2019 hasta el 19 de enero de 2020.

La entrega de estas sumas se realizará mediante abono a la cuenta de la organización sindical y se realizará en diciembre de cada año.

Cláusula décimo sexta:

Vitrinas

LA EMPRESA se compromete a mantener las vitrinas a favor de conforme a lo convenido en el Convenio Colectivo 2014-2016.

La décimo séptima:

Créditos a tasa preferencial

A partir de la fecha de suscripción del presente convenio colectivo LA EMPRESA otorgará a los trabajadores bajo el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo, líneas de crédito de súper efectivo (SEF), hasta por S/. 50,000 (Cincuenta Mil y 00/100 Soles), con una tasa preferencial de interés mensual de 0.90%, a pagar durante un plazo máximo de 48 meses. El acceso a los créditos y la tasa preferencial mencionada será ilimitado, encontrándose sujetos a que el trabajador califique para ellos.

El pago de los créditos mencionados se realizará vía descuento de la planilla de remuneraciones siendo que la cuota mensual a descontar no deberá exceder del 35% de la remuneración neta mensual del trabajador. En caso de cese del trabajador (por cualquier motivo), el saldo de la deuda se descontará de la liquidación de beneficios sociales de éste.

La obligada, tendrá la facultad de otorgar préstamos por motivo de salud, emergencia.

Sin perjuicio de lo antes señalado, en casos excepcionales, LA EMPRESA, sin estar entre otros de similar naturaleza, a solicitud del afiliado a EL SINDICATO, previa sustentación del caso específico y aprobación por parte de LA EMPRESA.

Cláusula décimo octava:

Ayuda al sindicato

LA EMPRESA abonará a favor de EL SINDICATO la suma de S/. 260,000.00 (Doscientos sesenta mil y 00/100 Soles) por concepto de Ayuda al Sindicato.

La entrega de esta suma se realizarán en no más de

30 días calendario de suscrito el presente convenio colectivo, a través de abono a la cuenta a nombre de la organizad

Cláusula décimo novena:

Ayuda para mobiliario

EMPRESA otorgará a EL SINDICATO una Ayuda para Mobiliario ascendente a S/. 17,00.00 (Diecisiete mil y 00/100 Soles) por el periodo comprendido entre el 20 de enero de 2018 hasta el 19 de enero de 2019 y de S/. 17,000 (Diecisiete mil y/100 Soles) por el periodo comprendido entre el 20 de enero de 2019 hasta el 19 de enero de 2020.

La entrega de estas sumas se realizará mediante abono a la cuenta de la organización sindical. Para el caso del primer periodo, la entrega se realizará en no más de 30 días calendario de suscrito el presente convenio colectivo. Y para el segundo periodo, se realizará a más tardar hasta el 30 de marzo del 2019.

Cláusula vigésima:

Licencia sindical

LA EMPRESA otorgará una bolsa de 220 días de licencia sindical por cada calendario que serán utilizados por los dirigentes sindicales, de a procedimiento que se ha venido llevando a cabo y conforme a ley.

Cláusula vigésimo primera:

Bono EPS

LA EMPRESA se compromete a pagar un Bono por EPS, equivalente a S/. 12 (Doce y /100 Soles) mensuales. Este beneficio es de carácter remunerativo y se abonará a cada trabajador en la misma oportunidad que la remuneración mensual, a partir del mes siguiente en que el colaborador comunique a LA EMPRESA y presente los documentos que acrediten que se encuentra afiliado al sistema de salud de la EPS, sin importar el plan de salud por el que haya optado el colaborador. Este beneficio se extinguirá en caso el colaborador deje de estar afiliado a la EPS, quedando sin efecto también en el supuesto que LA EMPRESA brinde un beneficio de similar naturaleza a los colaboradores, sin que su origen sea un factor determinante para ello. Disposiciones

específicas sobre este concepto se precisarán a través de las disposiciones internas que emita LA EMPRESA, sin alterar el acuerdo adoptado.

Las partes declaran que, sin perjuicio del compromiso asumido por LA EMPRESA a través de la presente cláusula, esta gestionará el esquema de compensaciones sin generar desigualdades entre los colaboradores.

Cláusula vigésimo segunda:

Declaración

Las partes declaran y reconocen que los únicos derechos y condiciones que rigen entre ellas son los que figuran en el presente Convenio Colectivo. Así, con los acuerdos contenidos en el presente documento las partes dan total y definitivamente solucionado en forma integral el Pliego de Reclamos correspondiente a la presente negociación colectiva, de forma tal que los puntos no incorporados en el Convenio Colectivo de Trabajo, se tienen por retirados de común acuerdo, respetándose los beneficios ya ganados en convenios colectivos anteriores que no se encuentran comprendidos en el presente convenio colectivo.

Clausula vigésimo tercera:

Declaración de principios

Las partes declaran que a raíz de la negociación colectiva que ha derivado en el presente Convenio colectivo de Trabajo, reafirman la solidez de sus relaciones a través de un trato respetuoso, cordial y honesto, en beneficio de las relaciones laborales y de la organización productiva y empresarial de las cuales forman parte. Por ello, establecen el compromiso que su relación se realice en base en seis pilares básicos: la buena fe, el respeto, la colaboración, la comunicación, la razonabilidad y un clima de paz.

Siendo las 6:30 pm, se levanta el presente Convenio Colectivo de Trabajo para los fines que correspondan.



ACTUALIDAD LABORAL

www.actualidadlaboral.com

EDITADO POR:

