



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

Buenas prácticas y recomendaciones internacionales para empresas concienciadas con la desconexión tecnológica de sus empleados

Artículo de Francisco Trujillo Pons

Situación actual del teletrabajo en el Perú y su proyección post Covid-19

Artículo de Edith Yarnold Limón

Las nuevas tendencias, la digitalización del trabajo y la desprotección ante sus nuevas modalidades

Artículo de Marcos Alberto Suclupe Mendoza y André Víctor Farah Salas

Normas Legales

Jurisprudencia

Negociación colectiva

1975



2021

Editada por Elías Mantero Abogados

Edición

510

Diciembre 2020

EDITORIAL

Con esta editorial damos fin a un año muy convulsionado y de grandes desafíos, pues la llegada del SARS-CoV-2 a territorio peruano desnudo las carencias más notorias de nuestro país, las mismas que si bien eran un secreto a voces, nadie se dignaba a evidenciarlas; a pesar de ello, Actualidad Laboral fiel a su compromiso con nuestros lectores y los ideales cultivados por nuestro Director Fundador, Fernando Elías Mantero, mantuvo la pauta en la actualización de la legislación laboral y los cambios que generó la llegada de la pandemia.

Hace muchos años venimos postulando la necesidad de un Código de Trabajo, toda vez que la legislación laboral es un abanico amplio de normas dispersas lo que genera confusión a los trabajadores y empleadores que se ven en una situación de incertidumbre ante tanta legislación que les genera confusión.

Más aún si en época de pandemia se han promulgado más de 198 normas en materia laboral lo cual ha ocasionado la colisión de normas por la mala práctica de emitir normativas populistas en vez de realizar una correcta reforma legislativa, existiendo situaciones en las cuales normas de menor jerarquía buscan modificar normas de mayor jerarquía, siendo necesario la utilización de técnicas interpretativas para un mejor entendimiento.

En relación a lo expuesto en los párrafos anteriores, esta edición cuenta con la valiosa participación del profesor español, Francisco Trujillo; así como de los abogados Edith Yarnold Limón, Marcos Suclupe Mendoza y André Farah Salas.

El profesor Francisco Trujillo colaboró con nuestra revista, en esta oportunidad con un artículo denominado "Buenas prácticas y recomendaciones internacionales para empresas concienciadas con la desconexión tecnológica de sus empleados" en el que desarrolla a profundidad el derecho de la desconexión tecnológica en el mercado laboral español, haciendo una recopilación de buenas prácticas, consejos y recomendaciones para una desconexión digital eficaz y garantista.



Fernando Varela Bohórquez
Director

Asimismo, la abogada Edith Yarnold, ha colaborado en la presente edición con su artículo denominado "Situación actual del Teletrabajo en el Perú y su proyección post Covid-19" realizando un enfoque analítico y crítico del Teletrabajo en el Perú y el futuro del mismo.

Finalmente, los abogados Marcos Suclupe Mendoza y André Farah Salas colaboran con un artículo denominado "Las nuevas tendencias, la digitalización del

trabajo y la desprotección ante sus nuevas modalidades”, realizan un estudio sobre la jurisprudencia en otros países de lo que podría ser una nueva modalidad de trabajo que serían los Riders; así como la situación coyuntural que éstos enfrentan.

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

Hasta la próxima edición.

Diciembre de 2020.

Fernando Varela Bohórquez

Director



INDICE

- 3 Editorial
Por Fernando Varela Bohórquez
- 5 Buenas prácticas y recomendaciones internacionales para empresas concientiadas con la desconexión tecnológica de sus empleados
Artículo de Francisco Trujillo Pons
- 29 Situación actual del teletrabajo en el Perú y su proyección post Covid-19
Artículo de Edith Yarnold Limón
- 41 Las nuevas tendencias, la digitalización del trabajo y la desprotección ante sus nuevas modalidades
Artículo de Marcos Alberto Suclupe Mendoza y André Víctor Farah Salas
- 51 Normas legales
- 58 Jurisprudencia
- 114 Negociación colectiva

Director Fundador

Fernando Elías Mantero

Director

Fernando Varela Bohórquez

Comité Editorial

César Llorente Vilchez

Marcos Suclupe Mendoza

André Farah Salas

Connie Cossio Paucar

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



Buenas prácticas y recomendaciones internacionales para

EMPRESAS CONCIENCIADAS CON LA DESCONEXIÓN TECNOLÓGICA DE SUS EMPLEADOS



Francisco Trujillo Pons

Universidad de Valencia (España). Departamento de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Resumen

Desde el 7 de diciembre de 2018 existe en España un derecho laboral propio de la presente era digital y que supone una garantía para que el trabajador pueda descansar de la tecnología laboral fuera de su horario de trabajo. Son muchos los trabajadores que desarrollan su trabajo en horas libres y reciben *e-mails* o llamadas de trabajo cuando deberían estar descansando y conciliando su vida personal y familiar. Así, con telón de fondo en el uso intensivo de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) se reconoce el derecho del trabajador a la desconexión digital en el ámbito laboral como parte del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales como teléfonos móviles inteligentes (*smartphones*), ordenadores, relojes inteligentes (*smartwatches*), tablets, etc. En términos normativos, el derecho queda regulado primero por medio de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDPGDD), la cual modifica entre otras disposiciones legales, el Estatuto de los Trabajadores, con la inclusión de un nuevo artículo, el 20 bis y, segundo y más reciente por medio del artículo 18 del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (RDLTD). De este modo, las empresas tanto públicas como privadas con independencia de su plantilla tienen para sus trabajadores que presten servicios tanto en centros de trabajo físicos como “en remoto” o a distancia, la obligación de establecer una política interna sobre las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, previa audiencia de los representantes de los trabajadores. Del mismo modo, el legislador hace un llamamiento a la negociación colectiva para que las partes, determinen en los convenios colectivos las distintas modalidades de la desconexión digital. Como se aprecia, es un derecho flexible y autorregulable amoldable a cada puesto de trabajo y sector de actividad. En este contexto el artículo que aquí se presenta recoge buenas prácticas y recomendaciones internacionales para no solo empresas de Perú, sino para otras muchas

de países que están regulando el derecho y empezando a tener conciencia del uso intensivo de las TIC en los trabajos.

1. Introducción

El uso intensivo de las TIC generan altos niveles de estrés y de fatiga informática de ahí la necesidad de que los trabajadores tengan el derecho a desconectar digitalmente y así no estar disponibles una vez termina la jornada laboral, en días de descanso o en periodos vacacionales. Se trata de un derecho que debe ser ejercido con plenas garantías máxime por la potenciación de los trabajos “analógicos” o a distancia derivados de la COVID-19. Pandemia mundial que ha empujado a muchos a realizar su prestación de servicios mediante la modalidad del teletrabajo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. En estos contextos la disponibilidad de los dispositivos electrónicos móviles es cada vez mayor al facilitar la realización del trabajo desde cualquier sitio y en cualquier momento.

Dicho lo anterior es necesario conocer el estado de la cuestión del derecho y, desde una vertiente práctica aclara la efectividad del mismo en las empresas, siempre considerando que se trata de un derecho con una vinculación directa con el descanso y la seguridad y salud en el trabajo. A este fin, se proponen medidas y recomendaciones para trabajadores y las posibles mejoras que pueden virtualizarse en las empresas en aras a que resulte más garantista el ejercicio del derecho laboral. Igualmente, se pondrán de relieve las medidas e instrumentos que están utilizando las empresas en sus protocolos de actuación así como en sus convenios colectivos.

1. La presente era digital y la conectividad constante del trabajador

La normativa laboral ha de ir en paralelo con las nuevas tecnologías emergentes de la presente era digital. El total asentamiento de las “Tecnologías de

la Información y la Comunicación" (TIC) en el trabajo resultan favorables. Según teorías¹ estas tecnologías se crearon para "liberar a las personas del trabajo tedioso, degradante y alienante y les permitirán satisfacer su curiosidad, aprender, disfrutar de la vida y dedicar la mayor parte de su tiempo al ocio y al juego". No obstante lo anterior, en otras circunstancias las TIC pueden ser desfavorables; un uso intenso de las mismas puede difuminar determinados derechos laborales consagrados como el descanso y la seguridad y salud en el trabajo.

Es aquí donde surge en España el derecho a la desconexión digital en el trabajo² a fin de que las TIC no supongan impedimento al descanso del trabajador y éste se garantice desde el marco de su intimidad y conciliación personal y familiar. Regulado por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) como un derecho del trabajador conforme a su artículo 88 y, más recientemente, el derecho ha tenido reflejo en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (RDLTD) en su artículo 18 el cual se limita prácticamente a remitirse a lo ya establecido en el citado artículo 88 de la LOPDGDD.

Tras la aprobación y publicación la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (BOE, 6 de dic. 2018, LOPDGDD) y, con posterioridad del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (BOE, 23 de sept. 2020, RDLTD) las empresas han de ajustarse a ellas desde diversos puntos, siendo uno de ellos, el derecho a la desconexión digital en el trabajo. Dando cumplimiento a los artículos 88 de la LOPDGDD y 18 del RDLTD (precepto destinado a los trabajadores a distancia y que se limita prácticamente a remitirse a lo ya establecido en el art. 88), las empresas

garantizan el tiempo de descanso y el respeto a la intimidad personal y familiar de sus empleados. Se imponen así unas obligaciones a las empresas tanto públicas como privadas (con independencia de su tamaño e igualmente tanto para trabajadores que prestan servicios en centros físicos como analógicos) que se cristalizan en la redacción (dejando que los representantes legales de los trabajadores puedan tener voz y ser escuchados en este procedimiento) de una política interna o protocolo de actuación sobre desconexión digital para asegurar que fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, se respetan a los trabajadores el tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. En adición a los trabajadores, es imprescindible que la política también vaya dirigida a los cargos de mando (con responsabilidades y con trabajadores a su cargo) de la empresa dado que son ellos los que en ocasiones realizan comunicaciones a sus equipos de trabajo.

Las herramientas tecnológicas que se utilizan en el ámbito laboral no han de ir en perjuicio de esta máxima. En este sentido, desde diciembre de 2018 España cuenta con un nuevo derecho digital: el derecho del trabajador a su desconexión digital toda vez ha finalizado su jornada laboral. De este modo, en base al respeto a su intimidad, conciliación personal y familiar y descanso, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, no tiene la obligación de responder a llamadas, correos electrónicos corporativos, ni mensajes de texto. Se trata de un derecho que aunque es novedoso y que aparece por el auge de las TIC tal y como se desarrollará posteriormente se cimenta en normativa ya existente sobre: 1) el derecho al descanso (art. 31³ de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2007 y la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo,

1 Dosi, G. y Virgillito, M. E. (2019).

2 Rodríguez, M.L. y Pérez, D. (2017).

3 Artículo 31 Condiciones de trabajo justas y equitativas

1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad.

2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas.

de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo); 2) el derecho a la seguridad y salud en el trabajo (arts. 13.4 y 19 del Estatuto de los Trabajadores -ET- y arts. 14, 15 y 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales -LPRL-) y 3) el derecho al descanso diario, semanal y anual (arts. 34-38 ET).

La nueva era digital empuja a unas constantes transformaciones tecnológicas en las empresas que alteran el marco de las relaciones laborales. No resulta descabellado afirmar que dichas TIC forman parte del día a día de los trabajadores; no se entiende un trabajo sin el uso de dispositivos digitales como ordenadores, *tablets* o teléfonos móviles. Todos estos dispositivos provocan un incesante intercambio de comunicaciones profesionales. La utilización masiva del uso de correos electrónicos como de servicios de mensajería instantánea a través del móvil (*WhatsApp*) que a su vez permiten el intercambio de mensajes de audio como de programas para reuniones virtuales como *Skype* hasta las más novedosas *Teams* y *Zoom* puede, todo ello, alterar el descanso del trabajador y provocarle una fatiga informática o estrés.

Es un desafío al que se ha de enfrentar el Gobierno en conjunción con los agentes sociales para afianzar el espíritu tuitivo de las disposiciones legales, convencionales o contractuales propias del derecho laboral. En efecto, la digitalización instaurada en el actual marco de las relaciones laborales provoca un uso masivo de las herramientas tecnológicas y una conectividad constante del trabajador que pone en duda un derecho básico y tradicional⁴ del ordenamiento jurídico español: el derecho al descanso. El descanso es consustancial al trabajo y como tal ha de ser respetado en todos los casos. Un trabajador que no descansa puede

sufrir consecuencias muy negativas desde el punto de vista de los riesgos psicosociales. La desconexión digital en este sentido imbrica con la seguridad salud del trabajador. El uso excesivo del ordenador y del *smartphone* puede generar al trabajador altos niveles de estrés tal y como se pondrá de relieve más adelante. A este interés, se ha de añadir que el *smartphone* cuenta con la posibilidad de incorporar cuentas de correo corporativos, lo que añade un plus más a la conocida como "*hiperconectividad*"⁵ y esa sensación urgente y fatigosa que provoca en el trabajador la contestación inmediata y sin esperas de toda comunicación que recibe.

Dicha "*hiperconectividad*" del trabajador puede suponerle perjuicios a su salud mental. En este sentido, riesgos laborales de corte psicosocial como la carga mental, la fatiga informática, el "*tecnoestrés*"⁶ pueden desembocar en la aparición del síndrome del trabajador quemado o burnout que se trata de un estrés crónico que puede derivarse de la incapacidad para desconectar del trabajo. Esta situación puede surgir desde diversos puntos de vista, así existen factores organizacionales entre otros, como: 1) altas cargas y ritmos de trabajo; 2) largas jornadas laborales; 3) percepción de tener que estar disponible en todo momento y en todo lugar; 4) falta de desarrollo profesional; 5) excesiva fragmentación de las tareas, la escasa autonomía y control sobre las tareas; 6) pobre cultura organizativa; 7) soledad por la falta de relaciones interpersonales o 8) conductas de ciberacoso en el trabajo. En definitiva, estos factores pueden afectar negativamente a la salud mental de los trabajadores, causando enfermedades profesionales como el agotamiento físico y mental, el estrés relacionado con el trabajo y la depresión⁷.

A su vez, todos estos factores se han visto potenciados

4 En la segunda mitad del S. XIX surgieron los primeros acercamientos normativos sobre el tiempo de trabajo, significativa fue la Ley Benot (1873) como primera intervención al regular unas limitaciones en la duración de la jornada de las mujeres y niños, empleados en fábricas, oficinas y minas.

5 UGT. (2019) y Domingo, J. y Salvador, N. (2020, 22 de mayo).

6 NTP 730: Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST).

7 Tanto es así que según recientes estudios la depresión es la segunda causa de baja laboral, incapacidad permanente o jubilación anticipada en España. En este sentido, según recoge el Observatorio de Recursos Humanos "La sensibilización de todos los estamentos de la empresa, la flexibilidad organizativa, la promoción de la salud mental y una buena comunicación entre los servicios médicos y asistenciales son aspectos claves para prevenir, diagnosticar y tratar precozmente la depresión en el entorno laboral": ORH (2020).

por la abusiva conexión a dispositivos digitales que parte de la implantación del trabajo a distancia debida a la crisis sanitaria. La pandemia ha dificultado la continuación laboral en centros de trabajo físicos trasladándolos a centros digitales o analógicos donde el uso de las TIC dificulta la ejecución del derecho del trabajador al “*desenganche*” tecnológico.

La salud mental junto a los problemas musculoesqueléticos se trata de uno de los problemas más preocupantes de la población trabajadora y no solo en el presente sino también en el futuro. Emergen en este sentido enfermedades profesionales antes desconocidas y que aparecen tras el auge de las TIC y su uso excesivo por parte del trabajador. El “*tecnoestrés*”, alergia al *Wifi* (por la pionera STSJ Madrid de 6 de julio de 2016, Nº de Recurso: 327/2016⁸) o lesión ocular por desprendimiento de retina tras un uso prolongado de pantallas de ordenador (STS de 21 de junio de 2018, rec. núm. 3144/2016⁹), que puede suceder igual en tablets o teléfonos móviles (Trujillo F. y Toscani, D. 2020).

Las TIC han transformado por completo la manera de trabajar y gestionar los recursos en las empresas: son clave para la optimización de tiempos y para la productividad. Internet forma parte de las oficinas físicas y digitales y es muy usado por los trabajadores y los mandos intermedios para buscar información, para comunicarse o incluso para aprender (la formación *on-line* es muy potente). Como se decía no solo son en oficinas físicas, también a distancia: las empresas también dotan a sus trabajadores de dispositivos portátiles (ordenadores, *smartphones*, *tablets*, etc.) cuando realizan su actividad de forma regular fuera de sus locales. Para poder trabajar, se conectan a los sistemas TIC de sus empresas por medio de redes telemáticas (es común la utilización *VPN*¹⁰, por ejemplo). Esta prestación de servicios puede ser controlada y vigilada por la empresa de ahí que se

registre la actividad para que el tiempo de trabajo sea el pactado y que no se exceda el trabajador en el uso de las TIC en el trabajo. No obstante, en muchas ocasiones se superan las horas de trabajo y se prolongan las jornadas -sin compensación económica ni descanso- por medio de otras comunicaciones vía e-mail o vía mensajes al móvil: es aquí donde el derecho a la desconexión digital se ha de ejercitar para garantizar el descanso del trabajador. Las empresas han de tener una cultura hacia el trabajador y promocionar hábitos saludables para que los trabajadores no sean esclavos digitales. Se debe empezar por una conciencia de la gravedad psicosocial ante la falta de descanso, para posteriormente realizar acciones de formación y de sensibilización hacia el derecho laboral. Si la empresa necesita asignar tareas en tiempos de no conectividad del trabajador por haberse rebasado su jornada de trabajo pactada, estas tareas han de ser retribuidas como horas extraordinarias.

En concordancia con la abusiva utilización de las TIC en el trabajo, según la última encuesta sobre el uso de las TIC y del comercio electrónico en España (año 2019-Primer trimestre de 2020) elaborada por el Instituto Nacional de Estadística (INE, 2020a) para apreciar un resultado que denota esta digitalización: el 64,7% de los empleados en empresas con 10 o más trabajadores usan ordenadores con fines empresariales en el primer trimestre de 2020. Por su parte, más de la mitad (el 57,1%) utiliza ordenadores con conexión a Internet. Según la nota de prensa del INE, De las nuevas tecnologías estudiadas, la más utilizada es el *Internet de las Cosas (IoT)* por sus siglas en inglés: Internet Of Things). En concreto, por un 16,8% de las empresas. Luego, se encuentran los robots industriales o de servicios, usados por un 8,9% de empresas, y el análisis de grandes fuentes de datos (Big Data), por un 8,5%. Más, por sectores, la nueva tecnología más

8 Según la cual se reconoce la incapacidad laboral permanente a un ingeniero de Telecomunicaciones por Electrohipersensibilidad a las ondas Wifi.

9 Reconoce que el uso de las pantallas digitales perjudica la salud ocular, al sentenciar el juez que el desprendimiento de retina sufrido por una administrativa delante de su pantalla es una lesión producida en lugar y tiempo de trabajo.

10 Siglas de “Virtual Private Network” que significa red privada virtual; la utilizan muchas compañías como una tecnología de red de ordenadores que permite una extensión segura de la red de área local sobre una red pública o no controlada como Internet.

utilizada en la Industria son los robots (el 19,3% de las empresas de este sector los usan). Y sin desdeñar los softwares de chatbots que se establecen en muchas empresas españolas y que optimizan las operaciones de comunicaciones con clientes, consumidores y proveedores. En Construcción y Servicios predomina el *Internet de las Cosas (IoT)*, con el 11,8% y 18,4% de las empresas, respectivamente.

Este cambio de paradigma en el uso de la información por los empresarios y trabajadores en la era digital del S. XXI ha dado origen a la conocida como "*sociedad de la información*"¹¹ que afecta no solo a las relaciones laborales sino también al ocio y a las relaciones interpersonales. Al hilo de este nuevo paradigma, en particular, debido al uso constante de los teléfonos móviles también surge la "sociedad de la atención", también conocida como "economía de la atención", en el sentido de que el smartphone absorbe muchísimo tiempo a la persona y le hace adictiva a su amplio contenido¹².

Modos de actuar en la sociedad y en las empresas que indudablemente empujan a un uso sobredimensionado en los dispositivos digitales. El régimen de confinamiento y la posterior vuelta a la "normalidad" debido a la pandemia mundial de la COVID-19 y la preponderancia del trabajo a distancia como en su variante de teletrabajo¹³ ha magnificado la conectividad digital en el uso de los ordenadores (con el constante flujo de información a través de correos electrónicos) y smartphones (por medio de programas de mensajería

instantánea como WhatsApp). Como muestra del uso de los teléfonos digitales existen estadísticas que determinan cómo las personas los desbloquean unas 150 veces al día. Apple señala que se desbloquea el iPhone unas 80 veces; y si es un *Android*, el número aumenta hasta 110¹⁴.

Este derecho laboral surgido en la presente era digital y de reciente incorporación en el ordenamiento jurídico interno adquiere un especial significado en las actuales relaciones laborales porque con él, se limita el uso de las tecnologías y se garantiza todo lo concerniente al tiempo de trabajo (jornada laboral, horarios, fiestas y permisos, así como vacaciones). Una limitación del uso que resulta destacable, dado que las herramientas tecnológicas que están asentadas en las empresas desde hace años, van a tener un auge imparable y se van a potenciar exponencialmente. Y ello dado que las TIC, se actualizan, cambian constantemente debido a la innovación tecnológica, se renuevan y aumentan las posibilidades de entornos laborales conectados. Al hilo de este hecho irrefutable, cabe decir que los ordenadores ya son capaces de realizar tareas que antes solo el ser humano podía hacer; como señala la doctrina¹⁵ el mercado laboral está "en los albores de una Gran Reestructuración pues entramos en la *"segunda parte de la partida de ajedrez"*, es decir, la era en que los procesos obtenidos gracias a las tecnologías digitales van a ser exponenciales como lo sugiere la ley de Moore¹⁶"

Si a lo anterior se añade la actual situación de crisis

11 Montes, J.S. (2011)

12 Como muestra de ello, puede servir el siguiente ejemplo mostrado por la periodista Marta Periano "Te ha llegado un correo, un mensaje, un hechizo, un paquete. Hay un usuario nuevo, una noticia nueva, una herramienta nueva. Alguien ha hecho algo, ha publicado algo, ha subido una foto de algo, ha etiquetado algo. Tienes cinco mensajes, veinte likes, doce comentarios, ocho retuits. Hay tres personas mirando tu perfil, cuatro empresas leyendo tu curriculum, dos altavoces inalámbricos rebajados, tres facturas sin pagar". Massis, D. (2020).

13 En este punto conviene resaltar que no es lo mismo el trabajo a distancia que el teletrabajo. Así, en el trabajo a distancia o a domicilio se ejecuta la prestación de trabajo en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario (ex. art. 13 ET). Mientras que el teletrabajo se trata de una forma de organización o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo que también habría podido realizarse en los locales de la empresa, se ejecuta habitualmente fuera de estos (definición extraída del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito por los interlocutores sociales europeos en julio de 2002 y revisado en 2009). Más, de conformidad con la STS de 11 de abril de 2005 (recurso núm. 143/2005): "no se trata de conceptos coincidentes, porque el teletrabajo puede prestarse en lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio y porque además puede haber formas de teletrabajo en la que exista una vigilancia empresarial (algunas manifestaciones de trabajo online), aunque este elemento del control pudiera ser hoy menos decisivo en orden a la calificación y en cualquier caso las formas de control a través de las tecnologías informáticas no siempre son equiparables a la vigilancia tradicional, que es la que menciona el artículo 13 del ET por referencia a los tipos también tradicionales del trabajo industrial a domicilio".

14 BBC News Mundo (2018).

15 Méda, D. (2019).

16 Según la cual, la capacidad informática se duplica cada dos años. No obstante, según su teoría, esta ley se quedaría obsoleta en torno a 2020.

sanitaria provocada por la presencia de la COVID-19 que ha acarreado una preponderancia en la prestación de servicios a distancia (teletrabajo), más razones para que le legislador español y los agentes sociales se preocupen por una mayor concreción normativa. Sin duda, mediante estas prestaciones de trabajo virtuales, se potencia la utilización de las herramientas tecnológicas, sobre todo la concerniente al uso de los teléfonos móviles inteligentes ("smartphones") que provocan una conectividad constante tanto a través de llamadas telefónicas como de aplicaciones de mensajería instantánea como de correos electrónicos profesionales.

El derecho al "*desenganche*" tecnológico en el ámbito laboral pese a ser de reciente regulación en España (desde el 7 de diciembre 2018), lo cierto es que ha estado presente durante muchos años. Afortunadamente, la irrupción de las innovaciones tecnológicas ha servido para visibilizar de una forma más clara los riesgos laborales a los que se enfrentan los trabajadores al quebrantar el consagrado descanso laboral (descanso entre jornadas, diario y semanal, sin olvidar permisos, festivos y vacaciones). En efecto, como se analizará, el uso cada vez más extenso de las TIC, así como normativas propias de otros países europeos (Francia o Italia) que han regulado el derecho con anterioridad y la transposición de un reglamento comunitario, desembocó a la postre la regulación actual del derecho a permanecer "*desconectado*" del trabajo.

Todas las TIC, en suma, suponen un conjunto de tecnología capaz de gestionar la información y enviarla de un lugar a otro, genera multitud de beneficios y que bien se han ido aprovechando las empresas. Tanto es así que como necesidad para la subsistencia en un entorno globalizado y tecnológico, uno de los actuales retos a los que se enfrentan las empresas es el de la transformación digital. Esta transformación digital que se instaura en el día a día de las empresas no ha de ir en perjuicio del respeto de los descansos legales de los trabajadores. En un futuro muy cercano el derecho a la desconexión digital va a tener una relevancia mundial (muchos países lo están regulando ya y

otros con propuestas muy avanzadas) precisamente porque la transformación digital de las empresas es inmensa; en tiempos de la COVID-19 se potencia más si cabe este uso digital en el trabajo por la falta de actividad en lugares presenciales. Es lógico que este derecho apunta a la dirección de un determinado tipo de sector y de empresas, es decir, aquellas más digitalizadas (que aportan soluciones digitales, como ahora televisiones; ello se verá en más profundidad en el apartado de los convenios colectivos), sin embargo, dicha transformación digital la cual es global y que no atiende a determinados sectores también provoca el paso de trabajos que desde siempre se han prestado en centros físicos a prestarse "*en remoto*".

1. Buenas prácticas, consejos y recomendaciones para una desconexión digital eficaz y garantista

1.1. Medidas adoptadas en el seno de Convenios Colectivos, Acuerdos Colectivos y Políticas Internas en empresas

El legislador español hace una llamada a la negociación colectiva para garantizar y tratar el derecho a la desconexión tecnológica en el trabajo: "*El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática*" (Trujillo F., 2020).

Según el precepto del artículo 88 de la LOPDPGDD, no se concretan las modalidades del ejercicio ni las medidas a adoptar por lo que son las empresas las que, de forma concreta, según su tipo de actividad, sector y puestos de trabajo modulan el derecho. Bien pueden desarrollar protocolos para su regulación, bien, pueden negociar su tratamiento por medio de convenios colectivos. Desde este prisma, los protocolos que tiene el carácter obligatorio a la luz del mandato de la actual normativa, pueden contener buenas prácticas y recomendaciones

para garantizar y favorecer el ejercicio del derecho laboral. Estos protocolos, en todo caso han de ser elaborados por el empleador de forma interna y se han de dirigir a los trabajadores (incluidos los directivos). A efectos de la elaboración de la política interna¹⁷ -redactada dando cumplimiento siempre los mínimos de la normativa laboral y convencional-, se exige al empresario una audiencia previa de la representación legal de los trabajadores; no tiene por qué alcanzar un acuerdo, solamente dar audiencia previa por lo que, deja mucha libertad para su redacción al empresario.

Concerniente a estos protocolos de desconexión digital se pueden citar cuatro posibles visiones que las empresas tienen de los mismos:

1. La visión del comité de dirección: ¿cuánto me va a costar el plan y cuál será el "*Retorno Sobre la Inversión*" (ROI) de la medida? ¿Qué *KPIs* (estos son indicadores clave o medidores de desempeño un proceso) se van a utilizar?
2. La visión de RRHH: cómo integrar el plan de desconexión con la política de dirección estratégica de personas, la cultura y valores corporativos. Avanzar en la senda del "*smart working*".
3. La de los abogados laboristas: no se debe obviar que las buenas prácticas de desconexión digital que vayan más allá de la normativa porque pueden convertirse a la larga en derechos adquiridos para los empleados.
4. La de los empleados: ¿realmente van a dejar de enviar e-mails indiscriminados 24/7 o llamadas fuera de mi horario laboral? ¿va a mejorar mi calidad de vida?

Son éstas (la empresa que consiga conciliar las cuatro será la que obtenga los mejores resultados a medio y largo plazo). La normativa hay que cumplirla (art.

88 LOPDGDD y 18 RDLTD) como no podría ser de otra manera, pero si las empresas apuestan realmente por la conciliación, deben aprovechar el plan de desconexión digital para instaurar una cultura de uso saludable de las TIC en la organización.

Para mayor garantía del derecho al "*desenganche*" tecnológico en el trabajo, estas políticas internas de las empresas han de ser precisas y concretas sobre las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión, sin olvidar la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de las herramientas digitales. Como se ha afirmado con anterioridad, la desconexión digital va hilada con la obligación del registro diario de la jornada (ex art. 34 ET), en consecuencia, también han de tener en cuenta el registro para dar cumplimiento a la obligación de la LOPDPGDD. Profundizando más en las políticas internas, del mismo modo han de precisar los horarios de trabajo, los tiempos de descanso en los que los trabajadores no podrán contestar y las comunicaciones de fuerza mayor a las que de forma excepcional sí tendrán que responder (emergencias, situaciones de grave perjuicio empresarial, etc.). Asimismo, es recomendable que los protocolos aclaren los puestos dotados de dispositivos digitales (añadiendo qué dispositivos son: ordenador -portátil o sobremesa- *smartphone*, *tablet*, etc.) con especial atención a los trabajadores que trabajen con clientes y proveedores internacionales con los que existe diferencia horaria respecto a España evitando así, el conocido como "*asincronismo temporal*".

De este modo, en contraposición al apartado anterior, desde un plano más garantista del derecho es turno de abordar convenios colectivos que recojan buenas prácticas para asegurar la desconexión digital en el trabajo.

Este análisis se comienza con una empresa grande de España: la del grupo Repsol. Empresa que cuenta

17 Para el diseño de las medidas que garanticen este derecho, se aconseja a las empresas que sus departamentos de RRHH cuenten con la participación de los departamentos de prevención de riesgos laborales para identificar efectos y riesgos asociados a la "hiperconectividad" de los trabajadores.

con el IX Acuerdo Marco¹⁸ que, entre las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, se encuentra la relativa a los principios del derecho a la desconexión fuera del tiempo de trabajo (art. 16.9), en el sentido del artículo 88 de la LOPDPGDD respecto a que la modalidad del ejercicio del derecho ha de potenciar la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar. Así, bajo este marco, "(...) la Mesa de Igualdad del Acuerdo Marco analizará en el seno de la empresa esta materia se identificará, en su caso, posibles buenas prácticas y recomendaciones acerca del uso de herramientas digitales de comunicación". Literalidad que, de forma idéntica aparece también en dos convenios colectivos del mismo grupo de empresa: primero, el XIV Convenio colectivo de Repsol Química, SA¹⁹ y segundo; el Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA²⁰ (respectivamente, en sus puntos 43.8 y 36.8). Afortunadamente, la Mesa de Igualdad del Acuerdo Marco de Repsol alcanzó dichas buenas prácticas y recomendaciones, conforme al protocolo firmado entre la empresa y los sindicatos Comisiones Obreras (CCOO), UGT y STR (Sindicato de Trabajadores de Repsol) (CCOO-Industria Repsol, 2019, 28 de noviembre). Según se extrae del protocolo, las partes firmantes del mismo propondrán a la Comisión negociadora del próximo Acuerdo Marco la incorporación del Protocolo al mismo. Asimismo, según recoge, se promoverá su inclusión en los convenios colectivos/pactos de aplicación de las empresas incluidas en su ámbito de aplicación.

De este modo, el protocolo de Repsol que afecta a 17.000 de sus trabajadores en España y que se pretende extender a nivel mundial establece, entre otras medidas, el respeto a los tiempos de descanso diario, semanal, permisos o vacaciones. Siguiendo el

compromiso asumido en su IX Acuerdo Marco, Repsol²¹ "tiene interés en fomentar un uso razonable e impulsar una cultura adecuada sobre la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, reconociendo el derecho a la desconexión digital y promoviendo un ambiente de trabajo adecuado y modalidades de relación laboral consecuentes con este derecho". El fomento del uso razonable y la cultura empresarial que indica, se entiende por medio de la normalización en el uso de las herramientas tecnológicas e, igualmente, en la sensibilización y formación de los trabajadores. Ahora bien, tal y como recoge el protocolo, el ejercicio del derecho puede quedar limitado e inoperativo bajo determinadas circunstancias debidas a la propia actividad de Repsol: se trata de una empresa internacional y, por consiguiente, que cuenta con distintos husos horarios. Igualmente, cuenta con diversidad de sectores y con centros de trabajo y procesos de ciclo ininterrumpido. Así, bajo estas premisas, Repsol, previa audiencia de la parte social firmante del citado Acuerdo Marco, recoge una política interna en materia de desconexión digital. La política, que puede estar sujeta a revisiones en caso de que alguna de las partes legitimadas lo soliciten, incide en la responsabilidad de los trabajadores, y con especial atención al líder como ejemplo de conductas esperadas en esta materia. En efecto, dado que las herramientas tecnológicas permiten una disponibilidad constante tanto horaria como locativa (sin que se contravengan los descansos consagrados en el ET) la predisposición del trabajador a estar siempre pendiente de las TIC es una cuestión a tener muy en cuenta, por lo que, son palabras apropiadas en el protocolo. Y que el líder no sea el primero en escribir o llamar a sus trabajadores.

En concreto, la política interna está compuesta por las

18 Resolución de 19 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol. «BOE» núm. 4, de 4 de enero de 2018, páginas 2270 a 2337. Código de Convenio núm. 90011303011900.

19 Resolución de 12 de junio de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XIV Convenio colectivo de Repsol Química, SA. Visto el texto del XIV Convenio colectivo de la empresa Repsol Química, S.A. (90004411011987). BOE 30 junio 2018.

20 Resolución de 31 de octubre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA. Visto el texto del Convenio colectivo de la empresa Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. (código de convenio 90007651011992). BOE 23 nov. 2018.

21 Resulta digno de mencionar que Repsol, aparte del protocolo analizado, cuenta con un programa de teletrabajo puesto en marcha en 2008 y que cuenta con más de 2.400 teletrabajadores, la mayoría en España.

siguientes pautas y recomendaciones para posibilitar el ejercicio del derecho a la desconexión digital del trabajador fuera de su jornada de trabajo:

- *Se respetarán los tiempos de descanso diario, semanal, permisos o vacacional. Se evitará en la medida de lo posible el envío de comunicaciones profesionales finalizada la jornada laboral del emisor o la de los destinatarios; en el caso de ser necesario el envío, no se debe esperar una respuesta inmediata.*
- *Si concurren circunstancias que requieran la lectura inmediata por parte del interlocutor se le avisará por cualquier otro medio que le permita al destinatario conocer de su envío (llamada telefónica, mensajería instantánea, etc.).*
- *Se evitarán hacer llamadas telefónicas fuera del horario de trabajo del emisor e interlocutor, salvo que concurren circunstancias que lo justifiquen.*
- *En caso de distintos husos horarios, se tratarán de mantener las comunicaciones en los horarios de solape entre las distintas personas o en el momento más próximo posible a dicho solape.*
- *Se hará un uso racional de las herramientas digitales de trabajo que la Compañía pone a disposición del trabajador. Se evitará en la medida de lo posible el uso de estas herramientas fuera del horario de trabajo de cada empleado, salvo que se den circunstancias que lo justifiquen.*
- *Cuando se envíen correos electrónicos fuera del horario de trabajo, se utilizará preferentemente la configuración de envío retardado para hacer llegar los mensajes dentro del horario laboral del destinatario y se promoverá esta práctica dentro de la organización.*
- *Durante las vacaciones, es recomendable indicar*

los datos de contacto de compañeros que están disponibles y puedan atender las cuestiones que se requieran en ausencia de la persona trabajadora, creando mensajes de respuesta automática con el contacto de dichas personas.

Resultan recomendaciones y buenas prácticas muy interesantes que pueden tener reflejo en otras empresas, son de destacar por ejemplo, el envío de correos electrónicos fuera de la jornada de trabajo mediante un sistema de envío retardado (de ese modo el trabajador lo recibe a la primera hora laborable), el solape de personas que se comuniquen en los mismos husos horarios o en el momento más próximo posible a dicho solape y para causas de fuerza mayor donde se puede quebrantar el derecho, el interlocutor del mensaje que requiera con urgencia una lectura inmediata del trabajador utilizará medios más intrusivos que el del correo electrónico, como ahora llamadas o mensajes instantáneos. En los otros casos extralaborales que no se exija inmediatez ni urgencia, se entiende que las comunicaciones se utilizarán siempre por medios menos intrusivos y molestos; no es lo mismo recibir una llamada telefónica a las 21.00 h. donde se está descansando que un correo electrónico que, perfectamente, lo puede leer y dar contestación en la primera hora del siguiente día laborable.

Más, otra empresa que cuenta con convenio colectivo propio y que dispone de un amplio contenido es el del grupo *Orange*²². Merced a su contenido, en su punto 4, aparte de la declaración de intenciones (“*como empresa socialmente responsable*”) muestra una fuerte actitud frente al ejercicio legítimo del derecho a la desconexión digital, de modo que con sus buenas prácticas se posibilite un ejercicio del derecho “*real*”, la empresa, determina que el descanso fuera de los tiempos de servicio se debe disfrutar, así como el desarrollo personal y familiar del trabajador. Es de significar, además, cómo la empresa añade que el derecho a estar desconectado

22 Resolución de 7 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU. Visto el texto del Convenio colectivo de la empresa Orange Espagne, SAU (Código de convenio: 90016692012008) BOE 18 oct. 2019.

garantiza un adecuado descanso, pero con el añadido de que no resulte menoscabo al principio de flexibilidad que potencia la misma. Este matiz es importante, dado que la flexibilidad horaria que otorgan muchas empresas puede ir en perjuicio con la desconexión total del trabajador fuera de su horario laboral; no es de extrañar que reciban comunicaciones debido a esta cultura flexible de la empresa. Determinada, así mismo, la implicación del trabajador en este sentido. Es digno señalar que si el trabajador recibe unos cursos de formación y sensibilización acerca de un uso razonable (sobre todo durante los periodos de permisos o vacaciones) y seguro de las herramientas tecnológicas de la empresa, el trabajador deba no solo adquirir estos conocimientos recibidos, sino aplicarlos; al contrario, podría ser objeto de sanción disciplinaria o incluso despido por no haber actuado de buena fe, al obviar la formación (gratuita) recibida por la empresa. Como medidas que destaca la empresa para promover el derecho, se subraya la relativa a la convocatoria de reuniones, las cuales, deberán ser convocadas preferentemente en horario laboral. Como se ha mencionado en líneas anteriores, las fechas en las que el trabajador se encuentre en permisos o en vacaciones, Orange, a la par que señala que, en estos periodos no hay obligación de responder, insta a que programen "una respuesta automática en la que, indicando su situación y las fechas en las que no estará disponible, designe el correo de contacto para la reasignación del servicio". Además, la empresa exceptúa el ejercicio del derecho y, por ende, su política interna, en supuestos en los que concurran causas de fuerza mayor, circunstancias excepcionales o un posible perjuicio empresarial que precise una respuesta inmediata del trabajador. Finalmente, siguiendo el artículo 88 de la LOPDPGDD no se olvida de los trabajadores que prestan servicios en régimen de teletrabajo, pero con el añadido que "*siempre y cuando no se encuentren en situación de guardia, disponibilidad, reten, o supuestos similares*". Por consiguiente, el contenido de la política de desconexión digital afecta tanto a los trabajadores presenciales como a los teletrabajadores.

Más, la empresa francesa *Leroy Merlin* que a fecha de 23 de junio de 2020, firmó su acuerdo regulador de "*desconexión digital*" junto a junto con los sindicatos CCOO, Feticio, UGT y USO (*Leroy Merlin* y CCOO, 2020) para garantizar el derecho de sus trabajadores en España (según fuentes de la empresa 14.000 trabajadores). El acuerdo alude a la implicación de toda la plantilla de la empresa para la creación de un instrumento que ayude a la conciliación de la vida laboral y personal, mejorando así el clima laboral y optimizando las capacidades de los trabajadores. Los principios que aboga la empresa en su acuerdo versan sobre la ordenación racional del tiempo de trabajo y de un uso estrictamente profesional de redes sociales y designadas por la empresa ("*Workplace*"). Para el acceso a estas redes sociales, la empresa habilitará los medios necesarios para su acceso en la jornada laboral. En ningún caso, será una obligación para el trabajador la creación de perfiles particulares en dichas redes, el acceso a estas redes sociales desde los dispositivos personales y el acceso fuera de la jornada de trabajo. Igualmente, muestra su compromiso a promover y llevar a cabo los principios recogidos en el acuerdo, que implementará además medidas de sensibilización dirigidas a todos sus trabajadores, con el fin de informar sobre los riesgos, desafíos y buenas prácticas relacionados con el uso de las herramientas digitales. Las medidas que recoge para ayudar a la desconexión fuera del horario laboral, se aplican en su totalidad a los trabajadores con independencia de su categoría profesional o nivel jerárquico. Finalmente, otra medida de significar acordada estriba en la limitación de las aplicaciones de mensajería instantánea a la establecida oficialmente como canal de comunicación interna por la empresa, y que serán utilizadas solo durante la jornada laboral y en dispositivos corporativos.

Desde el sector financiero, la tecnología está muy presente por lo que se entiende lógico el mayor tratamiento de este derecho de las empresas que lo integran. En este sentido y siguiendo con empresas importantes del país, en primer lugar, el Banco Santander concreta este derecho. Aparte de manifestar su firme compromiso a

promover una gestión racional del tiempo de trabajo y su aplicación flexible, así como el uso de tecnologías que permitan una mejor organización del trabajo de nuestros profesionales, reconociendo expresamente el derecho de los empleados a la desconexión digital. En efecto, a fecha del acuerdo firmado a fecha de 18 de diciembre de 2019 (Sindicato Financiero Estatal. UGT. FeSMC. 2019) es de significar el siguiente contenido a este respecto: *"se reconoce el derecho de las personas trabajadoras a no atender dispositivos digitales, y a no responder a ninguna comunicación, fuera de la jornada laboral. Con carácter general, las comunicaciones sobre asuntos profesionales se realizarán dentro de la jornada de trabajo. Para una mejor gestión del tiempo se procurará la adopción de las siguientes medidas: Programar respuestas automáticas, durante los periodos de ausencia, evitar las convocatorias de formación, reuniones, videoconferencias, etcétera, fuera de la jornada laboral ordinaria diaria de cada persona trabajadora, convocar las sesiones indicadas con la antelación suficiente para que puedan planificar su jornada, etc."*

En segundo lugar, otro banco destacado, el BBVA 2019, 25 de septiembre- adoptó un acuerdo colectivo sobre el registro de la jornada y la desconexión digital. De su contenido, se destaca, su amplio manifiesto formado por siete puntos. Desgranándolos, se aprecia un compromiso completo del respeto de los tiempos de trabajo para los empleados de BBVA. Tanto es así, que, tras adoptar unas medidas tendentes al registro de jornada, dedica un apartado completo a medidas de desconexión digital. Medidas muy garantistas que hablan del nivel de conciencia de la empresa para sus empleados y que pueden ser tenidas muy en cuenta para otras a fin de concretar al máximo el respeto al derecho a la desconexión digital en el trabajo (horas de comunicaciones, reuniones, etc.).

También, desde el sector financiero destacan las medidas del derecho en CaixaBank que se extraen de su II Plan de Igualdad publicado a fecha de 24 de enero de 2020 (CCOO-CaixaBank. 2020). que reconoce, explícitamente a no contestar fuera del horario laboral.

Más en concreto, detalla el siguiente conjunto de medidas, divididas en comunicaciones, reuniones y formación, buenas prácticas y circuito interno de comunicación.

Cambiando de sector, la empresa sueca Ikea, es otro ejemplo de conciencia hacia el respeto al descanso de los trabajadores fuera de su horario laboral, es decir, a no contestar correos electrónicos o mensajes de móvil fuera de su horario laboral. La empresa, tras el acuerdo (Ikea, 2018) sobre horarios alcanzado con el sindicato mayoritario en el comité intercentros del grupo, Fetico, desde el 1 de septiembre de 2018 establece la desconexión digital en el trabajo prohibiendo que los jefes contacten con trabajadores fuera del horario.

En este recorrido se destaca otro ejemplo paradigmático, el de la empresa Telefónica, la cual, cuenta desde el 28 de enero de 2019 con un Anexo al Acuerdo Marco Internacional que tienen suscrito y en el que se recogen los principios sobre el derecho a la desconexión aplicable a sus operaciones globales. La posición de esta empresa frente a esta cuestión es que la *"tecnología debería mejorar la vida de las personas. Por ello, creemos imprescindible que nuestros trabajadores puedan desconectarse cuando sea necesario y crear hábitos saludables al respecto. Estamos comprometidos a entregar todas las herramientas necesarias para desarrollar su propio sentido de bienestar digital"* (Telefónica. 2018). Según recoge su Anexo, la empresa se *"compromete a impulsar medidas para potenciar el tiempo de descanso una vez finalizada la jornada laboral, reconociendo el derecho a la desconexión digital como elemento fundamental para lograr una mejor ordenación del tiempo de trabajo en aras del respeto de la vida privada y familiar, mejorar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y contribuir a la optimización de la salud laboral del conjunto de las personas trabajadoras"*. No obstante, lo anterior, según aclara *"se deberán respetar los acuerdos que mediante negociación colectiva estén establecidos o se establezcan en el futuro en las distintas empresas pertenecientes al Grupo mercantil TELEFÓNICA en España"*.

Analizando el contenido de su política interna, primeramente, *Telefónica* no limita las TIC, simplemente señala "fuere cual fuere el medio utilizado", lo que es una cuestión ventajosa para el trabajador, pues si se acotaran las TIC cabrían medios alternativos que romperían la desconexión digital. Igualmente aclara qué se entiende por descanso a garantizar por medio de este derecho, así: el periodo que duren sus vacaciones, días de asuntos propios, libranzas, descanso diario y semanal, permisos, incapacidades o excedencias, en los mismos términos, incluido para el personal fuera de convenio. En todos estos casos, los trabajadores deben dejar un mensaje de aviso en su correo electrónico con la mención de "ausente" indicando los datos de la persona que ocupa su lugar, así como, el tiempo estimado en la reincorporación.

La empresa, también llama llaman a la responsabilidad del trabajador a no utilizar los medios tecnológicos aportados por la empresa fuera del horario estipulado por lo que el trabajador de *Telefónica* ha de ser consciente del compromiso de usar adecuadamente tales TIC. Y, sobre todo, pone énfasis en un tipo de trabajador: aquel que tenga responsabilidad sobre un equipo de personas, quien, por su posición especial, debe cumplir de una forma más especial con la política de desconexión. Los trabajadores que dependen de aquél, tienen el derecho a obviar la comunicación hasta el inicio de la siguiente jornada. A continuación, *Telefónica* promueve la conciliación de la vida personal familiar y laboral señalando que todas aquellas reuniones de trabajo como la formación obligatoria se llevarán a cabo dentro de la jornada ordinaria de trabajo con el objetivo de no afectar el tiempo de descanso de los trabajadores. En atención a la formación obligatoria, existe jurisprudencia²³ que aclara que ha de ser recibida durante el tiempo de trabajo efectivo aquella relativa a la prevención de

riesgos laborales y aquella que sea por necesidad de la empresa y vinculada al puesto del trabajador; en el caso que aquí interesa, la desconexión digital encaja perfectamente tanto en un caso como en otro. Ahora bien, pese a que *Telefónica* no lo señala se entiende que, en caso de que la formación sea recibida fuera del tiempo de trabajo, las horas deberán ser compensadas mediante el oportuno descuento en la jornada de trabajo con el abono que corresponda al valor tipo hora convencional. Una futura regulación del derecho, si se virtualiza en la LPRL como derecho a garantizar desde la seguridad y salud en el trabajo, automáticamente pasaría a ser una formación obligatoria.

En su medida quinta, se especifica que no se aplicará el derecho a la desconexión digital en casos de fuerza mayor o que supongan un grave, inminente o evidente perjuicio empresarial que requiera de forma urgente una respuesta inmediata. En estos casos, el trabajador recibirá una llamada fuera de su jornada laboral comunicándole la situación; de este modo, se garantizaría este tiempo de trabajo como hora extraordinaria. Tampoco se aplica el derecho para los trabajadores que perciba un complemento de "disponibilidad" pues en estos casos, tiene la obligación de atender cuantas comunicaciones sean y en el tiempo que sean.

Luego existe una medida que ya se ha analizado con anterioridad en el sentido de que la desconexión digital está configurada como derecho y no como obligación, por lo que cabe tanto que el trabajador conteste pese a estar fuera de su jornada laboral, como también que el comunicante envíe o llame fuera del tiempo de trabajo (en este caso, asume que puede que no reciba respuesta hasta el día hábil posterior). En este plano, si bien es cierto que todo derecho implica el deber de respetarlo, en la génesis del artículo 88 de la LOPDPGDD el legislador

23 SAN (Sala de lo Social), de 23 de diciembre de 2016, N° de Recurso: 313/2016 N° de Resolución: 198/2016 que, en concreto, estima la demanda y declara el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto, a que la formación en materia de prevención, se imparta a cargo de la empresa, sin coste alguno para el trabajador, llevándola a cabo dentro de la jornada laboral. Señala la Sala que, la realización de formación en prevención llevada a cabo por imposición legal o por decisión del empresario, debe efectuarse dentro de la jornada de trabajo o si los cursos se imparten fuera de las horas de trabajo, deben ser compensadas las horas por la empresa mediante el oportuno descuento en la jornada de trabajo, y la empresa debe abonar las horas empleadas al valor tipo hora convenio que corresponda al nivel salarial del trabajador tal y como establece el artículo 73 del convenio colectivo de aplicación

tendría que haber configurado la desconexión digital como una obligación empresarial en el sentido de prohibir prácticas empresariales que vayan en contra del descanso del trabajador²⁴. Por último, una cuestión muy importante que trata es el grupo de trabajo a constituir entre las partes firmantes de la política a fin de seguir y supervisar su contenido.

Siguiendo con las políticas internas que avanzan en la conciliación y en el derecho al descanso de los medios digitales, destaca la empresa *Mapfre* que a fecha 11 de diciembre de 2020 firmó con la representación sindical su "*Política del Derecho a la Desconexión Digital de las Personas Trabajadoras*²⁵", que como pauta general, establece que no se enviarán comunicaciones ni se realizarán llamadas fuera del horario laboral, salvo que existan circunstancias excepcionales y estén justificadas. En todo caso se considerará como horario de respeto al tiempo libre de lunes a jueves, desde las 20.00 horas hasta las 8.00 horas; desde el viernes a las 16:00 horas hasta las 08:00 horas del lunes, y los festivos durante todo el día. En ese periodo y para situaciones excepcionales lo que se recomienda es el uso del teléfono como primera opción. Lógicamente, según señala el comunicado "*estos límites no se aplican a personas cuyas funciones se desarrollen en festivos o en horarios especiales, en cuyo caso se evitará el envío de comunicaciones una vez finalizada la jornada laboral y antes del inicio de la siguiente jornada*" (MAPFRE, 2020).

En este mismo sentido, la política interna recalca la evitación de envío de correos y llamadas cuando una persona está disfrutando de un permiso o vacaciones. En este sentido, recomienda activar el aviso de fuera de la oficina indicando los datos de contacto de las personas que estén disponibles. Luego, en casos de que exista un grave, inminente y evidente perjuicio empresarial y se necesite una respuesta inmediata,

lógicamente estas medidas quedarán sin efecto hasta que se resuelva la situación que lo ha provocado.

Para garantizar el efectivo descanso, adopta una medida clave para que las reuniones no rompan el derecho a la desconexión digital. Así, según la política, se recomienda planificarlas al menos con 24 horas de antelación y se convocarán a partir de las 8.30 horas y hasta las 18.00 horas, de lunes a jueves, y hasta las 14.00 horas, los viernes. En casos excepcionales, de lunes a jueves podrán convocarse hasta las 19.00 horas.

Finalmente, el Grupo BME (Bolsa de Mercados Españoles), con objeto de dar efectivo cumplimiento a las obligaciones contenidas en la normativa laboral negoció el pasado mes de noviembre de 2020 la Política de Desconexión Digital con sus representantes legales de los trabajadores. A la luz de su contenido las nueve medidas parecen efectivas para garantizar el descanso de sus trabajadores, destacando la comisión de seguimiento creada a fin de una mejora continua de la política de desconexión digital.

Como se ha podido comprobar, si bien es cierto que hay que ir al contenido para comprobar si como una suerte de declaración de intenciones se remiten a la normativa (LOPDGDD) o bien son cláusulas garantistas y concretas, es positivo que muchas empresas tengan la intención de proteger a sus trabajadores y que les garanticen el tiempo libre de los trabajadores y que estos puedan descansar y disfrutar tanto de sus permisos como de sus vacaciones de manera íntima y personal. Aun así, queda mucho trabajo por hacer, pues hay que ir a la práctica real del cumplimiento del derecho (una cosa es que se establezca por convenio y otra que se cumpla) y conseguir que los empresarios reconozcan que es un verdadero derecho de los trabajadores y que este tiene que ser respetado y garantizado por medio de normas convencionales.

24 En este sentido: "Si se configura como un derecho del trabajador, es decir, si exige al trabajador de la obligación de responder, proporcionaría una garantía menor que no impediría que muchas veces los trabajadores se sientan obligados a contestar para preservar su relación laboral", Lahera Forteza, J. (2019).

25 Cuenta de tres apartados: 1) nuevas formas de trabajo y desconexión digital; 2) desconexión digital en MAPFRE y; 3) Acciones de sensibilización a la plantilla.

Para llegar a este extremo, las partes legitimadas para negociar los convenios colectivos (patronal y sindicatos) y, que a la postre, redacten una política interna pueden tomar en consideración, alguna de las siguientes medidas (Pareja Frade, C. 2017, 29 de noviembre) que propician el respeto al derecho a la desconexión digital de los trabajadores y de las cuales, ya han tenido cabida, en algunos convenios colectivos conforme se ha analizado:

- El cierre automático de los servidores de correo electrónico desde que termina la jornada laboral hasta que vuelve a comenzar.
- El establecimiento de periodos horarios en los que queda prohibido el envío de correos electrónicos profesionales entre empleados.
- Recoger una nota recordatoria del derecho a la desconexión digital de los trabajadores.
- Concienciación de los empleados en la reducción de envíos de correos electrónicos.
- Promover la comunicación directa entre los empleados.
- Evitar enviar correos con personas incluidas en copia las cuales no están directamente relacionadas con el tema que trata el correo.

Del mismo modo, yendo a una vertiente más tecnológicamente avanzada, existen empresas especializadas que aportan a clientes soluciones avanzadas de "conectividad remota" a través de una serie de herramientas que permiten la garantía del derecho laboral (limitando las horas de trabajo²⁶) y que cuentan con multitud de opciones. Un ejemplo de estas empresas es *Aruba*²⁷ que por medio de su propuesta "Oficina en Casa" ofrece una serie de funcionalidades²⁸ y, asimismo, aplicar diferentes políticas según el perfil de cada empleado. Estas funcionalidades son las

siguientes:

- *"Posibilidad de poder definir el horario en el que la red Wifi corporativa va a estar disponible para que los dispositivos corporativos se conecten a la red Wireless radiada por el punto de acceso corporativo y se disponga de conectividad con los servicios internos. Fuera del horario definido el Wifi no estará disponible y, por tanto, se va a poder asegurar que el empleado no va a estar trabajando."*
- *Mostrar avisos a los empleados con diferentes mensajes para que éstos sean conscientes del tiempo que llevan trabajando o de la hora del día que es, y de esta forma asegurar son ellos los que deciden como distribuir su tiempo de trabajo durante el día y asegurar que disponen de mayor flexibilidad horaria con el teletrabajo. Estos mensajes se muestran a través de páginas web a las que se redirige a los empleados".*

Como continúa señalando su Guía "estas dos funcionalidades no son excluyentes entre ellas, con lo que se pueden aplicar ambas y de esta forma adaptarse a la política que quiera aplicar la compañía en cada caso".

Medidas todas ellas de gran utilidad, como las buenas prácticas y recomendaciones que se adoptan, por ejemplo, en empresas como *Orange* o *Telefónica* o, incluso subcontratar servicios de empresas expertas en soluciones de conectividad remota como *Aruba*. Ahora bien, es de significar que la mayoría de las empresas la jornada laboral no es la misma para todos los empleados, por lo tanto, quizás no es lo más conveniente cerrar el servidor de correo de la empresa ya que las personas que siguen en su jornada laboral verían dificultado en gran medida su trabajo. Máxime cuando el derecho a la desconexión digital no prohíbe al trabajador contestar correos; lo puede hacer sí,

26 Se pueden definir diferentes horarios dependiendo del perfil de cada trabajador para adecuarse lo mejor posible a las necesidades de cada uno.

27 Empresa perteneciente a Hewlett Packard que dispone de una Guía que aporta soluciones de conectividad remota: *Aruba*. (2020).

28 A su vez, permiten combinar la desconexión digital con la flexibilidad horaria para teletrabajadores).

objetivamente, así lo considera conveniente.

Por otra parte, en cuanto al teléfono móvil profesional, podría prescindirse de él a no ser que el empleado trabaje fuera de su oficina habitualmente, por ejemplo, como es el caso de los comerciales. En lugar de tener un teléfono móvil o un *smartphone* se tendría solamente el teléfono fijo de la oficina, de forma que resultase imposible que el trabajador reciba llamadas, mensajes o correos y que trabaje fuera de su horario laboral, puesto que no tendrá su dispositivo. En casos de extrema necesidad de contactar con el trabajador se entiende que se puede contactar con él en su teléfono móvil personal, pero no por sistema; el hecho de tener que llamar al teléfono personal de un trabajador cortaría en cierta manera a sus compañeros y superiores y se realizarían menos llamadas.

Respecto a promover la comunicación directa entre los empleados, ayudaría en gran medida a evitar correos o llamadas profesionales fuera del trabajo (los sistemas instaurados en las empresas deben ser automáticos de tal forma que inhabiliten los correos y demás plataformas fuera del horario del trabajador), sin embargo, la comunicación directa consume mucho más tiempo durante la jornada que los correos electrónicos. Esto se debe a que la gente tiende a alargarse cuando se encuentra cara a cara, y que haya un descenso en la productividad tampoco ayuda a la desconexión puesto que si el trabajo no se finaliza habrá que alargar la jornada para finalizarlo. Por otra parte, en esta línea de la comunicación directa, en ocasiones se olvida lo que a uno le dicen cara a cara, en cambio teniéndolo escrito en un correo electrónico es más fácil recordarlo o marcarlo como pendiente para completar la tarea más tarde. Medidas en definitiva a considerar, pero siempre aclarando todos los extremos posibles.

En definitiva, todos los empleados en su máxima

expresión: ya sean de empresas públicas como privadas y que prestan sus servicios en los centros de trabajo físicos de las mismas, como desde el hogar familiar o por motivos de desplazamientos) tienen, desde esta vertiente tecnológica, el derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. De tal forma que el derecho abarca desde el instante en que el trabajador finaliza su jornada laboral hasta que vuelve a iniciar la siguiente (incluyendo las vacaciones, los días de asuntos propios o los permisos de paternidad y maternidad²⁹, entre otros) (Trujillo Pons, F. 2020b – p. 14).

Ahora bien, lo cierto es que a pesar del tiempo transcurrido desde que entró en vigor esta Ley, son pocas las empresas (y pocos los convenios y acuerdos) que han hecho sus “*deberes*” en materia de políticas o protocolos de desconexión digital.

Como sucede con el teletrabajo (y desde luego, no es deseable abordar de manera desligada la desconexión digital), desde la óptica de la dirección estratégica de personas, hay que abordar la cuestión de la desconexión digital como una oportunidad perfecta de avanzar en una política corporativa que potencie una cultura saludable del uso de las nuevas tecnologías.

La obligación de negociar e implantar un protocolo de desconexión digital debería abordarse, más allá de cumplir con lo dispuesto en la normativa, como un punto de inflexión, es decir, plantearse: ¿existe en nuestra organización una cultura y uso adecuado de las TIC?

Y a partir de ahí, de ese análisis previo de replantearse hasta qué punto estamos o no “hiperconectados” y cómo puede afectar e impactar esto en la salud de los

29 A propósito del permiso por paternidad, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación., incluye la ampliación del permiso por paternidad. El Ejecutivo amplía a ocho semanas el permiso de paternidad en 2019, a 12 en 2020 y a 16 en 2021, equiparándolo así al de maternidad y alcanzando en tres años la media de los países de la UE. Luego, a partir del 1 de enero de 2021, los padres o madres no biológicas podrán disfrutar de 12 semanas de permiso, cuatro más que las ocho que se empezaron a aplicar en abril del 2019.

empleados y directivos de la organización, avanzar en buenas prácticas de desconexión digital, como sucedió en muchas empresas en Francia tras la entrada en vigor de la Loi Travail (también conocida como Loi “*El Khomri*”).

1.2. Recopilatorio de medidas empresariales

Cada empresa y sus representantes legales de los trabajadores han de valorar qué prácticas pueden ser las más adecuadas en función de su cultura y valores corporativos y, por supuesto, cumpliendo lo establecido en Convenio Colectivo y/o en el pacto o acuerdo al que se haya llegado con los representantes de los trabajadores.

Asimismo, la empresa deberá contemplar y gestionar adecuadamente aquellos supuestos donde sea imperativo formalizar el acuerdo de trabajo a distancia, conforme a lo establecido en el **RDLTD**.

En materia de formación, un punto muy interesante es la formación de los trabajadores sobre el correcto uso de las TIC. Por ejemplo, sobre el uso razonable de los medios digitales haciendo especial hincapié en la posible aparición de la fatiga informática. También es recomendable una formación sobre determinadas tecnologías que utilice cada empresa para comunicaciones o reuniones con sus empleados y evitar el choque generacional con el uso de las TIC (Trujillo Pons, F. 2020b – p. 31).

Incluso es recomendable la contratación de servicios que proporcionan empresas tecnológicas creadoras de aplicaciones para ayudar a la desconexión digital. Por ejemplo, después de la normativa que obliga a las empresas a registrar la jornada laboral, han surgido muchas empresas que cuentan con aplicaciones móvil para el registro de la jornada laboral (*Fuifi* o *Woffu*). De este modo, con estas aplicaciones disponibles en los dispositivos digitales de los trabajadores, las empresas pueden dar cumplimiento al nuevo sistema de “registro de jornada laboral”, adaptado al Real Decreto-ley 8/2019 de 8 de marzo 2019 y, también al ejercicio de la desconexión digital. Concerniente a estas

empresas especializadas en tecnologías dedicadas a proporcionar apoyo, medidas muy recomendables pueden ser: 1) el establecimiento de una tecnología capaz de medir el volumen de correos electrónicos que un trabajador durante una jornada de 8 horas pudiera soportar para así, bloquear cuando sobrepasase este límite la entrada de e-mails a la bandeja de entrada; 2) posibilidad de hacer el registro horario desde la misma aplicación móvil donde se gestionen las vacaciones, las presencias y ausencias y el control. Con estas medidas, la empresa y el trabajador contaría con informes que reflejan en detalle las jornadas laborales, así como la detección de retrasos o excesos. De aparecer muchos excesos, la empresa debería preocuparse por la falta de desconexión y adoptar medidas laborales -quizás más severas- de inmediato para garantizar el efectivo descansos de sus empleados.

Por supuesto, a la hora de contratar estos servicios así como de desarrollar el protocolo y/o plantearse adoptar nuevas medidas de desconexión digital, hay que tener en cuenta el tipo de puesto o perfil y también cuál es la cultura corporativa en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Y al final, como sucede con el teletrabajo y/o con los planes o medidas de conciliación, el estilo de liderazgo es crítico. Por eso, a la hora de abordar el protocolo de desconexión digital, la empresa tiene que asegurarse de que los mandos intermedios y/o superiores comparten y cumplen el protocolo.

Es más, lo ideal para que las políticas y medidas de desconexión digital “calen” realmente en la organización es conseguir que los mandos intermedios y/o superiores prediquen con el ejemplo y se conviertan en prescriptores de las medidas.

Así, aparte, por supuesto, de lo que pueda establecerse en el marco de la negociación colectiva o en el acuerdo con los representantes de los trabajadores, aquí recopilamos una serie de recomendaciones empresariales en materia de desconexión digital laboral.

Desde el punto de vista estrictamente legal (normativa y jurisprudencia), la empresa debe valorar que estas prácticas, si se mantiene su uso a lo largo del tiempo, podrían acabar convirtiéndose en derechos adquiridos (condición más beneficiosa) para los empleados.

Desde el punto de vista de dirección estratégica de personas, cada organización deberá valorar, en función de sus circunstancias y, en especial, de su cultura y valores corporativos, cuáles son las que mejor se alinean y encajan con dichos valores.

Si en la compañía no hay experiencia en materia de buenas prácticas de desconexión digital o aún no se ha elaborado el protocolo, es aconsejable comenzar realizando alguna de estas buenas prácticas a modo de prueba piloto, realizar una valoración y, en función de los resultados, seguir ampliando estas prácticas.

Además, lo deseable sería que se cuente con la valoración y opinión del Departamento de Prevención de Riesgos Laborales (PRL) o quien asuma esta función en la empresa, ya que hay que tener en cuenta que, en realidad, el tema de la desconexión digital está íntimamente relacionado con la salud (por ejemplo, evitar el síndrome del *burnout*, cuadros de estrés y ansiedad provocados por la falta de desconexión...).

- **Ejemplos de medidas adoptadas en empresas francesas y alemanas antes de la Ley Khomri**

Entrando en el recopilatorio de recomendaciones empresariales, conviene señalar que el legislador francés, en la exposición de motivos de la citada "*Ley Khomri*" señala una serie de ejemplos para contextualizar la idoneidad de la desconexión digital en el trabajo. Así, según recoge su texto³⁰, en 2012, en Francia, la empresa Renault acordó que sus empleados no estaban obligados a contestar los correos electrónicos profesionales que les llegasen por la tarde-noche, se entiende que una vez terminada la jornada laboral, y durante los fines de semana. Un año

después, también en Francia, se dieron varios casos. En primer lugar, la empresa bancaria *BNP Paribas*, establece un acuerdo colectivo mediante el cual se proporcionan unos intervalos de tiempo durante los cuales los empleados no están obligados a responder los correos electrónicos y por ello no se asegura que vaya a haber una respuesta inmediata. Se entiende que estos intervalos se corresponden con las horas no laborales de los trabajadores. En este mismo año y lugar, la empresa Total firma un acuerdo que establece que el uso de las *TIC* profesionales son de uso en horario laboral y no existe obligación de hacer uso de ellas fuera de este mismo. Por último, el caso de la empresa *Thales*, quienes establecieron un acuerdo de teletrabajo que permite al trabajador estar desconectado durante las horas que su lugar de trabajo permanezca cerrado o durante las horas de fuera de su jornada laboral; y advierte a los gerentes de que no envíen correos durante ese periodo de tiempo.

Siguiendo en el país galo, en 2014, la empresa de la industria del petróleo *CCN*, en un acuerdo sobre el salario mínimo incluyó una definición del derecho a la desconexión, afirmando que sus trabajadores no están obligados a estar conectados al servicio de la empresa fuera de las horas de trabajo. En diciembre de ese mismo año este acuerdo se extendió a los hoteles, restaurantes y cafés pertenecientes a *CCN*, estableciendo que es obligación de los gerentes recordar a los empleados que no deberían, a priori, utilizar los dispositivos electrónicos (móvil y ordenador) que la empresa les ha cedido, en sus periodos de descanso.

Por su parte, Alemania, que no cuenta con legislación propia como sí lo hacen Francia y España, pero ya son muchas las grandes compañías que se han encargado activamente de limitar la cantidad de conexión que tienen sus empleados cuando no están en el trabajo. Reconocen que la sobreestimulación digital puede tener consecuencias negativas en la capacidad de concentración, afectar a la vida laboral y también

30 Disponible para su lectura (en francés): <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032983213&categorieLien=id> [Consulta a 4 junio 2020].

a la personal, provocando falta de motivación y disminuyendo los niveles de productividad. En efecto, importantes empresas alemanas como *Volkswagen*, *Mercedes-Benz* o *Daimler* fueron pioneras en el tratamiento del derecho laboral al incorporar una serie de medidas en sus convenios colectivos. Esta vertiente ha sido analizada por doctrina³¹ y de cuyos ejemplos de buenas prácticas y recomendaciones, pueden ser perfectamente mimetizadas en acuerdos colectivos de empresas españolas.

Otra empresa automovilística Porsche, protege a sus empleados de correos electrónicos "*fuera de hora*", con el fin de que los mensajes no mermen la utopía de la desconexión digital. De tal forma que sus empleados no tienen por qué recibir correos electrónicos fuera del horario laboral de lunes a viernes y tampoco los fines de semana. En 2011, en el mismo país, por su parte, el grupo automovilístico *Volkswagen* negoció un acuerdo que establecía que los empleados de la compañía no debían atender sus teléfonos del trabajo entre la hora oficial de salida del trabajo y la hora oficial de entrada, es decir, entre las 18:15 y las 7:00, y los fines de semana. Si bien es cierto, a pesar de que se trata de una compañía multinacional esta medida únicamente se aplica en Alemania, lugar de origen de la compañía. Igualmente es notable el caso de la empresa automovilística *Daimler Benz*, que dio la oportunidad a 100.000 de sus trabajadores a participar en un programa piloto llamado

Mail on Holiday. Mediante este programa, cuando les enviaban un correo electrónico estando de vacaciones, la aplicación reenviaba automáticamente otro correo al emisor indicándole que la persona con la que se quería poner en contacto estaba de vacaciones y remitiéndole a otras personas que podrían ayudarle. De igual modo, la aplicación borraba los mensajes de la bandeja de entrada de la persona que se encontraba de vacaciones para evitar la sobrecarga a la vuelta de las mismas. Al hilo de este caso concreto, resulta necesario recalcar que el hecho de programar la aplicación de correo electrónico para que redirija a quien envíe un *e-mail*, mientras un trabajador encuentra de vacaciones a otro compañero es algo habitual y ayuda a no sobrecargar al trabajador en estos períodos de descanso. Ahora bien, estos correos electrónicos se mantienen en la bandeja de entrada y puede resultar, a la reincorporación, molesto por tener que dar respuesta a muchos mensajes. Y ello, sin olvidar que es posible que el trabajador en estos periodos no acabe por desconectar pues, como es sabido, actualmente se llevan las cuentas de correo corporativo en el smartphone y siempre le puede llegar una notificación cuando le envíen un correo (en estos casos se recomienda desconectar en su totalidad y evitar acceder al correo incorporado en el móvil para conseguir que el descanso sea efectivo).

Elaboración de una guía sobre el uso adecuado de las herramientas digitales

31 Mella, L. (2016) y Reche, N. (2019). De este último trabajo (págs. 40-41), por su interés, resulta conveniente citar algunas de estas medidas de empresas tan importantes a nivel internacional y de las que muchas, cuentan con sedes en España: "(...) - Volkswagen: desde 2011 la empresa tiene implantado un sistema que desconecta sus servidores de comunicación de los teléfonos móviles profesionales de sus empleados entre las 18.15 horas y las 7 de la mañana del día siguiente. - Acuerdo colectivo de carácter sectorial celebrado entre las patronales Syntec y Cinov y los sindicatos CFDT y CFE-CGC: firmado en Francia en 2014, en él se establece el derecho y la obligación de los trabajadores de desconectarse de las herramientas de comunicación a distancia, alcanzándose acuerdos similares en otros sectores de actividad.- Mercedes-Benz: la empresa, desde 2016, ofrece a sus trabajadores acogerse al sistema mail on holiday, por medio del cual los correos enviados a trabajadores que se encuentran de vacaciones son automáticamente redirigidos a otros contactos disponibles dentro de la empresa, evitando así que lleguen a sus destinatarios durante las fechas en que se encuentran de vacaciones, así como la sobrecarga de mensajes que suele seguir a tales períodos. - Orange: en 2016 la empresa llegó a un acuerdo con los trabajadores para establecer tiempos de no utilización de su mensajería electrónica, en particular, durante las reuniones para facilitar la concentración. - Michelin: limita las conexiones de los directivos que viajan entre las 9 de la noche y las 7 de la mañana, y durante todo el fin de semana. En 2016 la empresa establece un control de las conexiones a distancia mediante un sistema de alertas, de manera que envía un aviso a aquellos trabajadores que realicen más de cinco conexiones laborales fuera de su horario, advirtiéndoles de la necesidad de desconectar. - IBM: deja de controlar los días de vacaciones de los trabajadores, argumentando que así estos pueden organizar libremente su ocio y su trabajo. - Daimler: la empresa permite a sus trabajadores acogerse a un sistema que elimina los correos electrónicos que se les envían mientras que están de vacaciones, recibiendo los remitentes un mensaje en el que se informa de la ausencia, derivándolos a otras personas o bien volviendo a enviar el correo cuando el trabajador se haya incorporado a su puesto. - Axa: en 2017 el convenio colectivo de la empresa recoge el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo, salvo causas de fuerza mayor o excepcionales, así como no atender a las llamadas en su teléfono móvil corporativo una vez haya terminado su jornada. - Acuerdo de homologación de las condiciones sociales y laborales entre la plantilla de Santander, Popular y Pastor: reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a emails o mensajes profesionales fuera de sus horarios de trabajo, ni durante los tiempos de descanso, permisos, licencias o vacaciones, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales. - Ikea: en 2018 introduce el derecho de los trabajadores a no responder comunicaciones por cualquier canal (correo electrónico, teléfono, WhatsApp, redes sociales, etcétera). Esto supone la obligación de los directivos de respetar ese derecho a la desconexión, imposibilitándoles enviar comunicaciones a sus trabajadores fuera del horario laboral. - LG U+: este operador de telefonía de Corea del Sur prohíbe a los gerentes que envíen mensajes a sus empleados después de las 8pm, bajo riesgo de sanciones disciplinarias (...)".

Se trata de explicar en una guía (o protocolo) en qué consiste exactamente el derecho a la desconexión digital, cómo se respeta y desarrolla este derecho en la empresa, buenas prácticas de desconexión digital...

Evidentemente, a la hora de elaborar la guía hay que tener presente el acuerdo al que se haya llegado al respecto (si es el caso) con los representantes de los trabajadores, así como lo que pueda disponer el Convenio Colectivo de aplicación en la empresa.

En la guía, incluir pautas para facilitar el derecho a la desconexión digital, concienciación de la importancia del uso adecuado de las nuevas tecnologías, la importancia de desconectar, pautas de uso saludable, técnicas que favorecen la desconexión digital, como por ejemplo el *mindfulness*.

La guía se puede difundir por *e-mail*, colgarla en la Intranet, incorporarla en el Plan o Manual de Acogida en el caso de los nuevos empleados...

• **Realización de una encuesta de valoración**

Cada vez son más las organizaciones que realizan a sus empleados encuestas de clima laboral.

En el ámbito de la desconexión digital, la idea sería elaborar una encuesta para que los empleados den su opinión sobre hasta qué punto consideran que su empresa está o no respetando la política de desconexión digital, si sus jefes respetan lo dispuesto en la política interna, si han sentido que sufren algún tipo de represalia por negarse a contestar *e-mails* o llamadas fuera del horario, si sus jefes les envían *e-mails* fuera del horario de manera habitual o sólo de forma excepcional, si han tenido algún tipo de problema por dejar apagado su móvil corporativo fuera del horario laboral...

Ejemplos de preguntas que podrían incorporarse en la encuesta (esta encuesta puede realizarse o bien como punto de partida previo antes de elaborar el protocolo de desconexión digital o bien, una vez elaborado el protocolo, adaptar las preguntas a si realmente dicho protocolo se está o no cumpliendo y en qué grado).

- ¿Consideras adecuada la política de desconexión digital de nuestra organización?

- ¿Consideras que, a nivel global, se respeta en la compañía la política de desconexión digital?

- ¿Consideras que tu jefe directo respeta lo dispuesto en la política corporativa de desconexión digital? Esta pregunta, al igual que sucede con las medidas de teletrabajo y/o de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, es crítica, ya que en muchos casos, a pesar de existir una política global corporativa en estas materias, los empleados no acaban disfrutando las medidas debido que a están bajo el mando de un líder que no las comporte y/o las "boicotea". Por tanto, es una pregunta crucial para tratar de averiguar si puede existir algún problema en cuanto al estilo de liderazgo de determinados mandos intermedios y/o superiores.

- ¿Te sientes totalmente libre a la hora de no contestar correos ni e-mails fuera de tu horario laboral?

- Tu jefe directo te envía e-mails fuera del horario laboral (marcar lo que proceda):

Habitualmente

Esporádicamente

Sólo en caso de fuerza mayor

Nunca

- ¿Te has sentido presionado en algún momento por tu jefe y/o por tus compañeros de equipo a la hora de ejercer tu derecho a la desconexión digital?

- En caso de teletrabajo (ya sea puntual o como forma habitual de trabajo): ¿Sientes que tu derecho a la desconexión digital (elegir lo que proceda)

- Se respeta de la misma manera que cuando trabajas presencialmente

- Se respecta menos que en caso de trabajo presencial
- Se respeta más que en caso de trabajo presencial
- **Acciones de formación y sensibilización de mandos intermedios y/ superiores**

En realidad, el artículo 88 de la LOPDPGDD establece expresamente lo siguiente: *“el empleador elaborará una política interna en la que se definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”*.

Ahora bien, el precepto no especifica (al margen de lo que pueda acordarse con los representantes de los trabajadores o bien por convenio colectivo) cuáles ni cuántas deben ser las medidas de formación.

Tampoco concreta nada al respecto el artículo 18 (Derecho a la desconexión digital) del RD-Ley 28/2020, de trabajo a distancia (BOE de 23 de septiembre de 2020).

Por tanto (y al margen de lo que pueda establecer el convenio o acuerdo al respecto) algunas posibilidades serían, por ejemplo, convocar cursos o sesiones formativas y de sensibilización de aquellos que tengan a su cargo a un equipo de personas. Ejemplo:

- Una sesión de cuatro horas para explicar desde el comité de dirección o desde RRHH por qué es importante para la compañía la política de desconexión, en qué consiste, qué se espera de los mandos intermedios y/o superiores, cuál es el marco legal, por qué la compañía apuesta por la política de desconexión y por qué es aconsejable que los mandos sean prescriptores de las medidas de desconexión.

- Realizar sesiones periódicas y enviar recordatorios cada x tiempo a los mandos recordando la política de desconexión digital de la compañía y la importancia estratégica de respetar dicha política.

El estilo de liderazgo de los mandos intermedios y superiores (o quien tiene bajo su mando a un equipo

de personas) es crítico porque deben ser los principales impulsores de propiciar una cultura saludable de desconexión.

En este sentido, en el plano de la psicología existen trabajadores con trastorno obsesivo-compulsivo acostumbrados a trabajar al 100%, a buscar la perfección en todo lo que hacen y a no sentirse nunca satisfechos. De tal modo que son más propensos quizás, que otros, a padecer lo que se conoce como el síndrome del trabajador “quemado” o desgastado emocionalmente *-anglicismo burnout-* (Trujillo Pons, 2020b, p. 24). Por eso, un estilo de liderazgo adecuado en materia de desconexión digital es crítico.

- **Crear el “Día sin e-Mail” o una “Semana de la Desconexión”**

Si la organización apuesta por vincular el derecho a la desconexión con implantar y desarrollar una cultura de concienciación y uso saludable de las tecnologías, una posible medida sería crear un *“Día sin e-Mail”* o incluso una *“Semana de la Desconexión”*. A este mismo propósito, desde 2011, como se señaló existe una corriente impulsada por Lancaster, (2011) y creada por Merlin Brann relativa a concienciar a los trabajadores para que dejen de utilizar el servicio de correo electrónico durante un día y así conseguir el llamado *“Inbox Zero”* (viene a significar bandeja de entrada a cero). Según su manifiesto compuesto de 9 páginas y titulado *“No email day”*, este sistema, tiene como objetivo conseguir que la bandeja de entrada se encuentre lo más vacía posible; para ello, el empleado ha de borrar constantemente los correos electrónicos y manteniendo solamente los imprescindibles para la producción. Así el 11 de noviembre de 2011 *–“último día laboral de la semana que requiere de interacción con el servicio tanto para cuestiones de entretenimiento como de producción”-* comenzó la corriente conocida como *“NoEmailDay”* que alienta cada año a las personas, a evitar el correo electrónico durante 24 horas para que puedan ser más felices y más productivos en el trabajo. El siguiente día está previsto para el 12 de diciembre de 2021. Una campaña que casa directamente como

medida o buena práctica para facilitar la desconexión tecnológica en el trabajo; podría servir de asidero para empresas españolas a fin de ayudar a que sus trabajadores, durante un día, apaguen su correo electrónico de forma completa, o más llanamente, que los ignoren.

Estas herramientas son tremendamente útiles para conocer hasta qué punto los empleados están o no “hiperconectados”, ser conscientes de que, probablemente, muchos de los e-mails que recibimos no son pertinentes ni urgentes..

La “Semana de la Desconexión” supondría ir más allá y trataría de aglutinar diversas acciones en materia de desconexión: desde charlas abordando los distintos problemas y perjuicios que puede ocasionar para la salud el hecho de ser incapaces de desconectar, hasta crear grupos de trabajo formados por empleados de distintos departamentos para analizar el estado de la desconexión digital en la compañía, sesiones de mindfulness, talleres para hijos de empleados (por ejemplo, adolescentes) sobre el riesgo de estar “hiperconectados”...

- **Reuniones sin móvil y más comunicación interpersonal**

Unido a lo anterior, también están probando algunas empresas convocar reuniones en las que, al inicio se invite a los participantes a dejar el móvil apagado o en silencio en un cajón.

De la misma forma, algunas empresas unen la cultura de la desconexión digital con una oportunidad para reducir el número de e-mails, llamadas, videoconferencias... y fomentar más (en la medida de lo posible) la comunicación interpersonal.

Cierto es que debido al impacto provocado por la COVID-19, donde hay que respetar la distancia interpersonal, es una medida que se complica, pero en principio habría que pensar en que la situación provocada por el coronavirus acabará remitiendo en algún momento.

- **Visualización automática de un “pop-up” en la pantalla del ordenador**

Cuando el tiempo o la jornada de trabajo va a terminar, puede programarse que aparezca en la pantalla del ordenador un “pop up” (mensaje) al empleado recordándole su derecho a la desconexión e invitándole a aprovechar su tiempo de descanso y a respetar el de los demás.

Al configurar este pop-up, podría de manera excepcional configurarse la posibilidad de emitir este tipo de mensaje: *“hoy seguiré contacto por razones de fuerza mayor”*.

- **Incluir un Mensaje en la firma de correo**

Una posibilidad es invitar a los empleados que lo deseen a que configuren un mensaje en la firma de su correo indicando algo del tipo: “mi horario laboral termina a las xxx. A partir de esa hora, disfruto de la política de desconexión digital aplicable en mi compañía”.

“No obstante, en caso de que se trate de un asunto urgente y/o inaplazable, pueden contactar con (...)”.

- **Suspender la función de recepción de e-mails en el móvil en momentos determinados**

En determinados momentos, se puede programar diferir la entrada de e-mails. Por ejemplo, utilizar las funciones de envío retrasado de correos electrónicos a partir de determinada hora de la tarde y/o durante los fines de semana. La función de envío retrasado envía correos electrónicos a un horario previamente programado, para tener en cuenta los períodos de descanso de cada empleado.

- **Establecer un programa de “Mail on Holiday” y / o “Mail on weekends”**

Este programa puede llegar a eliminar automáticamente los correos electrónicos recibidos durante las vacaciones o bien redirigir a otros interlocutores.

- **Cierre de servidores y correo electrónico nocturno y los fines de semana**

Una opción que sería más drástica sería directamente cerrar los servidores de correo electrónico por las noches y los fines de semana.

No obstante, esta política puede llegar a ser contraproducente en el caso, por ejemplo, de empleados que trabajen con clientes, proveedores, partners... ubicados en países donde exista diferencia horaria.

Una opción (pero especialmente, para verificar hasta qué punto es o no indispensable estar pendientes del email las 24 horas del día) podría ser, a modo de experiencia piloto, cerrar servidores una noche o durante un fin de semana, y verificar cuál ha sido el impacto para plantearse si puede o no ser aconsejable repetir esta práctica.

- **Canal de denuncias interno en materia de desconexión: "whistleblowing"**

Cada vez son más las compañías que cuentan con canales de denuncias internas ("*whistleblowing*").

Al margen de lo establecido por la normativa en torno a estos canales, es aconsejable que la organización se plantee habilitar un canal específico a través del cual los empleados puedan denunciar incumplimientos en materia del derecho a la desconexión digital.

3. Bibliografía

BBC News Mundo (2018): Qué es la "economía de la atención" y por qué tu smartphone te hace parte de ella. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45509092> [Consulta a 9 de junio 2020].

Domingo, J. y Salvador, N. (2020, 22 de mayo). "hiperconectividad" digital y salud laboral". Diario La Ley, 9638.

Dosi, G. y Virgillito, M. E. (2019): ¿Hacia dónde evoluciona el tejido social con-temporáneo? Nuevas tecnologías y viejas tendencias socioeconómicas. Revista Internacional del Trabajo, vol. 138 (2019), núm. 4, p. 3.

Massis, D. (2020): Marta Peirano y la economía de la atención: "Somos menos felices y menos productivos

que nunca porque somos adictos". Recuperado de: <https://www-bbc-com.cdn.ampproject.org/c/s/www.bbc.com/mundo/amp/noticias-51268343> [Consulta a 9 de junio 2020].

Méda, D. (2019): Tres escenarios para el futuro del trabajo. Revista Internacional del Trabajo, vol. 138 (2019), núm. 4, p. 11.

Mella, L. (2016): Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores. Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales 16. Wolters Kluwer: pp.30-52.

Montes, J.S. (2011): El trabajo en la sociedad de la información: desafíos para el movimiento obrero. KAIROS. Revista de Temas Sociales. Año 15. Núm. 27.

NTP 730: Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST).

Reche, N. (2019): La Desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad. IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball, [en línea], 2019, n.º 3, de este último trabajo (págs. 40-41),

Rodríguez, M.L. y Pérez, D. (2017): Economía digital: Su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica. Recuperado de: http://fdialogosocial.org/public/upload/2/23_FdS_Economia-digital-impacto-condiciones-trabajo-y-empleo_2017_final.pdf [Consulta a 2 de junio 2020].

Trujillo Pons, F. (2018). "La desconexión digital: ¿es necesaria en el mundo laboral?". Blogs IMF-Formación. Recuperado de: <https://blogs.imf-formacion.com/blog/recursos-humanos/normativa-3/desconexion-digital-mundo-laboral/> [Consulta a 21 de octubre de 2020].

Trujillo Pons, F. (2020a). La desconexión digital en el ámbito laboral. Valencia: Tirant lo Blanch.

Trujillo Pons, F. (2020b). "Camino a una nueva ley sobre el trabajo a distancia (teletrabajo) y el derecho a la desconexión digital en el trabajo". Revista Aranzadi

Doctrinal 8, 1-19.

Trujillo Pons, F. (2020c). "La urgente necesidad de legislar el trabajo a distancia y la desconexión digital en el trabajo". El Foro de Labos. Recuperado de: <https://forodelabos.blogspot.com/2020/06/la-urgente-necesidad-de-legislar-el.html> [Consulta a 21 de octubre de 2020].

Trujillo Pons, F. (2020d). "Un conveniente repaso al derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral tras la COVID-19". Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales 71.

Trujillo Pons, F. y Guinot Reinders, J. (2020). "Teleprecariedad laboral". El Diario.es. Recuperado de: https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/teleprecariedad-laboral_129_6048110.html [Consulta a 21 de octubre 2020].

Trujillo Pons, F. e Iglesias Guzmán, E.M. (2017). "Cómo utilizar las TIC's para la Mejora de la Seguridad y Salud Laboral". Revista Formación de Seguridad Laboral (FSL), 151, 80-82.

Trujillo Pons, F. y Toscani Giménez, D. (2020). La desconexión digital en el trabajo. Aranzadi Thomson Reuters y Universidad de Valencia.

UGT. (2019). Hiperconectividad y conciliación. Recuperado de https://www.ugt.es/sites/default/files/folleto_hiperconectividad_web.pdf [Consulta a 30 de diciembre de 2020].

:

.

.

SITUACIÓN ACTUAL DEL TELETRABAJO EN EL PERÚ

Y SU PROYECCIÓN POST COVID-19

Edith Yarnold Limón

Abogada laboralista, egresada de la Maestría en Derecho del
Trabajo y la Seguridad Social por la Universidad Nacional
Mayor de San Marcos.



1. Introducción

La suma del ayer y el hoy del teletrabajo en el Perú nos dará como resultado su proyección en nuestro país, siendo el punto de partida el 15 de marzo del 2020, fecha en la cual el gobierno, a través del Decreto Supremo 044-220, frente a la pandemia del covid-19, declaró el estado de emergencia, aislamiento social obligatorio y una serie de medidas sanitarias, con el objetivo principal de proteger la salud y la vida de los peruanos.

Las medidas tomadas por el gobierno fueron inmediatas, fueron otros los factores que jugaron en contra, por ello hoy lamentamos la pérdida aproximada de 50,000 peruanos a consecuencia de la pandemia del Covid 19, situación triste y lamentable.

Al revisar el pasado del teletrabajo en el Perú, advertimos que somos uno de los países en Latinoamérica que sí contamos con una legislación que regula el Teletrabajo a través de la Ley 30036 de mayo de 2013; es decir, al momento de la llegada de la Pandemia del Covid 19, teníamos más de siete años de vigencia de la Ley de Teletrabajo. Sin embargo, a pesar de contar con una legislación especial al respecto, prácticamente no se aplicaba esta modalidad en el trabajo tanto en el sector privado como en el público y menos se tuvo un incentivo para su utilización.

Por ello, es importante señalar que el teletrabajo es una "estrategia" frente a la pandemia del Covid-19, que no sólo ha sido utilizada en nuestro país, la realidad es que se ha convertido en el aliado del trabajo en época de pandemia en todo el mundo. Entonces si el teletrabajo es aplicado prácticamente en todo el mundo, con un incipiente antecedente de aplicación antes de la pandemia en nuestro país¹, las interrogantes son: ¿cómo funciona actualmente? ¿Cuál es la legislación al respecto? ¿Cuál es el futuro del teletrabajo en el Perú? Preguntas que intentaremos responder con el

SUMARIO:

1. Introducción
2. ¿Cuál es la situación del teletrabajo frente al covid-19?
3. El Teletrabajo en el Perú antes del Covid-19.
4. La Ley de Teletrabajo 30036.
5. El Teletrabajo en el Perú después del Covid-19.
6. El Futuro del Teletrabajo en el Perú.
7. Conclusiones.
8. Referencia bibliográfica.

¹ Según fuente del Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo a enero del 2017 sólo se contaba con 648 contratos laborales y a enero del 2020 se contaría con 2200 contratos.

desarrollo de los puntos en líneas seguidas.

2. ¿Cuál es la situación del teletrabajo frente al covid-19?

Según los monitoreos realizados por la Organización Internacional del Trabajo la crisis producida por la pandemia declarada a través de la Organización Mundial de la Salud por el Covid-19, está afectando a unos 3300 millones de trabajadores a nivel global, aproximadamente un 81 % de la fuerza laboral mundial ha resultado perjudicada por las medidas del aislamiento social y el cese sin precedentes de la actividad económica; sin embargo si bien la mayoría de los trabajadores mundialmente han perdido sus puestos de trabajo o su nivel de ingresos, una proporción importante han podido continuar el desarrollo de la prestación laboral, gracias a las herramientas tecnológicas de la información y comunicación (TIC), que básicamente han permitido trasladar la oficina al domicilio particular y continuar trabajando pese al aislamiento social obligatorio.

En este contexto, trabajo remoto, teletrabajo o home office, se han convertido en grandes protagonistas de la transición hacia la “nueva normalidad” laboral pospandemia, la crisis sanitaria y el aislamiento social han servido de detonantes hacia este modelo de trabajo que permitió mantener la actividad laboral y la continuidad de la empresa². Por ello, dentro de las transformaciones que traerá consigo la pospandemia, será necesario redefinir condiciones de trabajo, especialmente relacionados con el lugar y tiempo de trabajo; y serán aquellas empresas que se adapten y sean más flexibles ante estos cambios las que salgan airoso de la contingencia, ya que han podido implementar de manera bastante rápida la dinámica

del teletrabajo y así mantener los empleos en un entorno organizacional virtual. Si bien antes de la pandemia ya se desarrollaban estos modelos de trabajo desde casa, en la pospandemia el trabajo remoto se convertirá en una nueva rutina laboral, es un hecho que es cada vez más cercano.

Como en todos los países latinoamericanos, la pandemia del coronavirus Covid-19 apareció alrededor del mes de marzo; así, en el Perú, el 15 de marzo del 2020 el gobierno se vio en la necesidad de aprobar con carácter de urgente una serie de medidas sanitarias y de emergencia con la finalidad de proteger a los peruanos y sobre todo a la población vulnerable de nuestro país ante el virus del Covid-19³.

Ámbitos como el económico, laboral, educativo, social, cultural, etc., se vieron fuertemente golpeados con las medidas impuestas por el gobierno; sin embargo, todo sería necesario para prevenir el contagio masivo y evitar pérdidas humanas. Específicamente, en el ámbito laboral, el gobierno peruano utilizó como estrategia frente a esta adversidad, la figura del Teletrabajo⁴, pero de acuerdo con el Decreto de Urgencia 026-2020 lo denominó Trabajo Remoto⁵. En ese sentido, el trabajo remoto es la estrategia que el gobierno utiliza con la finalidad de que el ámbito laboral (siempre y cuando la naturaleza de las labores permita su aplicación), continúe en pie y que la economía individual y general de los peruanos no se vea severamente afectada.

Cabe señalar, que la implementación de la modalidad de trabajo remoto como marco genérico del teletrabajo no es costosa, es voluntaria, reversible y aplicable a aquellos roles laborales que puedan ser trabajados a distancia, siempre con conectividad.

2 Hasta la declaración de la pandemia y bajo la concepción tradicional, muchas empresas tenían fuertes dificultades para afrontar la transformación cultural que requiere implementar el Teletrabajo, con certeza jurídica y seguridad informática, estableciendo en la organización un sistema de gestión en el marco de una cultura innovadora y de mejora continua.

3 El Covid-19, es una enfermedad infecciosa causada por el coronavirus. Este tipo de virus era desconocido antes de que estallara el brote en Wuhan (China). Generalmente esta enfermedad se manifiesta con los siguientes síntomas: Fiebre, tos seca, cansancio, dolor corporal, pérdida del gusto o el olfato, etc.

4 Como señala Leopoldo Gamarra Vilchez: “Se puede conceptualizar al teletrabajo como todas aquellas actividades profesionales desarrolladas a través de un equipo informático, desde fuera del centro de trabajo, que hacen uso de las técnicas de teletratamiento y telecomunicación para enviar información en un tiempo real al centro de trabajo, producción o servicios y que genera un valor añadido a sus usuarios”.

5 El Trabajo Remoto no sería otra cosa que el Teletrabajo, sin embargo, guardaría algunas diferencias en su organización como son, los costos y su implementación por el carácter de necesidad y de emergencia, es por ello por lo que consideramos tomaría otra denominación.

Tecnológicamente no exige un desarrollo significativo, pero sí implica un cambio cultural para el capital humano. Las relaciones laborales, el binomio trabajo-capital, requerirán un acompañamiento desde lo jurídico, lo económico, desde el liderazgo, la comunicación y la prevención. Además, no fueron los sindicatos, ni las empresas, ni el gobierno, fue la biología la que nos obligó al aceleramiento de la digitalización.

3.El Teletrabajo en el Perú antes del Covid-19

En este acápite, consideramos necesario revisar cómo era el teletrabajo en el Perú antes del Covid-19, luego veremos, cómo se viene desarrollando actualmente, y con estos dos aspectos podemos sustentar cuál podría ser el futuro del teletrabajo en nuestro país.

La pandemia del Covid-19 llegó al mundo y a nuestro país para generar un cambio general no planificado y acompañada de mucha incertidumbre, lo cual hacía difícil proyectarse al futuro. El transcurso de los días, semanas y meses nos han dado la oportunidad no sólo de conocer más a este enemigo invisible, sino también de empezar a despejar incertidumbres y también, volver a tener la capacidad de proyectarnos a un futuro que en parte sigue siendo incierto.

La pandemia del Covid-19, también nos ha permitido conocer más a fondo el mundo del teletrabajo o trabajo remoto, antes del Covid-19 no existía prácticamente la aplicación del teletrabajo en nuestro país, los indicadores del Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo–MTPE nos señalaban que al sector laboral privado no le interesaba en lo absoluto esta modalidad de trabajo y en el caso del sector público, recién a partir del gobierno que se inicia con el ex presidente Pedro Pablo Kuczynski (2016-2018) se observa la iniciativa de potenciar el teletrabajo, como única alternativa de innovación laboral, de inclusión social y generadora de puestos de trabajo.

El teletrabajo en el Perú ya había sido legislado y reglamentado en un gobierno anterior y solo necesitaba tener la oportunidad de ser aplicado.

En el ámbito tecnológico, Perú ya se encontraba en un proceso de adaptación a la revolución digital, denominada tercera revolución industrial, mientras que en el mundo ya se vivía la cuarta revolución industrial con la automatización.

En el ámbito laboral, como ya lo señalamos, contábamos con una Ley de Teletrabajo, exactamente desde el año 2013, la cual analizaremos brevemente.

La Ley de Teletrabajo en el Perú tuvo como iniciativa legislativa el proyecto de ley presentado por **“La Comisión Especial de Discapacidad”** del Congreso de la República, correspondiente al período de gobierno de Ollanta Humala Tasso (2011–2016), y tenía como principal objetivo la incorporación al mundo laboral del siguiente grupo de personas:

- Personas con discapacidad⁶
- Población con aislamiento geográfico
- Personas mayores de 45 años
- Jóvenes sin experiencia laboral
- Mujeres con hijos pequeños o a cargo de personas mayores, y
- Todas aquellas personas inmersas en el concepto de población vulnerable en el ámbito social.

El Proyecto de Ley de Teletrabajo proponía alcanzar el objetivo señalado a través del establecimiento de políticas públicas que ayudarían a incentivar y facilitar la incorporación del teletrabajo al ámbito laboral materializándose en oportunidades laborales a los grupos de personas señaladas.

Asimismo, para alcanzar el objetivo, el proyecto

⁶ Es necesario tener en cuenta que Perú ya contaba con una Ley General de la Persona con Discapacidad - Ley 27050 de fecha 16 de diciembre del 2003 y con una modificatoria mediante Ley 28164 de fecha 18 de diciembre de 1998 mediante la cual se generaba la obligatoriedad de parte del sector público de generar puestos de empleos no inferior al 3% de la totalidad de su población laboral en cada una de sus instituciones, así como la obligatoriedad de generar los respectivos acoplamientos en los locales de trabajo para la comodidad de acceso de dichas personas.

señalaba la necesidad de trabajar en equipo con la intervención de instituciones gubernamentales como: MTPE⁷, MIMDES⁸, CONADIS, CODESI⁹ y ONGEI¹⁰.

De las instituciones señaladas nos parece importante enfatizar la presencia del CONADIS, Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad, debido a que es precisamente la comisión que representa al grupo de personas con discapacidad en nuestro país, la que tuvo la iniciativa del proyecto ley de implementación del teletrabajo en el Perú. Al respecto, el resultado del último censo en nuestro país realizado en el año 2017 arroja que la población total en el Perú asciende a 31 237,385 habitantes, y de este indicador total se observa que el 10.4% de la población total censada padece de alguna discapacidad, es decir 3 051 612 personas tienen el derecho de ser protegidas por la sociedad y el Estado.

El trabajo remoto o teletrabajo, siempre ha planteado grandes debates en torno a la deslocalización del puesto de trabajo, sus confusas fronteras de subordinación y derechos y obligaciones entre las partes; sin embargo, la realidad ante la contingencia hizo imprescindible la necesidad de recurrir a esta modalidad de trabajo.

4. La Ley de Teletrabajo 30036

El Proyecto de Ley de Teletrabajo fue aprobado por el pleno del Congreso y sin más observaciones el Ejecutivo promulga y publica la ley con fecha 15 de mayo del año 2013, denominándola Ley 30036–Ley que regula el Teletrabajo en el Perú y fue reglamentada mediante Decreto Supremo 017-2015, aproximadamente dos años después de su nacimiento.

La Ley de Teletrabajo 30036, señala la definición del Teletrabajo, su objetivo, las reglas sobre el uso y cuidado de los equipos y medios para su aplicación, su carácter voluntario y reversible, así como los derechos

y obligaciones para los sujetos de la relación laboral.

En sus disposiciones complementarias señala algunos lineamientos y plazos respecto a facilitar e incentivar su incorporación al ámbito laboral, disposiciones que podríamos señalar como letra muerta debido a que al menos antes del 2020 su aplicación en el Perú fue mínima.

El Decreto Supremo 017- 2015 que reglamenta la Ley 30036 se encargaría de especificar los requisitos formales del teletrabajo, las formas de teletrabajo (entre mixta y completa), la jornada en el teletrabajo, la libertad del trabajador de variar la modalidad de prestación de servicios de presencial a teletrabajo y viceversa, el derecho y la obligación de los sujetos de la relación laboral, entre otros.

Adicional a lo señalado, el reglamento de la Ley, puntualiza aspectos importantes y necesarios para la aplicación del teletrabajo como son: La capacitación sobre los medios informáticos y de telecomunicaciones de parte del empleador al trabajador para el desarrollo y éxito de esta modalidad de trabajo, la protección de datos de la información que es trasladada al trabajador, las responsabilidades y obligaciones de las partes respecto a los medios o instrumentos a emplearse para la ejecución del teletrabajo.

Teniendo como antecedente todo lo señalado y el paso de los años **desde la regulación y reglamentación de la Ley 30036 Ley de Teletrabajo, se observa que en nuestro país no se ha implementado ni aplicado el teletrabajo.** Se podría decir que existía una ley pero a nadie le interesaba su aplicación y el fundamento de esta conclusión la encontramos en los indicadores que nos ofrecía el MTPE que reflejaba un número reducido de contratos en el sector privado y en el sector público recién a partir del gobierno que se inicia con el ex presidente Pedro Pablo Kuczynski (2016), se generan

7 Siglas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

8 Siglas del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social que posteriormente se denominaría Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP).

9 Comisión Multisectorial para el seguimiento y evaluación del Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú

10 Siglas de la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informático.

algunos pilotos en instituciones como Indecopi (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), Osiptel (Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones), Ministerio de Relaciones Exteriores, MINAM (Ministerio del Ambiente, puntualmente a través de la OEFA –Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental).

A raíz de lo expuesto, nacían algunas interrogantes del ¿Por qué? de la falta de implementación del teletrabajo en nuestro país y de la necesidad de ir en busca de alternativas de solución al respecto, por considerar al teletrabajo como una alternativa importante para la sociedad en el aspecto laboral. Uno de los grandes fundamentos sociales de su importancia era que con el teletrabajo nuestra sociedad podría avanzar en el aspecto de la inclusión social, dando oportunidad laboral a muchos trabajadores que se encuentran limitados y relegados a poder acceder a un puesto de trabajo (Ejemplo: Personas con discapacidad, madres solteras, etc.).

Podríamos añadir, entre otros aspectos positivos para el ámbito laboral, a parte de la conciliación del ámbito familiar para el trabajador, la optimización de tiempo, ya que no era necesario el traslado hasta el centro laboral, lo que a su vez genera un impacto positivo en el cuidado del medio ambiente y también el ahorro del tiempo y gasto de traslado.

En el ámbito del empleador, uno de los fundamentos que marcan la importancia del teletrabajo es la optimización de recursos económicos para las empresas, puntualmente nos referimos al espacio físico que ocupa un trabajador dentro del centro laboral. Otro fundamento importante es el impacto positivo en la economía del país, debido a que se generan nuevos puestos de trabajo, etc.

Sin embargo, así como existen aspectos muy positivos o beneficios que nos proporciona el Teletrabajo, también existe la otra cara de la moneda con aspectos negativos que se reflejan en riesgos y exigen cuidados a fin de proteger la salud física, emocional y mental de los trabajadores, desde ya sentimos ansiedad e incertidumbre por no saber si el plazo de la cuarentena podría prorrogarse y comenzamos a experimentar el síndrome del encierro prolongado¹¹. Existen y surgen ciertos interrogantes: ¿qué va a pasar cuando podamos, por etapas y transitoriamente, volver a nuestra cotidianeidad? ¿Cómo vamos a integrar esta modalidad que hoy conocimos en su peor versión, sin entrenamiento, ni certezas jurídicas, ni informáticas ni sociales? ¿Es verdad, que un trabajo puede hacerse muy bien a distancia, pero con recaudos y condiciones?

Empiezan a tomar importancia disciplinas como la Neuroergonomía en el Teletrabajo, la cual tiene como objetivo prevenir o reducir las enfermedades del cerebro humano vinculadas al uso de la tecnología, y consecuencias psicológicas y neurológicas como el tecnoestrés, tecnofobia, ansiedad, y depresión, entre otros padecimientos a consecuencia del uso de la tecnología, conforme lo señala la Dra. Viviana Laura Diaz en su ponencia virtual titulada “Teletrabajo y Neurotecnología” realizada el 06 de octubre del 2020, en el desarrollo del VIII Congreso Iberoamericano y Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Organizado por las instituciones ILTRAS Y ASOREDESD).

5. El Teletrabajo en el Perú después del Covid-19

Podríamos señalar que el Perú, a la llegada del Covid -19 contaba con una ley, un reglamento, pocos contratos laborales de teletrabajo en el sector privado y algunos pilotos en el sector público.

¹¹ Los seres humanos somos sociales por naturaleza, nos desarrollados por la afectio societatis, somos cultura, interacción e intercambio; por ello, el distanciamiento social tiene su impacto en cada uno de nosotros y se manifiesta de distintas maneras: irritación, ansiedad, aburrimiento, sensación de encierro y afecciones corporales; todo ello afecta nuestro pensamiento y nuestras decisiones porque actuamos casi sin libertad y lo que nos diferencia de los animales es justamente la libertad, como diría J.P. Sartre “estamos condenados a ser libres”, por eso nos afecta tanto esta cuarentena.

Como señalábamos en la parte inicial del artículo, existe la necesidad de trazar una línea que divida el antes y el después del Covid-19 en el Perú, para realizar esta división utilizaremos como fecha de división, el 15 de marzo del 2020, debido a que es la fecha en la cual el gobierno del Perú emite dos normas en paralelo con la finalidad de prevenir el contagio del Covid-19, el Decreto de Supremo 044-2020-PCM y el Decreto Urgencia 026-2020.

A través de la primera norma, el DS 044-2020-PCM, el gobierno declara el estado de emergencia a nivel nacional, y dispone un período obligatorio de cuarentena o aislamiento social obligatorio. En principio por un período de 15 días calendarios, posteriormente sería ampliado en varias oportunidades hasta llegar a su fin el 1ero de Julio del mismo año (a excepción de regiones como Arequipa, Ica, Junín, Huánuco, San Martín, Madre de Dios, y Ancash en donde se extendería el confinamiento hasta el 31 del mismo mes y año).

Posteriormente se levantaría el aislamiento social obligatorio, pero quedaría vigente la Emergencia Sanitaria, declarada mediante Decreto Supremo 008-2020-SA, de fecha 11 de marzo del 2020, la misma que inicialmente señala un período de vigencia de 90 días calendarios y posteriormente también sería ampliado hasta el 31 de setiembre del mismo año.

La declaración de emergencia sanitaria en el Perú tendría como objetivo generar políticas, acciones y medidas de prevención a iniciativa del Ministerio de Salud a fin de evitar la propagación del Covid-19 en nuestro país.

La segunda norma citada también fue publicada el 15 de marzo del 2020, es el Decreto de Urgencia 026-2020, precisamente es en esta norma en donde el gobierno señala las medidas de prevención contra el Covid-19 en el ámbito laboral.

El Decreto de Urgencia 026-2020, a través de su Título II, regula el Trabajo Remoto como medida de prevención en el ámbito laboral, para evitar la propagación

del Covid-19 en nuestro país. Entonces el trabajador peruano que se encontraba en un aislamiento social obligatorio (ordenado mediante DS 044-2020-PCM) realizaría sus labores desde su domicilio o lugar de confinamiento aplicando el trabajo remoto o teletrabajo.

El artículo 16 del DU 026-2020, definiría el trabajo remoto, señalando algunas de sus características, como que debe ser un trabajo subordinado, realizado por el mismo trabajador y respecto al lugar de desarrollo de la actividad de trabajo, señala como alternativas: El domicilio del trabajador, o el lugar donde el trabajador elija permanecer mientras dure el estado de emergencia y la emergencia sanitaria, o el lugar en donde por las circunstancias el trabajador se vea obligado a permanecer, como es el caso de aquellos trabajadores que por las circunstancias se encontraban en el extranjero al momento de declararse el estado de emergencia en el país y por el cierre de fronteras no lograron regresar a tiempo. En el caso de este grupo de personas la norma señala que también podían realizar trabajo remoto desde el lugar en donde se encontrasen.

La norma involucra tanto a los trabajadores del sector público, como a los del sector privado para la aplicación del trabajo remoto y también señala que podría ser aplicado a todas las labores que la naturaleza de su ejecución así lo permita. Ejemplo, una asistente contable podría realizar trabajo remoto, sin embargo, un albañil no.

Respecto al equipo y medios para realizar el trabajo remoto, la norma es bastante genérica al señalar en su Artículo 16, que para la ejecución del trabajo remoto se puede utilizar **cualquier medio o mecanismo** que posibilite realizar las labores fuera del centro de trabajo, y que si bien es cierto el Artículo 19 de la misma norma ratifica a las TIC – Tecnologías de la Información y la Comunicación como medio para realizar el trabajo remoto, también señala la posibilidad de utilizar equipos y medios distintos a las TIC, siempre y cuando resulten necesarios para realización de la labores por el trabajador, un buen ejemplo podría ser el caso de una

costurera, que para realizar su trabajo necesita como equipo una máquina de coser.

Es precisamente en este punto, respecto al equipo y medios para realizar la labor, en donde encontramos otra diferencia entre el Trabajo Remoto y el Teletrabajo (que si bien es cierto al final es lo mismo, difieren en algunas características en su implementación señaladas en cada una de las leyes que les han dado origen). Mientras el primero es amplio al señalar el equipo y medios que permitan al trabajador realizar su labor independientemente a las TIC, el segundo es específico al señalar sólo a las TIC como medio para la realización de las labores.

Otra diferencia, ya señalada, es respecto al sujeto que cubre los costos de los medios utilizados para la realización del trabajo. La ley de teletrabajo 30036 señala al empleador, y el Decreto de Urgencia 026-2020 señala que estos costos pueden quedar a cargo de cualquiera de los sujetos de la relación laboral.

El Trabajo Remoto por la naturaleza de su existencia, es una de las medidas excepcionales y temporales dictadas por el gobierno para prevenir la propagación del Covid-19, tiene una duración determinada, la cual es hasta cuando dure la emergencia sanitaria, mientras el teletrabajo tiene una duración que dependerá del acuerdo entre las partes de la relación laboral.

Con la vigencia del Decreto de Urgencia 026-2020 que da origen al trabajo remoto en el Perú, comenzaría la odisea de su aplicación para las empresas. El primer paso para las empresas sería la necesidad de fraccionar el local de la empresa, es decir trasladar a cada uno de los domicilios de los trabajadores una fracción de la empresa, de un día para otro, de forma rápida, repentina y traumática¹². Parte de las empresas en el Perú tuvieron que generar de inmediato un espíritu de resiliencia y decidir entre continuar con la medida

excepcional del trabajo remoto por que la naturaleza de sus actividades así lo permitían, o parar. Mientras otro sector empresarial, menos afortunado, ni siquiera tuvo la oportunidad de evaluar entre parar o continuar, es el caso de sector turismo, restaurantes, etc.

El segundo paso consistiría en la instalación de equipos, maquinarias etc., acá la tecnología jugaría un papel muy importante. Muchas empresas trabajan con sistemas operativos y de organización, es necesario entonces contar con el personal idóneo para el levantar de manera remota el software de las empresas en los equipos de los trabajadores remotos.

Ya instalados los equipos y maquinarias para la realización de las labores, seguiría el tercer paso, el cual es la ejecución de las labores, cómo si se estuviera en el centro de labores de la empresa. Es este tercer paso, quizá el más complicado, el gran reto para las empresas, **equiparar el Trabajo Remoto o Teletrabajo al trabajo presencial.**

Consideramos que el éxito del trabajo remoto o teletrabajo consiste en generar una organización basada en la empatía, la coordinación constante, trabajo en equipo y sobre todo de una eficiente supervisión.

Precisamente la supervisión es uno de los aspectos de la subordinación, que a su vez es el elemento que distingue una relación civil de una laboral. La supervisión es un aspecto muy importante para el éxito de cualquier labor.

En torno a la supervisión en la aplicación del teletrabajo se generó un juicio limitativo en los empleadores (en la etapa pre Covid-19), y es uno de los motivos por el cual la aplicación del Teletrabajo en las empresas del país no era atractiva. Se sostenía que, si en el centro de labores es difícil la supervisión, más difícil sería la supervisión a la distancia¹³.

12 La paradoja de este momento es que, si bien se requiere un distanciamiento social para contener la propagación; pero, ese alejamiento físico contribuye a perjudicar la salud en el futuro. Es importante no permitir que tales medidas causen el aislamiento emocional de los humanos. En las empresas, se deben adoptar medidas para que los trabajadores remotos se sientan valiosos y arraigados, en una cultura que propicie el sentido de pertenencia.

Concluido los tres pasos, el trabajador ya instalado en su domicilio, recién podríamos empezar a experimentar en carne propia como es en la práctica el teletrabajo o trabajo remoto. Es precisamente esta parte, el presente, la parte que aún está en proceso, lo que estamos viviendo hoy, aproximadamente cinco (8) meses después de la llegada del Covid-19 al Perú, y que se prolongará hasta que se confirme finalmente la existencia y eficacia de alguna de las vacunas

ya publicitadas a nivel mundial por los medios de comunicación y que con suerte nuestro país podría acceder en el segundo semestre del 2021.

En el siguiente cuadro (Cuadro 1) podremos observar de manera simple el admirable incremento de Teletrabajadores o Trabajadores Remotos en el Perú a partir del 15 de marzo del 2020.

Cuadro 1

Teletrabajo		 COVID-19 15 de marzo del 2020: - DS 044-2020 - DU 026-2020	Trabajo Remoto
Enero 2017(*)	Enero 2020(**)		Julio 2020(**)
648 teletrabajadores	2200 teletrabajadores		220,000 Trabajadores Remotos

(*) Dato obtenido del Módulo de Teletrabajo del MTPE.

(**) Diario Gestión 25/07/2020.

6. El Futuro del Teletrabajo en el Perú

Cómo ya lo habíamos señalado para avizorar el futuro del teletrabajo en el Perú, era necesario revisar antes cómo era el teletrabajo en nuestro país antes del 15 de marzo del 2020. Por otro lado, dicen que en la adversidad encontraremos una oportunidad, el Teletrabajo a través del trabajo remoto encontró en la pandemia del Covid-19 la oportunidad que necesitaba para ser considerado y aplicado, no sólo en el Perú sino en todo el mundo. Así, podemos afirmar que el Covid-19 se convirtió en “el gran aliado del Teletrabajo en el Perú”

Finalmente, lo que una ley y algunos pilotos de Teletrabajo del gobierno no lograron, lo logró de un día para otro la pandemia del Covid -19. Si revisamos los indicadores señalados en el Cuadro1, respecto a la cantidad de trabajadores que aplicaban el teletrabajo en el Perú entre los años 2017 y enero 2020, versus la cantidad de trabajadores que actualmente vienen aplicando el trabajo remoto encontramos una abismal diferencia.

Como ya lo hemos señalado, la proyección hacia el futuro sigue siendo incierta aún, sin embargo, después de ocho (8) meses de la llegada del Covid-19 a nuestro

13 Además, el problema es que las emociones se expresan y reciben principalmente a través de señales no verbales, no pudiendo apreciar los gestos faciales y corporales de nuestro interlocutor. Por ello, en las empresas es conveniente revisar los mensajes importantes antes de enviar para asegurar haber escrito en el tono correcto y mejor errar por el lado de aumentar la positividad o usar emojis para transmitir la emoción y mitigar la tendencia a la interpretación negativa. El sentido de pertenencia y la cohesión de un grupo generan aspectos muy positivos. Aparece el sentimiento de pertenencia cuando nos identificamos e integramos a un grupo, cuando sentimos que pertenecemos a ese grupo, nos sentimos acogidos, escuchados, más seguros, relajados y comprendidos. Las neurociencias señalan que en esa situación segregamos más oxitocina; cuando ello ocurre reducimos nuestro nivel de estrés. La oxitocina se genera en el hipotálamo, y desde ahí es conducida por una proteína al lóbulo posterior de la hipófisis a través de las fibras nerviosas.

país y de la actual aplicación de trabajo remoto por 220,000 trabajadores peruanos, definitivamente el camino es más claro para las empresas y para los trabajadores de proyectarse hacia un futuro no tan lejano y tomar decisiones respecto a elegir lo que más le conviene, Teletrabajar o realizar el trabajo de manera tradicional desde el local de las empresas.

Definitivamente es una gran decisión, pero que no necesariamente va a depender del empleador, esto debido a que, si revisamos los artículos 4 y 5 de nuestra Ley de Teletrabajo 30036, estos nos señala en términos generales que independientemente al *ius variandi* que posee el empleador, la elección de realizar teletrabajo en las empresas va a ser el resultado del acuerdo entre las partes y a falta de este, la misma ley le da la posibilidad al trabajador de impugnar la decisión del empleador.

La decisión que tomaran muchas empresas del Perú, de elegir continuar aplicando el teletrabajo luego de la pandemia definitivamente será motivada por la optimización de costos que genera el ahorro del alquiler de las oficinas para el desarrollo de sus actividades. El alquiler de locales es uno de los costos más significativos para las empresas y este punto se torna más interesante por los escasos locales para el funcionamiento de las empresas, puntualmente en la ciudad de Lima.

La gran demanda en la aplicación del teletrabajo o trabajo remoto en nuestro país y en el mundo está dando origen a nuevos derechos y a revisar otros que ya existían pero que es necesario acoplarlos a la realidad actual que vivimos y que podríamos decir estaban claros con la aplicación del trabajo tradicional, pero con la aplicación del trabajo remoto se empezarán a generar desde ya algunas situaciones no previstas¹⁴

El derecho a la desconexión es un nuevo derecho que se interpreta como el derecho que tiene el trabajador a que independientemente a realizar trabajo remoto o teletrabajo, se respete la jornada de trabajo legal de ocho (8) horas diarias y cuarenta y ocho (48) horas semanales, como derecho constitucional, también ratificado en la Ley 30036 Ley de Teletrabajo. En este caso se tendrían que revisar “los fuera de horario”. Adicionalmente consideramos que el **derecho a la desconexión** también se interpreta como el derecho que tiene el trabajador a desconectarse cuando la necesidad lo requiera, esto a consecuencia de compartir el ámbito laboral y el ámbito familiar en un mismo escenario. En esta situación será necesaria la empatía de parte del empleador para comprender el día a día de un teletrabajador.

El derecho a privacidad de la intimidad del trabajador también es un derecho constitucional que resulta necesario revisar hasta qué punto la supervisión del empleador puede invadir la privacidad del trabajador y de su familia, ya sea utilizando medios informáticos (cámaras, herramientas como zoom, meet, etc), o ingresando al domicilio del trabajador para auditar el buen estado de los equipos proporcionados para realizar el trabajo remoto.

El derecho a la protección de datos y a la confidencialidad de la información del empleador. Este es derecho muy importante y deriva a un tema muy delicado, y es que la aplicación del trabajo remoto o teletrabajo genera la vulnerabilidad de este derecho debido a que la información del empleador queda expuesta y podría ser mal utilizada¹⁵.

La Seguridad y Salud en el trabajo, es otro derecho importante que necesita ser revisado. Este derecho consiste en la responsabilidad del empleador de prevenir accidentes laborales. Quizá en la ejecución

14 Por ello, es importante conocer los medios a utilizar. Por ejemplo, saber ¿cómo?, ¿cuándo y en qué circunstancias utilizamos el chat, el WhatsApp, el correo electrónico, la videoconferencia? Estas cuestiones deben ser definidas por los niveles gerenciales y sus equipos y comunicadas claramente. Al comunicarnos digitalmente no sabemos qué está haciendo la otra persona en ese momento. Al no conocer el contexto de nuestro interlocutor, puede pensarse que no le interesa el asunto que le estamos planteando, cuando en realidad puede estar corriendo a alcanzar un transporte público o en su casa tratando de calmar a su hija pequeña que llora desconsoladamente.
15 Es importante señalar que el Perú cuenta con la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales y su respectivo Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 003-2013-JUS.

de las labores en el trabajo tradicional y en el mismo local de la empresa no sólo resultaba más práctico y accesible proteger al trabajador sino también determinar responsabilidades.

Por el momento es una incertidumbre la casuística que se irá originado respecto a accidentes durante la jornada del trabajo remoto. No solo es materia de preocupación si hay o no responsabilidad de parte de la empresa, sino también y quizá más importante como se puede prever accidentes laborales dentro del domicilio del trabajador durante la ejecución del trabajo remoto. La Ley 30036 es muy genérica al respecto y si bien ratifica la Seguridad y Salud en el trabajo como un derecho del trabajador, señala que deberá aplicarse en lo que fuera pertinente y deberá de considerarse las características especiales del teletrabajo.

Un derecho importante del trabajador, que también merece ser revisado y que quizá no se vería favorecido con la aplicación del trabajo remoto o teletrabajo **es el derecho a la Libertad Sindical**, el cual se vería quizá más limitado, aunque no debemos olvidar que vivimos en un mundo globalizado y que la tecnología es una aliada para la comunicación.

Las discrepancias y casuísticas que se irán generando a consecuencia del trabajo remoto o teletrabajo serán en los que se basarán los futuros litigios laborales en nuestro país.

Por otro lado, es muy importante mencionar que las empresas deberán acelerar la modernización tecnológica hacia la digitalización, esto implica redefinir y posibilitar una futura plataforma de trabajo remoto, para –si subsisten a la crisis– rediseñar sus posibilidades en nuevos modelos de organización y trabajo, capacitando a los trabajadores, para favorecer el desempeño de las prestaciones adaptadas o nuevas, como parte ineludible de este desafío.

Puesto que el mundo que conocíamos ya no es el mismo, será necesario en la pospandemia redefinir los patrones laborales tradicionales como lugar, tiempo y condiciones de trabajo, permitiendo el retorno de las

actividades y la reactivación económica de manera progresiva pero dinámica, fomentando la posibilidad de que el contrato individual (con el consenso de ambas partes) continúe de manera presencial o remota, en salvaguarda de la salud y seguridad de los trabajadores, de acuerdo a las características de la prestación, para el mantenimiento de los puestos de trabajo y la continuidad de la empresa, quedando la modalidad del teletrabajo definitivamente instalado.

7. Conclusión

Podemos señalar como conclusión, que el teletrabajo en el Perú vino para quedarse y tendrá éxito en la medida que las empresas generen organizaciones de trabajo basadas en la empatía, comunicación constante, buenas relaciones, eficiente supervisión y sobre todo el respecto de los derechos laborales. El objetivo es equiparar el teletrabajo al trabajo presencial y en donde las TIC son las aliadas para alcanzar este objetivo.

Por otro lado, los empleadores y trabajadores deberán adaptarse a las transformaciones para evolucionar y lograr posicionamiento en la nueva realidad pospandemia, debiendo además el sector estatal realizar un acompañamiento mediante políticas públicas acordes a estas acciones.

Muy importante la obligación del Legislador Peruano de adecuar la vigente Ley de Teletrabajo 30036 a las necesidades que nos traslada la aplicación actual del Teletrabajo en el país, a fin de evitar abusos, esclavitud virtual, se quiebre la salud física, mental y emocional de los teletrabajadores.

Muy importante también, la obligación del gobierno a través del órgano fiscalizador respectivo deberá también acomodar su fiscalización a los cambios que genera el Teletrabajo a fin de impedir abusos y siempre teniendo presente el derecho de todo ciudadano a un trabajo digno y decente que permita su realización económica, personal y profesional, derecho amparado por nuestra Constitución y por la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

8. Referencias bibliográficas

ABRAMOVICH, Víctor – COURTIS, Christian

2014, Los derechos sociales como derechos exigibles, primera edición reimpresa, Editorial Trotta, Buenos Aires, Argentina.

ABRAMOVICH, Víctor – BOVINO, Alberto – COURTIS, Christian

2004, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, 1ª edición, 1ª reimpresión, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina.

BIDART CAMPOS, Germán

2015, Teoría General de los derechos humanos, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, Argentina.

ARMAS, Carlos

2005 "El Teletrabajo". Gestión en el Tercer Milenio. Revista de Investigación de la Facultad de

Ciencias Administrativas- UNMS. Lima, volumen 8, número 15, pp. 1-5. Consulta: 16 de agosto de 2019.

<http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/administrativas/article/view/9689/8495>

DIGITALES. Revista Actualidad Laboral. Lima, volumen diciembre 2019, pp. 25.

TORRES, Tessy y Otros

2019 manual de Teletrabajo – OEFA (Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Primera edición setiembre 2019. Sitio web. www.oefa.gog.pe.

EL COMERCIO

2017 "MTPE: Este año habría 1000 nuevos Teletrabajadores en el Perú". El Comercio. Lima, 04 de enero. Consulta: 26 de abril de 2018.

<https://elcomercio.pe/economia/negocios/mtpe-ano-habrian-1-000-nuevos-teletrabajadores-peru-157294>

GAMARRA VILCHEZ, Leopoldo

2019 nuevas Tecnologías y Derechos Laborales. EL CASO DE LAS PLATAFORMAS

GARCIA RAPP, Jorge

2018. Derechos Sociales, Seguridad Social y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, AADTSS. Anuario 2017. Nro. 8, Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. -

GESTIÓN

2018 "Indecopi es la primera entidad estatal que implementa el teletrabajo. Gestión. Lima, 13 de agosto. Consulta: 26 de abril de 2018.

<https://gestion.pe/economia/management-empleo/coronavirus-peru-mtpe-martin-ruggiero-gobierno-evalua-extender-trabajo-remoto-hasta-por-lo-menos-fin-de-ano-debido-al-covid-19-nndc-noticia/>

GESTIÓN

2020 gobierno evalúa extender trabajo remoto hasta por lo menos fin de año debido al COVID-19. Gestión. Lima, 25 de julio 2020. Consulta: 03 de agosto 2020.

<https://gestion.pe/economia/management-empleo/indecopi-primera-entidad-estatal-implementa-teletrabajo-241386-noticia/>

A person wearing a white helmet and a black t-shirt is shown from the back, looking at a smartphone. The background is a blurred city street with cars and trees. The text is overlaid on the left side of the image.

LAS NUEVAS TENDENCIAS

LA DIGITALIZACIÓN DEL TRABAJO
Y LA DESPROTECCIÓN ANTE SUS
NUEVAS MODALIDADES



Mag. Marcos Alberto Suclupe Mendoza

Asociado del Estudio Elías Mantero, Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Maestro en Derecho del Trabajo, colaborador permanente de la Revista Actualidad Laboral.



André Víctor Farah Salas

Asociado del Estudio Elías Mantero, Abogado por la Universidad San Martín de Porres, con amplia experiencia en asesorías empresas del sector privado en temas de relaciones laborales individuales y colectivas, sanciones administrativas, despidos, estructuras remunerativas teniendo a cargo procesos en materia laboral con Especialidad en la Nueva Ley Procesal de Trabajo.

Para hablar de este tema tenemos que conocer un poco sobre las plataformas digitales, en ese sentido, para empezar, es conveniente señalar que la tecnología y los continuos avances tecnológicos se han vuelto parte de la vida cotidiana de las personas convirtiéndose en parte del día a día, en la actualidad, no vamos a encontrar una persona que no tenga un celular en el bolsillo, es más, nos animamos inclusive a decir que el mayor porcentaje de persona utilizan un teléfono inteligente.

Entonces, veamos ahora las plataformas digitales; son un canal de comunicación directo entre las empresas y el consumidor final, en otras palabras, son sitios de internet que ofrecen servicios o productos a los que podemos acceder por medio de la tecnología, se ejecutan por medio plataformas digitales o aplicaciones y se instalan en los teléfonos inteligentes, lo que permite una agilización increíble de los tiempos de respuesta del mercado.

Las empresas han empezado a dar mayor uso a las plataformas digitales ya que agilizan y hacen más efectiva la comercialización de sus productos, emplean menos recursos humanos y amplían la distribución de propaganda o información, reduciendo los costos, en el presente artículo veremos las nuevas situaciones que se dan con el uso de las plataformas digitales, temas de los que ya hemos hablado con anterioridad.

Efectivamente, la contratación de servicios por medio de las plataformas digitales se ha vuelto parte del día a día, lo que ha sido aprovechado por las empresas, ya que no se requiere contar con tanto personal para la atención de los clientes, sino que estos interactúan con la aplicación la cual les proporciona la información necesaria para la adquisición de un servicios o productos, por ejemplo la aplicación Uber, que le permite al usuario obtener el servicio de transporte, o la aplicación Glovo, que les permite a los usuarios comprar productos, alimentos o hacer envíos a otras personas, facilitando la transferencia y venta de productos y el comercio, de esa misma manera, podemos seguir nombrando muchas otras aplicaciones similares.

Al respecto de lo mencionado cabe precisar que, el asunto ahora inclusive durante la pandemia es ¿si los contratados por intermedio de las plataformas digitales deben o no tener derechos laborales? Para poder responder esta pregunta analizaremos brevemente algunas sentencias que se han dado de estos casos.

Ya en anteriores oportunidades, hemos comentado en algunas notas y artículos estos casos, es decir, de los riders, por lo que a continuación repasaremos un poco sobre las sentencias y de los artículos comentados para tener una mejor perspectiva de como se ha ido manejando el tema en estas situaciones y como fueron tomadas frente al derecho del trabajo.

I. Antecedentes

Una sentencia comentada por el doctor **José Eduardo López Ahumada**, emitida por el Juzgado de lo Social N.º 33 de Madrid, el cual emitió la sentencia 53/2019, en la que señalaba que existen nuevas formas de trabajo asociadas a las Tecnologías de la Información y Comunicación (conocidas como TIC). La mencionada sentencia es sobre la existencia de la relación laboral entre un trabajador (rider) de la empresa **GLOVO APP**, debido a su participación e incitación a la huelga con insultos y amenazas a otros compañeros. Se señaló en ese entonces que, existían una serie de indicios de los que se podría inferir que el vínculo era de naturaleza laboral, tales como, la ajeneidad de los frutos, la naturaleza de los servicios que presta el trabajador, el riesgo asumido por el empleador, la provisión de elementos de trabajo e inclusive la percepción de una remuneración.

De este caso se ha verificado indicios de laboralidad, en las actividades económicas de lo que se ha denominado como economías colaborativas, y por consiguiente la existencia de una relación laboral encubierta.

También debemos comentar la sentencia emitida por la cámara Octava del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre un procedimiento judicial entre Yodel Delivery Network LTD (YODEL), y; un usuario de su aplicación que solicitaba que la relación con dicha

empresa sea calificada como laboral.

En este caso para el doctor Federico Rosenbaum Carli, en el pronunciamiento se alude a que la característica esencial de una relación laboral y es que, durante un cierto período de tiempo, una persona presta servicios para y bajo la dirección de otra persona a cambio de una remuneración (es decir, la existencia de **una prestación personal, durable** en el tiempo, a cambio de una remuneración y en régimen de **subordinación**). En ese sentido, un trabajador sería una persona que, actúa bajo la dirección de su empleador, en particular, en lo que respecta a su libertad de elegir el momento, el lugar y contenido de su trabajo, no comparte los riesgos comerciales del empleador y, durante esa relación, forma parte integral de la empresa de ese empleador, por lo que forma una unidad económica con esa empresa; **ajeneidad de los frutos**.

Señala el Tribunal que, cuando mayor sea el margen de maniobra, sobre la elección del tipo de trabajo, la forma o el tiempo que aplique a su desarrollo y la libertad de contratar su propio personal, más estamos ante un servicio de tipo independiente.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también agrega que en el proceso de calificación del vínculo **se deberá determinar si su independencia es meramente hipotética, ficticia o nominativa**.

Veamos un caso más, en Uruguay el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º Turno, el 03 de junio de 2020, ha considerado intrascendente la determinación de la naturaleza de la actividad cumplida por Uber, es decir, sin verificar si solo se trata de una empresa de tecnología o una empresa de transporte. Por lo que sin perjuicio de la herramienta tecnológica que conecta al cliente con el prestador del servicio el tribunal se ha pronunciado a favor de considerar a Uber como una empresa de transporte.

El Tribunal considero que Uber desarrolla el poder de dirección por medio de su plataforma, es decir, poder de dirección (impartir órdenes como ir a un determinado destino, recoger a una persona, etc) y de sanción

(suspensión temporal de cuentas, lo que implica una suspensión perfecta, no hay labor efectiva y por consiguiente no hay pago o ganancias). Asimismo, el tribunal destaca la recomendación 198 de la OIT como marco teórico aplicable al caso y el elemento de la subordinación ya que la empresa dirige y controla las actividades del conductor.

Debemos de destacar, la opinión del destacado profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia, Adrián Todoli¹, sobre la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de España en el caso de repartidores de plataformas.

El profesor Todoli, nos recuerda que el TJUE dictó auto el día 22 de abril de 2020, asunto C 692/19, en el cual dispone que la Directiva 2003/88/CE debe interpretarse en el sentido de que excluye de ser considerado «trabajador» a los efectos de dicha directiva, a una persona contratada por su posible empleador en virtud de un acuerdo de servicios que estipula que es un empresario independiente, si esa persona dispone de facultades:

- de utilizar subcontratistas o sustitutos para realizar el servicio que se ha comprometido a proporcionar;
- aceptar o no aceptar las diversas tareas ofrecidas por su supuesto empleador, o establecer unilateralmente el número máximo de esas tareas;
- proporcionar sus servicios a cualquier tercero, incluidos los competidores directos del empleador putativo: y
- fijar sus propias horas de «trabajo» dentro de ciertos parámetros y adaptar su tiempo a su conveniencia personal en lugar de únicamente los intereses del supuesto empleador.

El TJUE establece dos salvedades:

1. Que la independencia de esa persona no parezca

ficticia.

2. Que no sea posible establecer la existencia de una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador. Corresponde al tribunal remitente, teniendo en cuenta todos los factores relevantes relacionados con esa persona y con la actividad económica que realiza, calificar la situación profesional de esa persona en virtud de la Directiva 2003/88.

El profesor Todoli, nos recuerda que esa resolución del TJUE establece una salvaguarda: la inaplicación de la Directiva 2003/88/CE se excluye cuando la independencia del prestador del servicio parezca ficticia y cuando exista una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador.

Siendo así, la sentencia del TS de 11 de mayo de 1979, ya explicó que se debe de destacar los nuevos indicios de laboralidad, como que «la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa».

Otros indicios de laboralidad que menciona la sentencia, es el hecho de que el repartidor trabaje bajo una marca ajena, que el medio de producción es la “plataforma digital” (reputación digital), que las decisiones comerciales son tomadas por la empresa, el precio de los servicios prestados, la forma de pago y la remuneración a los repartidores se fija exclusivamente por la empresa, los repartidores no perciben sus honorarios directamente de los clientes finales de la plataforma sino que el precio del servicio lo recibe la empresa, quien posteriormente abona su retribución a los repartidores y que existe la ajenidad en los frutos porque la empresa se apropia de manera directa del resultado de la prestación de trabajo, el cual redundará en beneficio de dicha empresa, que hizo suyos los frutos del mismo².

1 <https://adriantodoli.com/2020/09/30/comentario-a-la-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre-los-falsos-autonomos-en-glovo/>

2 Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre los falsos autónomos en Glovo, Posted on 30 septiembre, 2020 by Adrián Todolí (<https://adriantodoli.com/blog/page/2/>)

Teniendo más un sentido global al respecto, nace un concepto de “digitalización del trabajo”, estamos evidentemente ante un mercado laboral creciente, sin embargo, en nuestro país no existe protección alguna para quienes desarrollan sus actividades bajo esta modalidad de servicios y a continuación veremos desde otro punto de vista muy importante, más aún en el marco de la pandemia desatada por el coronavirus o COVID-19.

II. Sobre los Seguros que deben de cubrir a un Rider

Como ya señalamos, existe inseguridad ya que aún no se ha determinado si se deben de llamar trabajadores subordinados o trabajadores independientes a los repartidores y conductores de diversas plataformas como las conocidas Glovo, Rapid, Uber, Beat, entre otros, como bien se ha tratado en el artículo denominado “El caso de los “riders”: ¿Europa no se pone de acuerdo?”³, mientras tanto nos surge la siguiente interrogante: ¿Quién debe asumir el gasto de los seguros que cubren a un rider o a un conductor?

La labor que realizan los riders consiste en recoger y entregar pedidos en auto, moto o bicicleta, con la finalidad que el usuario de la aplicación reciba su pedido. Debemos de indicar que, en nuestro país, para que una persona que desee realizar los servicios de transporte, recojo y entrega de pedidos debe de afiliarse a la plataforma y presentar requisitos como: DNI, Pasaporte o Carnet de extranjería, Brevete, Seguro SOAT, Tarjeta de propiedad del vehículo, Código Interbancario, RUC, Clave / Usuario SOL, Cuenta detracción, Récord Vehicular, entre otros; asimismo realizar un curso donde explican los tipos de usuarios, las ventajas de realizar el servicio, los requisitos, los procesos a realizar, en resumen las actividades que se deben de hacer.

Un detalle que se debe considerar es que en el trayecto del servicio se pueden presentar diversos tipos de

acontecimientos como un accidente de tránsito, un asalto, una pérdida de la mercancía que afectarán directamente al rider, como a la tienda comercial y al usuario.

Ante estas circunstancias nos preguntamos que seguro se podría contratar para proteger la vida de la persona que realiza el traslado de la mercancía, como la mercancía en sí. Ello en la medida que, al no considerarse esta relación como una de índole laboral no existiría la obligación de contar con el seguro de Vida Ley, que ordena la contratación de un seguro de Vida en favor del trabajador desde el inicio de la relación laboral (Decreto Supremo 044-2019).

El mercado de seguros nos brinda distintos tipos de seguros que se podrían contratar para asumir los siniestros que podrían ocurrir en el transcurso del servicio, entre ellos tenemos:

Seguro de automóviles: Tiene por objeto la prestación de indemnizaciones derivadas de accidentes producidos a consecuencia de la circulación de vehículos. Las coberturas que generalmente otorgan son: daños personales (invalidez o muerte), pagos de atención médica, hospitalaria, quirúrgica, farmacéutica y gastos de recuperación o de rehabilitación del accidentado y los daños materiales que comprendan la indemnización a terceros por los perjuicios ocasionados en su patrimonio y los daños ocasionados en el propio vehículo.

Seguro de responsabilidad civil: Es el seguro por el cual el asegurador se compromete a indemnizar al asegurado por el daño que pueda sufrir su patrimonio a consecuencia de las reclamaciones que le efectúe un tercero, por la responsabilidad civil en que el asegurado o sus dependientes hayan podido incurrir ocasionándole perjuicios (cubre las cantidades de las que el asegurado resulte civilmente responsable)

Seguro de robo: El asegurador se compromete a indemnizar al asegurado por los daños sufridos a consecuencia de la desaparición, deterioro o destrucción de los objetos asegurados causados por robo o tentativa de robo.

Seguro de vida: El objeto de este seguro es la vida del asegurado y el pago de la indemnización pactada en el contrato (póliza) de seguro, depende de la muerte o de la sobrevivencia del asegurado a una fecha determinada.

Seguro de accidentes personales: Cubre el riesgo de muerte, invalidez o incapacidad del asegurado, sólo por causa de accidente previsto en la póliza y hasta el monto acordado.

Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT): El SOAT es un seguro de accidentes personales que da cobertura de muerte y lesiones corporales a las personas ocupantes o terceros no ocupantes de un vehículo automotor, como consecuencia de accidentes de tránsito en que haya intervenido dicho vehículo.

Seguro Indemnizatorio COVID-19: Seguro para cubrir personal en planilla y familiares directos de los trabajadores frente al riesgo de contraer COVID-19.

En el caso de los rider, debemos de empezar determinando a quien pertenece la mercancía en el transcurso del tiempo entre el recojo y la entrega de la misma producto del servicio: de la tienda comercial, del usuario final, de la empresa propietaria de la plataforma o del rider; ante estas interrogantes aún no resueltas, se suma una adicional: quien debe de asumir el riesgo ante el caso de un siniestro: la tienda comercial que expide el producto, el usuario que solicitó el servicio, la plataforma que brinda el servicio de recojo y entrega o el rider que realiza el servicio.

Son interrogantes que, en la coyuntura actual, en donde se requiere un mayor servicio de recojo y entrega de mercancías, en donde se necesita la tranquilidad de

saber quién se hace responsable en caso ocurra un siniestro en ese tiempo que existe entre el recojo y entrega de mercadería es que se hace necesario una mayor regulación en este tipo de servicios, aquí cabe hacer mención de que los casos de repartidores de tienda, quien se hace responsable es la misma tienda con la que contratas el servicio, a diferencia de las plataformas digitales.

De los seguros mencionados, si hablamos de los sujetos contractuales, sólo tendríamos la seguridad de mencionar que el asegurador será la compañía de seguros, pero la incertidumbre se encuentra en determinar quién es el asegurado, quien es el beneficiario y finalmente quien es el contratante del seguro.

Muy aparte se encuentra la problemática en determinar si existe una relación laboral entre un rider y la empresa propietaria de la plataforma, para ello hay que determinar si realmente concurren los tres elementos esenciales de una relación laboral: prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.

La recomendación 198 de la Organización Internacional de Trabajo enuncia otros indicadores como: i) la integración del trabajador a la organización de la empresa, ii) la realización del trabajo según instrucciones o bajo el control de otra persona, iii) el trabajo realizado en beneficio única o principalmente de otra persona, iv) la realización personal del trabajo en horario determinado en el lugar indicado o aceptado por quien ejecuta el trabajo, v) trabajo de cierta duración y continuidad, vi) la disponibilidad del trabajador, vii) el suministro de herramientas, materiales y maquinarias; viii) la remuneración periódica, ix) que ésta constituya la única o principal fuente de ingresos del trabajador, x) la entrega de prestaciones en especie como alimentación, vivienda y transporte, xi) las vacaciones y el descanso semanal, xii) el pago de los viajes que deba emprender el trabajador para ejecutar el trabajo, xiii) y la ausencia de riesgos financieros para el trabajador (Rosebaund Carli).

Asimismo, si se determina que existe una relación Laboral, Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 10° señala, que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la Ley y para la elevación de su calidad de vida; precisando el artículo 12° que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles.

El 15 de mayo de 1997 se promulga la Ley N.º 26790 "Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud" señalando en su artículo 2°, que el Seguro Social de Salud otorga cobertura a sus asegurados brindándoles prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios para el cuidado de su salud y bienestar social, trabajo y enfermedades profesionales; estando a cargo del IPSS hoy ESSALUD.

La salud es uno de los aspectos más importantes en la vida de todo ser humano. En el Perú, se establece el sistema de Seguridad Social en Salud mediante la Ley N° 26790 que reconoce el derecho, a todo trabajador en planilla de un empleador el libre acceso a prestaciones de salud a cargo de entidades mixtas o privadas, siendo de cargo del empleador el aporte al Seguro Social de Salud de sus afiliados regulares en actividad y sus afiliados regulares pensionistas, dichos aportes equivalen a:

- Afiliados regulares en actividad: 9% de la remuneración o ingreso.
- Afiliados regulares pensionistas: 4% de la pensión.

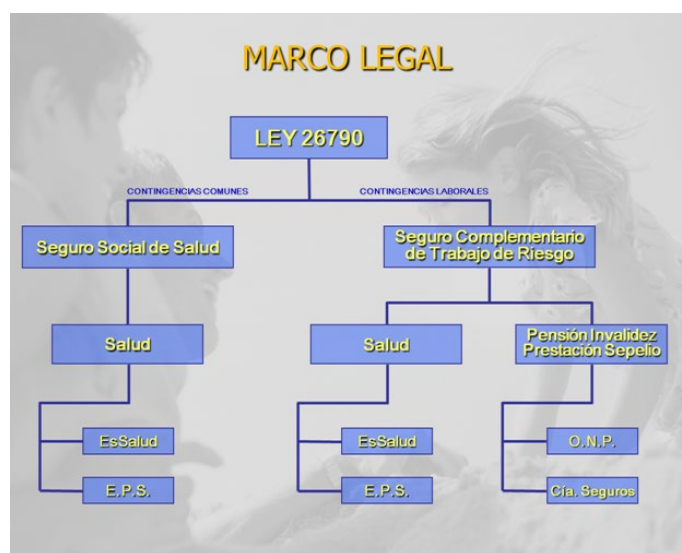
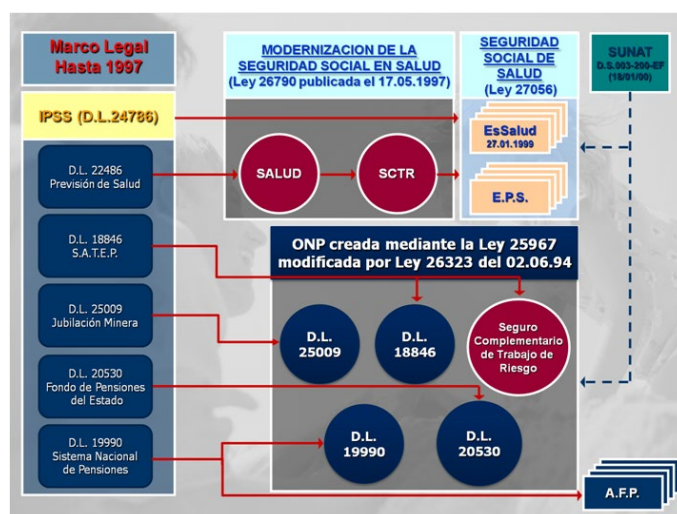
En el presente artículo presentaremos, en resumen, los seguros que existen en el sistema privado laboral.

LOS SEGUROS EN EL SISTEMA PRIVADO LABORAL

- SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL – EsSalud
- SISTEMA DE ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD (EPS)
- SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO (SCTR)

- SEGURO DE VIDA LEY

1.- SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL–EsSalud



ASPECTOS NORMATIVOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El 29 de enero de 1999 se publica la Ley N° 27056 "Ley de Creación del Seguro Social de Salud" (ESSALUD), estableciendo que dicha institución tiene por finalidad, dar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas y prestaciones sociales que corresponden al Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos.

¿Qué riesgos cubre EsSalud?

- Contingencias Comunes (S.S.S.)

Situaciones necesitadas de protección que no dependen ni están vinculadas con el trabajo habitual del beneficiario, como son las enfermedades y accidentes comunes.

- Contingencias Profesionales (S.C.T.R.)

Las que devienen de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional contraídas en su trabajo habitual (Centro de Trabajo y Entorno Laboral).

2.- SISTEMA DE ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD

LA SUPERINTENDENCIA DE EPS

La SEPS es un organismo público descentralizado del Sector Salud, tiene como finalidad el autorizar, regular y supervisar el funcionamiento de las Entidades Prestadoras de Salud, cautelando el uso correcto de los fondos por éstas administrados y el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias correspondientes, en resguardo de los derechos de los asegurados.

LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD:

Las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) son, distintas a EsSalud, cuyo único fin es prestar servicios de atención de servicios de atención de salud, con infraestructura propia y/o de terceros, sujetándose a los controles de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (SEPS).

El aporte que realiza el empleador no traerá un costo adicional respecto al aporte ante EsSalud; en el presente caso el aporte del empleador se distribuye de la siguiente manera:

	A EsSalud	A la EPS
El 9% del aporte por el empleador	6.75%	2.25%

3.- SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO (SCTR)

Este seguro fue creado por la Ley N° 26790 y se rige de acuerdo a las normas técnicas del D.S. 003-98-SA del 14 de abril de 1998.

Otorga prestaciones de salud y económicas por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a los trabajadores, empleados y obreros, que tienen la condición de afiliados regulares del Seguro Social de Salud y que laboran en un centro de trabajo en el que se desarrollan las actividades de riesgo previstas por la ley (Anexo N° 5 del Decreto Supremo N° 003-98-SA).

Las prestaciones de Salud son otorgadas por Essalud o por una EPS, mientras que las prestaciones económicas serán contratadas por la entidad empleadora, a su libre elección, con una Compañía de Seguros o con la ONP.

La obligación de contratar y pagar este seguro es de los empleadores que realizan actividades de riesgo, así como toda institución que destaque personal hacia centros de trabajo donde se ejecuten las actividades de riesgo.

¿Quiénes deben asegurarse?

Esta ley estipula que son asegurados obligatorios, la totalidad de los trabajadores del centro de trabajo en la cual se desarrollan las ACTIVIDADES PRODUCTIVAS DE ALTO RIESGO, así como todos los demás trabajadores, que no perteneciendo a dicho centro de trabajo se encuentren regularmente expuestos al riesgo por razón de sus funciones, sean empleados u obreros, eventuales, temporales o permanentes.

Incluye a las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios especiales, contratistas y subcontratistas y toda institución de intermediación o provisión de mano de obra.

¿Cuáles son las Prestaciones Económicas del SCTR?

El SCTR otorga las siguientes prestaciones:

- Pensiones de invalidez total o parcial.
- Pensiones de sobrevivencia.
- Gastos de sepelio.

4.- SEGURO DE VIDA LEY

El Decreto Legislativo 688, modificado por la Segunda

Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto de Urgencia N° 044-2019, que regula el derecho de los trabajadores sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo 728 a un Seguro de Vida a cargo del empleador, a partir del inicio de la relación laboral para sus trabajadores, empleados u obreros. Los beneficiarios son el cónyuge, conviviente, descendientes, y a falta de ellos, los ascendientes y hermanos menores de dieciocho (18) años de edad.

MONTO DEL BENEFICIO:

El monto del beneficio es el siguiente:

- Por fallecimiento natural: 16 remuneraciones en base al promedio recibido en el último trimestre previo al fallecimiento.
- Por fallecimiento a consecuencia de un accidente: 32 remuneraciones mensuales percibidas por el trabajador en la fecha previa al accidente.
- Por invalidez total o permanente del trabajador originada por accidente se abonará 32 remuneraciones mensuales percibidas por el trabajador en la fecha previa al accidente.

Como hemos mencionado, estos son los seguros que los empleadores no deben dejar de brindar u ofrecer a sus trabajadores al nacer la relación laboral (con las respectivas características y condiciones de cada uno de ellos).

III. CONCLUSIONES

Para determinar si una relación es de índole laboral o no, primero debemos determinar si se cumplen con los elementos de la relación de trabajo, por ejemplo en el caso de la subordinación, podemos verificar que esta no solo se da al obedecer órdenes, sino también en los casos en que la empresa imparte lineamientos para la prestación del servicio, lineamientos de atención al cliente, forma de reparto, uso de logotipos o prohibición de utilizar otras marcas que no sean de la empresa (exclusividad), entre otras, la prestación personal de servicios, que no solo implica prestar labores en un rango horario sino

también, el hecho de no poder ser reemplazado por otras personas o de servirse de terceros o de apoyarse en terceros para el cumplimiento del servicios, en caso de incumplimientos las sanciones que la empresa pueda impartir a sus colaboradores, como suspensión de su cuenta, por un tiempo determinado o incluso la cancelación de su cuenta. Por último, la remuneración, que vendría a ser la ganancia que les genera el servicio y que al final se convierte n la fuente de sostenimiento del titular de la cuenta.

Si se determina la existencia de la relación laboral del titular de la cuenta, debería de estar cubierto por los seguros que las leyes laborales les otorgan a los trabajadores, tales como Sistema de seguridad social – Essalud, Sistema de entidades prestadoras de salud (EPS), Seguro complementario de trabajo de riesgo (SCTR), Seguro de Vida ley, entre otros.

Consideramos que a la fecha aún no se encuentra claro la manera de calificar normativa y jurídicamente la relación contractual entre el titular de la cuenta con la empresa proveedora del software, quedando aun mucho trabajo por realizar a la hora de investigar y analizar la verdadera naturaleza de la relación contractual entre los sujetos materia del presente artículo, pero del análisis de la jurisprudencia se ha denotado una inclinación a afirmar que existe una relación de trabajo, por consiguiente, el reconocimiento de derechos laborales.

BIBLIOGRAFIA:

1. Artículo del Dr. Eduardo López Ahumada para Actualidad Laboral: <https://actualidadlaboral.com/medidas-de-proteccion-laboral-y-de-seguridad-social-aplicadas-en-espana-durante-el-estado-de-alarma-provocado-por-la-epidemia-del-covid-19/>
2. Artículo del Dr. Federico Rosebaum Carli sobre la publicación en su blog: <https://federicorosenbaum.blogspot.com>
3. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre los falsos autónomos en Glovo: <https://adriantodoli.com/2020/09/30/comentario-a-la-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre-los-falsos-autonomos-en-glovo/>



NORMAS LEGALES

Aprueban creación de la Plataforma Digital denominada Mesa de Partes Digital en el Seguro Social de Salud - ESSALUD y el documento “Disposiciones para la tramitación de documentación a través de la Mesa de Partes Digital en el Seguro Social de Salud - ESSALUD”

Resolución de Gerencia General N° 1530-GG-ESSALUD-2020

Lima, 17 de diciembre de 2020

VISTOS

El Memorando N° 378-SG-ESSALUD-2020 e Informe N° 205-OGD-SG-ESSALUD-2020, de la Secretaría General; la Nota N° 075-GCTIC-ESSALUD-2020 e Informe N° 293-SGSA-GSIT-GCTIC-ESSALUD-2020, de la Gerencia Central de Tecnologías de Información y Comunicaciones; el Memorando N° 7241-GCPP-ESSALUD-2020 e Informe N° 296-GOP-GCPP-ESSALUD-2020, de la Gerencia Central de Planeamiento y Presupuesto; la Nota N° 1751-GCAJ-ESSALUD-2020 e Informe N° 743-GNAA-GCAJ-ESSALUD-2020, de la Gerencia Central de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO

Que, a través del Decreto Supremo N° 008-2020-SA, se declara la Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y se dictan medidas de prevención y control por la existencia del COVID-19 que fue prorrogado por los Decretos Supremos N° 020-2020-SA, N° 027-2020-SA y N° 031-2020-SA;

Que, con Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, incluido sus modificatorias, ampliatorias y prórrogas, se declaró el Estado de Emergencia Nacional y se dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación

a consecuencia del brote de la COVID-19; disponiéndose asimismo una serie de medidas para el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito durante la vigencia del Estado de Emergencia Nacional, así como para reforzar el Sistema de Salud en todo el territorio nacional, entre otras medidas necesarias para proteger eficientemente la vida y la salud de la población, reduciendo la posibilidad del incremento del número de afectados por el COVID-19;

Que, mediante Resolución Ministerial N° 103-2020-PCM, se aprueba los “Lineamientos para la atención a la ciudadanía y el funcionamiento de las entidades del Poder Ejecutivo, durante la vigencia de la declaratoria de emergencia sanitaria producida por el Covid-19, en el marco del Decreto Supremo N° 008-2020-SA”, a través del cual se establece en el apartado 5.2 del numeral 5 para el desarrollo de actividades y procedimientos internos, que las entidades mantengan operativas las mesas de partes virtuales y optimicen su funcionamiento, a fin de asegurar que las entidades del Poder Ejecutivo continúen funcionando de manera interconectada y se mantenga una correcta administración de la gestión documental; asimismo dispone que en caso de no contar con una mesa de partes virtual habilitada, se puede establecer un correo institucional para la recepción de documentos;

Que, la Primera Disposición Complementaria Final de la precitada Resolución Ministerial señala que cada entidad del Poder Ejecutivo se encuentra facultada para aprobar lineamientos específicos para regular su funcionamiento, entrega de bienes, prestación de servicios y trámites, y acciones para la atención a la ciudadanía durante la vigencia de la declaratoria de emergencia sanitaria producida por el COVID- 19; sin transgredir lo dispuesto en los lineamientos aprobados y siguiendo los lineamientos emitidos por el Ministerio de Salud;

Que, mediante Decreto Legislativo N° 1497, se establecen medidas para promover y facilitar condiciones regulatorias que contribuyan a reducir el impacto en la economía peruana por la emergencia sanitaria producida por el COVID -19, disponiendo en su Cuarta Disposición Complementaria Transitoria la suspensión, hasta el 31 de diciembre del año 2020, de la aplicación del numeral 123.3 del artículo 123 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo referido a la obligación de la presentación física del escrito o documentación por parte de los administrados;

Que, con Resolución de Gerencia General N° 513-GG-ESSALUD-2020 se disponen medidas excepcionales y temporales para la gestión documental en el Seguro Social de Salud–ESSALUD, mientras se encuentre vigente la emergencia sanitaria y emergencia nacional declaradas mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA y Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, y demás disposiciones que dicte la autoridad competente; siendo una de las medidas dispuestas la recepción de documentos y comunicaciones de carácter externo a través del correo institucional mesadepartes.central@essalud.gob.pe o de los correos electrónicos institucionales de los funcionarios de las unidades de organización responsables de su atención y trámite;

Que, de acuerdo con el artículo 25 del Texto Actualizado y Concordado del Reglamento de Organización y Funciones del Seguro Social de Salud–ESSALUD, aprobado por Resolución de Presidencia Ejecutiva

N° 767-PE-ESSALUD-2015 y sus modificatorias, la Secretaría General es responsable de la adecuada administración documentaria, gestión del archivo y biblioteca;

Que, asimismo, conforme al artículo 26 del Texto Actualizado y Concordado del Reglamento de Organización y Funciones del Seguro Social de Salud, la Oficina de Gestión Documentaria es la unidad orgánica, dependiente de la Secretaría General, responsable de administrar el Sistema de Trámite Documentario Institucional y ejecutar las actividades relacionadas a la admisión de la documentación presentada por los usuarios y del envío de la correspondencia de la Sede Central, mediante los servicios de recepción, registro, distribución y control documentario;

Que, mediante el Memorando e Informe de vistos, la Oficina de Gestión Documentaria de la Secretaría General indica que la Plataforma de la Mesa de Partes Digital constituye el reemplazo al correo electrónico mesadepartes.central@essalud.gob.pe que se implementó a inicios del estado de emergencia, para el proceso de recepción de documentos;

Que, con la Nota e Informe de vistos, la Gerencia Central de Tecnologías de Información y Comunicaciones señala que el Mesa de Partes Digital es una plataforma digital que permitirá al público presentar documentos electrónicamente ante la entidad, desde cualquier lugar y momento, sin necesidad de apersonarse a las instalaciones de ESSALUD, alineadas a las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 y al modelo de Gestión Documental de ESSALUD;

Que, mediante el Memorando e Informe de vistos, la Gerencia Central de Planeamiento y Presupuesto encuentra conforme los planteamientos referidos a la administración documentaria en la Institución, los que resultan acordes a la competencia y funciones de la Secretaría General, así como la propuesta de disposiciones para la tramitación de documentación a través de la Mesa de Partes Digital en el ESSALUD;

Que, con Nota e Informe de Vistos, la Gerencia Central

de Asesoría Jurídica encuentra viable la aprobación de la creación de la Plataforma denominada Mesa de Partes Digital y las disposiciones para la tramitación de documentación a través de la misma;

Que, conforme a lo señalado en el literal b) del artículo 9 de la Ley N° 27056, es competencia del Gerente General dirigir el funcionamiento de la Institución, emitir las directivas y los procedimientos internos necesarios, en concordancia con las políticas, lineamientos y demás disposiciones del Consejo Directivo y del Presidente Ejecutivo;

Con los vistos de la Secretaría General, de la Gerencia Central de Tecnologías de Información y Comunicaciones, de la Gerencia Central de Planeamiento y Presupuesto, y de la Gerencia Central de Asesoría Jurídica; y,

Estando a lo expuesto, y en uso de las atribuciones conferidas;

SE RESUELVE:

1. APROBAR la creación de la Plataforma Digital denominada Mesa de Partes Digital en el Seguro Social de Salud – ESSALUD, la cual reemplazará el uso del correo electrónico mesadepartes.central@essalud.gob.pe para la recepción de la documentación remitida por las entidades públicas y privadas y personas naturales.

2. APROBAR el documento “Disposiciones para la tramitación de documentación a través de la Mesa de Partes Digital en el Seguro Social de Salud – ESSALUD”.

3. DEJAR SIN EFECTO la Resolución de Gerencia General N° 513-GG-ESSALUD-2020 que estableció medidas excepcionales y temporales en materia de gestión documental en el Seguro Social de Salud – ESSALUD.

4. DISPONER que la Secretaría General y la Gerencia Central de Tecnologías de Información y Comunicaciones, en el marco de sus competencias, se encarguen de la difusión, asesoría técnica, monitoreo y supervisión del uso de la Mesa de Partes Digital, así

como adopten las acciones que resulten necesarias para su implementación y el cumplimiento de las disposiciones aprobadas.

5. ENCARGAR a la Secretaría General la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano, así como en el Portal Institucional del Seguro Social de Salud–ESSALUD (www.essalud.gob.pe), el mismo día de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, y en el Compendio Normativo Institucional de ESSALUD.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALFREDO R. BARREDO MOYANO

Gerente General

Modifican la Res. N° 137-PE-ESSALUD-2016, a fin de ampliar la competencia del “Centro de Validación de Incapacidad Temporal - CEVIT Central” para atender de manera virtual la validación del Certificado Médico de los asegurados a nivel nacional

Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 1170-PE-ESSALUD-2020

Lima, 21 de diciembre de 2020

VISTOS

El Memorando N° 2480-GCSPE-ESSALUD-2020 e Informe N° 021-GAAA-GCSPE-ESSALUD-2020 de la Gerencia Central de Seguros y Prestaciones Económicas; el Memorando N° 6344-GCPP-ESSALUD-2020 e Informe N° 257-GOP-GCPP-ESSALUD-2020 de la Gerencia Central de Planeamiento y Presupuesto; y el Memorando N° 1839-GCAJ-ESSALUD-2020 e Informe N° 682-GNAA-GCAJ-ESSALUD-2020 de la Gerencia Central de Asesoría Jurídica, y;

CONSIDERANDO

Que, de conformidad con el numeral 1.2 del artículo 1° de la Ley N° 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud, ESSALUD tiene por finalidad dar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas y prestaciones sociales que correspondan al régimen contributivo de la Seguridad

Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos;

Que, mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 4-3-ESSALUD-2020 de fecha 06 de febrero de 2020, se aprobó el Plan Estratégico Institucional 2020-2024 del Seguro Social de Salud-ESSALUD, el cual establece como segundo objetivo estratégico “Brindar a los asegurados acceso oportuno a prestaciones integrales y de calidad

acorde a sus necesidades”;

Que, mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA, se declara la Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de 90 días calendario y se dicta medidas de prevención y control del COVID-19; prorrogándose a partir del 8 de setiembre de 2020 por un plazo de noventa (90) días calendario, la emergencia sanitaria según lo decretado mediante Decreto Supremo N° 027-2020-SA;

Que, con Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, se declara el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de 15 días calendario y se dispuso el aislamiento social obligatorio—cuarentena—por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, el cual ha sido prorrogado por Decreto Supremo N° 174-2020-PCM, hasta el lunes 30 de noviembre de 2020;

Que, en el literal b) del numeral 1 de los “Lineamientos para la atención a la ciudadanía y el funcionamiento de las entidades del Poder Ejecutivo, durante la vigencia de la declaratoria de emergencia sanitaria producida por el Covid-19, en el marco del Decreto Supremo N° 008-2020-SA” aprobados mediante Resolución Ministerial N° 103-2020-PCM, se establece que las entidades deben priorizar y establecer la alternativa de virtualizar y habilitar la digitalización de trámites, servicios u otros, así como mecanismos no presenciales en lo que fuera posible para la entidad;

Que, en el punto 3.2 del numeral 3 de los Lineamientos en mención, referidos a la atención a la ciudadanía y funcionamiento de las entidades, se estipula evaluar e implementar, de manera progresiva, la digitalización de trámites a través de ventanillas virtuales y promover la simplificación administrativa, a fin de reducir el traslado de la ciudadanía a las entidades públicas, con especial énfasis en las poblaciones vulnerables y grupos de riesgo;

Que, en la Octava Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1497 que establece medidas para promover y facilitar condiciones regulatorias que contribuyan a reducir el impacto en la economía peruana por la emergencia sanitaria producida por el COVID-19, se otorgó el plazo hasta el 31 de diciembre del año 2020 para que las entidades del Poder Ejecutivo dispongan la conversión de los procedimientos administrativos a iniciativa de parte y servicios prestados en exclusividad que se encuentren aprobados a la entrada en vigencia del citado Decreto Legislativo, a fin que puedan ser atendidos por canales no presenciales, con excepción de aquellos que demanden la realización de diligencias en las que se requiera de manera obligatoria la concurrencia del administrado y de aquellos que forman parte de la estrategia Mejor Atención al Ciudadano – MAC. Asimismo, se señaló que las entidades del Poder Ejecutivo disponen las acciones necesarias para que en el establecimiento de nuevos procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad su atención se desarrolle por canales no presenciales;

Que, mediante Decreto Supremo N° 014-2016-TR se aprobó el Texto Único de Procedimientos Administrativos TUPA del Seguro Social de Salud – ESSALUD, y con la Resolución Ministerial N° 109-2019-TR se eliminaron, simplificaron y retiraron del TUPA varios procedimientos administrativos, indicando como Servicio Prestado en Exclusividad N° 11 a la Validación de Certificado Médico;

Que, con Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 137-PE-ESSALUD-2016 se conformó la Unidad Funcional denominada “Centro de Validación de Incapacidad Temporal -CEVIT Central” en la Gerencia de Acceso y Acreditación del Asegurado de la Gerencia Central de Seguros y Prestaciones Económicas, responsable

de atender los requerimientos de los asegurados, empresas o instituciones que necesiten la validación del Certificado Médico de manera individual o en grupo en el ámbito de Lima y la Provincia Constitucional del Callao;

Que, mediante Memorando de Vistos la Gerencia Central de Seguros y Prestaciones Económicas remite a la Gerencia Central de Planeamiento y Presupuesto el Informe N° 021-GAAA-GCSPE-ESSALUD-2020 en donde concluye en modificar la competencia del “Centro de Validación de Incapacidad Temporal -CEVIT Central” ampliando su cobertura de atención para los asegurados de las regiones del país que de manera alternativa requieren la validación de sus certificados médicos particulares;

Que, con Memorando de Vistos la Gerencia Central de Planeamiento y Presupuesto remite el Informe N° 257-GOP-GCPP-ESSALUD-2020 en el cual se concluye que: “4.1 La modificación del primer numeral de la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 137-PE-ESSALUD-2016 permitirá ampliar el ámbito de competencia del Centro de Validación de Incapacidad Temporal –CEVIT para atender de manera virtual las solicitudes del servicio prestado en exclusividad “Validación de Certificado Médico”, comprendido en el TUPA de EsSalud, que son presentadas por los asegurados que residen en las regiones del país, quienes podrán acceder a la plataforma Ventanilla Integrada Virtual del Asegurado – VIVA; 4.2 La Gerencia de Presupuesto, mediante correo electrónico de fecha 08.10.2020 ha expresado que en lo estrictamente presupuestal, considerando que la Gerencia Central de Seguros y Prestaciones Económicas priorizará la implementación de la mejora en el marco de su presupuesto aprobado para los ejercicios correspondientes, dicha Gerencia emite opinión favorable”;

Que, mediante Memorando e Informe de Vistos la Gerencia Central de Asesoría Jurídica considera viable la propuesta de modificación del primer numeral de la parte resolutive de la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 137-PE-ESSALUD-2016, en donde se establece que se conforma la Unidad funcional denominada “Centro de Validación de Incapacidad Temporal –CEVIT Central” en la Gerencia de Acceso y Acreditación del Asegurado de la Gerencia Central

de Seguros y Prestaciones Económicas, para atender los requerimientos de los asegurados, empresas o instituciones que necesiten la validación del Certificado Médico de manera individual o en grupo en el ámbito de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, así como la atención de las solicitudes presentadas de manera virtual por los asegurados que residen en las regiones del país que en caso lo requieran; sustentada por la Gerencia Central de Seguros y Prestaciones Económicas en su Informe N° 021-GAAA-GCSPE-ESSALUD-2020 y la Gerencia Central de Planeamiento y Presupuesto en su Informe N° 257-GOP-GCPP-ESSALUD-2020; en el marco de lo establecido en los “Lineamientos para la atención a la ciudadanía y el funcionamiento de las entidades del Poder Ejecutivo, durante la vigencia de la declaratoria de emergencia sanitaria producida por el Covid-19, en el marco del Decreto Supremo N° 008-2020-SA” aprobados mediante Resolución Ministerial N° 103-2020-PCM; del Decreto Legislativo N° 1497 que establece medidas para promover y facilitar condiciones regulatorias que contribuyan a reducir el impacto en la economía peruana por la emergencia sanitaria producida por el COVID-19; y de conformidad con lo señalado en el Acuerdo de Consejo Directivo N° 4-3-ESSALUD-2020 que aprobó el Plan Estratégico Institucional 2020-2024 del Seguro Social de Salud – ESSALUD; y la Ley N° 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud–ESSALUD; la misma que debe materializarse por Resolución de Presidencia Ejecutiva;

Que, conforme a lo expuesto en los considerandos precedentes corresponde modificar la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 137-PE-ESSALUD-2016, a fin de ampliar la competencia del “Centro de Validación de Incapacidad Temporal – CEVIT Central” para atender de manera virtual la validación del Certificado Médico de los asegurados a nivel nacional, bajo los mecanismos que implemente la Gerencia Central de Seguros y Prestaciones Económicas;

Que, de conformidad con lo establecido en el inciso c) del artículo 8° de la Ley N° 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud–ESSALUD, es competencia del Presidente Ejecutivo aprobar la estructura Orgánica y Funcional del ESSALUD;

Con las visaciones de las Gerencias Centrales de

Seguros y Prestaciones Económicas, de Planeamiento y Presupuesto, de Asesoría Jurídica y de la Gerencia General;

Estando a lo propuesto y en uso de las facultades conferidas;

SE RESUELVE:

1. MODIFICAR el primer numeral de la parte resolutive de la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 137-PE-ESSALUD-2016, quedando redactado de la siguiente manera:

“CONFORMAR la Unidad funcional denominada “Centro de Validación de Incapacidad Temporal–CEVIT Central” en la Gerencia de Acceso y Acreditación del Asegurado de la Gerencia Central de Seguros y Prestaciones Económicas, para atender los requerimientos de los asegurados, empresas o instituciones que necesiten la validación del Certificado Médico de manera individual o en grupo en el ámbito de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, así como la atención de las solicitudes presentadas de manera virtual por los asegurados que residen en las regiones del país que en caso lo requieran.”

2. DISPONER que la Gerencia Central de Tecnologías de la Información y Comunicaciones y la Gerencia Central de Seguros y Prestaciones Económicas prioricen la adecuación del sistema informático que permita atender el requerimiento de los asegurados, empresas o instituciones que necesiten la validación del Certificado Médico de manera individual o en grupo.

3. ENCARGAR a la Gerencia Central de Operaciones la difusión de lo aprobado por la presente Resolución a las Redes Asistenciales, a fin de que se brinde la orientación respectiva a la población asegurada.

4. ENCARGAR a la Secretaría General la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

FIORELLA G. MOLINELLI ARISTONDO
Presidenta Ejecutiva

ESSALUD

1914636-1

JURISPRUDENCIA



CASACIÓN LABORAL

27773-2017 ICA

Materia: Reposición. PROCESO ABREVIADO – NLPT.

Sumilla: No sería posible sostener que el Colegiado Superior ha incurrido en una incongruencia extra petita, toda vez que ha dado respuesta a lo alegado en el escrito postulatorio y en el debate generado de la discusión en la Audiencia Única, quedando claro que la pretensión formulada en el presente proceso fue la de reposición, y la argumentación respecto a la existencia de un despido fraudulento o incausado, en puridad, es un hecho y no un petitorio; y en tanto hecho, se integra a la pretensión procesal de reposición como elemento de la causa petendi o causa de pedir y no como petitum, como erradamente lo sostiene la demandada.

Lima, tres de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTA

La causa número veintisiete mil setecientos setenta y tres, guion dos mil diecisiete, 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 emite la siguiente sentencia: MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada, Municipalidad Distrital de Subtanjalla, mediante escrito de fecha diez de octubre de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento noventa y cuatro a ciento noventa y ocho, contra la Sentencia de Vista de fecha veinticinco de setiembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento setenta y seis a ciento noventa y uno, que confirmó la Sentencia emitida en primera instancia de fecha siete de julio de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento cuarenta y cuatro a ciento sesenta y cuatro, que declaró fundada la demanda; en el proceso abreviado laboral seguido por el demandante, Carlos Alberto Álvarez Alache, sobre reposición al puesto de trabajo.

CAUSAL EL RECURSO

El recurso de casación presentado por la demandada, Municipalidad Distrital de Subtanjalla, ha sido

declarado procedente mediante resolución de fecha tres de abril de dos mil diecinueve, que corre en fojas setenta y cinco a setenta y siete, por la siguiente causal: i) infracción normativa del numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo al respecto.

CONSIDERANDO

Emitir pronunciamiento de fondo al respecto. CONSIDERANDO: Primero: Antecedentes del caso a) Pretensión: Según escrito de demanda de fecha treinta de enero del dos mil quince, que corre en fojas trece a veintitrés, la accionante pretende, entre otras, se declare la nulidad de su despido fraudulento y se ordene su reposición al haber operado la desnaturalización de los Contratos de Locación de Servicios e invalidez de los Contratos Administrativos de Servicios suscrito desde el 2 de enero de 2011 hasta el 2 de enero de 2015; asimismo, manifiesta que ingresó a laborar para la empazada el 2 de enero de 2011, habiéndose desempeñado como Obrero de Limpieza Pública a través de contratos civiles y, posteriormente, a través de Contratos Administrativos de Servicios que no le correspondían, toda vez que el régimen al cual pertenecía era al régimen laboral de la actividad privada, al ser un obrero municipal. b) Sentencia de

Primera Instancia: Mediante Sentencia emitida por el Segundo Juzgado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fecha siete de julio de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento cuarenta y cuatro a ciento sesenta y cuatro, se declaró fundada la demanda, al considerar que la demandada decidió en forma unilateral declarar la nulidad del Contrato CAS suscrito con la demandante, alegando una supuesta transgresión a las normas legales que rigen la contratación de personal bajo la modalidad de CAS, sin considerar que el actor en su condición de obrero municipal estaba sujeto al régimen laboral común de la actividad privada; por tanto, para la extinción del Contrato de Trabajo, se requería de una causa justa de despido, además del procedimiento previo que establece la Ley; al no hacerse observado tales exigencias se ha incurrido en un despido fraudulento teniendo en cuenta que la causal invocada constituye un hecho inexistente. Agrega que al tratarse de un obrero municipal, no le corresponde la aplicación del precedente "Huatuco" c) Sentencia de Segunda Instancia: Mediante Sentencia de Vista expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Ica, de fecha veinticinco de setiembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento setenta y seis a ciento noventa y uno, confirmó la sentencia apelada que declaró fundada en parte la demanda, al considerar que de la revisión del escrito de demanda y subsanación, se aprecia que el actor como causa petendi de la demanda encuadra dentro del presupuesto del despido incausado, en tal sentido, si bien el demandante solicita su reposición por despido fraudulento, sin embargo del conjunto de los hechos expuestos en la demanda y la subsanación se colige que la reposición está fundada en hechos que confirman un despido incausado. Asimismo, sostiene que no le corresponde al obrero municipal la aplicación de la regla vinculante recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, por cuanto no forma parte de la carrera administrativa. Segundo: Infracción normativa 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 subsumidas en el mismo las causales que fueron contempladas anteriormente en el artículo 386° del Código Procesal Civil, 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: Sobre la causal declarada procedente La causal declarada procedente, está referida a la infracción normativa del inciso 3 del artículo 139° 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 4.1. 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 a la afectación 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. 4.2. 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 solo 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, más 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".² 4.3. A su vez el Tribunal Constitucional Español, en opinión que se comparte, ha señalado que: "La arbitrariedad, por tanto, es lo contrario de la motivación que estamos examinando, es la no exposición de la causa de la decisión o la exposición de una causa ilógica, irracional o basada en razón no atendible jurisdiccionalmente, de tal forma que la resolución aparece dictada en base a la voluntad o capricho del que la tomó como una de puro voluntarismo".³ 4.4. Sobre el derecho al debido proceso el Tribunal Constitucional es uniforme al sostener que: "(...) 2. El artículo 139 de la Norma Suprema establece los principios y derechos de la función jurisdiccional. El inciso 3 garantiza la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. 3. En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no solo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad

investigatoria realizada por el órgano jurisdiccional. De esta forma, el debido proceso no solo es un derecho de connotación procesal que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional (...)"⁴ 4.5. Cabe añadir que el derecho a la debida motivación supone que la decisión judicial sea producto de una deducción razonable de los hechos del caso y de la valoración jurídica de las pruebas aportadas. Esto significa que los jueces tienen la obligación de argumentar de forma suficiente lo resuelto. No obstante, la Corte IDH ha precisado que "[...][E]l deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha"⁵ 4.6. En el Exp. N° 3943-2006-PA/TC, EL Tribunal Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de la debida motivación de las resoluciones judiciales queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos: "(...) b) Falta de motivación interna del razonamiento. La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa." Quinto: Fundamento de la causal En relación a la supuesta infracción normativa del numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, refiere la recurrente que la Sentencia de Vista afecta la garantía de una debida motivación, en tanto, ha realizado un fallo extra petita al haber declarado la existencia de un despido incausado, cuando la

pretensión de la demanda es la reposición por despido fraudulento. Sexto: Solución al caso concreto 6.1. De acuerdo a PEYRANO, la incongruencia extra petita se presenta cuando el órgano jurisdiccional otorga algo que no ha sido impetrado por las partes, esto es, cuando el Juez al emitir pronunciamiento se pronuncia sobre un pedido o pretensión no propuesta por las partes, ni forma parte de la causa petendi, sino que decide sobre algo que no fue planteado ni discutido en el proceso por las partes, alejándose del tema materia de decisión. 6.2. En el presente caso la emplazada ha cuestionado la decisión del Colegiado Superior respecto a haber resuelto la existencia de un despido incausado, no obstante que la pretensión de la demanda estuvo referida a la existencia de un despido fraudulento. 6.3. Al respecto, es preciso mencionar que en el presente proceso, del escrito de demanda y exposición de la teoría del caso del demandante en la Audiencia Única se aprecia que la causa de pedir radicó en la inexistencia de una causa justa de despido, tal como se parecía del siguiente fundamento de hecho de la demanda: "Habiéndose establecido mi régimen laboral y derechos adquiridos, mi persona solamente podía ser objeto de despido por causas relativas previstas en el artículo 25º del Decreto Supremo N° 003-97-TR, esto es causas relativas a la capacidad del trabajador o a la conducta para que un despido sea justificado o legal; sin embargo, en mi caso en forma alguna me dio atribución de causal justa para ser despedido, mucho menos el debido proceso que supone el derecho de defensa, a fin de conocer motivo o razón de carácter legal por el cual he sido despedido (...)" 6.4. En ese sentido, el hecho que sustenta la pretensión de reposición se encuentra referido a la inexistencia de causa justa de despido, hechos que fueron de conocimiento de la emplazada y fueron materia de debate en la Audiencia única y su continuación. 6.5. Por dicha razón, en la Sentencia de Primera Instancia el Juzgado determinó que: "en atención a lo precedentemente anotado la demandada decidió en forma unilateral declarar la nulidad del Contrato CAS suscrito con el demandante, alegando una supuesta transgresión a las normas legales que rigen la contratación de personal bajo la modalidad de

Contratación Administrativa de Servicios; sin considerar que conforme ha quedado acreditado, el actor en su condición de obrero municipal estaba sujeto al régimen laboral común de la actividad privada; por tanto, para la extinción del Contrato de Trabajo, se requería de una causa justa de despido, además del procedimiento previo que establece la Ley; al no haberse observado tales exigencias, se ha incurrido en un despido fraudulento, teniendo en cuenta que la causal invocada (vencimiento de contrato) constituye un hecho inexistente". 6.6. Frente a lo determinado por la Juez de Primera Instancia, la demandada cuestionó al decisión de la Sentencia de Primera Instancia, lo que devino en el pronunciamiento de la Sala Superior, instancia que justificó la razón por la que amparó la reposición del actor, de la siguiente manera: "que los hechos expuestos en la demanda y la subsanación, se refieren de modo implícito a una pretensión sobre despido incausado, por tal razón, aún cuando el actor indica que su cese constituye un despido fraudulento, de los fundamentos facticos postulados se desprende virtualmente que se trata de un despido incausado, por lo que en aplicación de la suplencia indirecta de la demanda, con los argumentos antes desarrollados se ha resuelto el petitorio implícito que contiene la demanda, dado que ha respetado en el curso del proceso el derecho de contradicción y el debate probatorio (...)". 6.7. Siguiendo este orden de análisis, no sería posible sostener que el Colegiado Superior ha incurrido en una incongruencia extra petita, toda vez que ha dado respuesta a lo alegado en el escrito postulatorio y en el debate generado de la discusión en la Audiencia Única, quedando claro que la pretensión formulada en el presente proceso fue de reposición, y la argumentación respecto a la existencia de un despido fraudulento o incausado, en puridad, es un hecho y no un petitorio; y en tanto hecho, se integra a la pretensión procesal de reposición como elemento de la causa petendi o causa de pedir y no como petitum, como erradamente lo sostiene la demandada. 6.8. En ese sentido siendo que el petitorio viene a ser el derecho o el reconocimiento de un derecho cuya titularidad se afirma, en este caso la reposición, en nada enerva que haya sido calificado

como hecho incausado o fraudulento, razón por la cual en el presente caso la Sentencia de Vista no ha incurrido en una incongruencia extra petita. 6.9. Por los fundamentos esgrimidos, la Sentencia recurrida no afectó la debida motivación, derecho que se encuentra contemplado a nivel constitucional en el numeral 3 del artículo 139º de la Constitución Política del Perú. Por tal razón, estando a lo señalado en los considerandos precedentes no corresponde casar la sentencia que se han emitido en autos, deviniendo la causal invocada por la recurrente en infundada. Por estas consideraciones:

DECISIÓN: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada, Municipalidad Distrital de Subtanjalla, mediante escrito de fecha diez de octubre de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento noventa y cuatro a ciento noventa y ocho; en consecuencia, **NO CASARON** la Sentencia de Vista de fecha veinticinco de setiembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento setenta y seis a ciento noventa y uno; y **DISPUSIERON** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley. En el proceso laboral seguido por el demandante Carlos Alberto Álvarez Alache, sobre Reposición; interviniendo como ponente, la señora juez suprema Rodríguez Chávez y los devolvieron.

SS. RODRIGUEZ CHÁVEZ, CALDERON PUERTAS,
UBILLUS FORTINI, MALCA GUAYLUPO, ATO ALVARADO.

1. Ley Número 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo

Artículo 39.- Consecuencias del recurso de casación declarado fundado

Si el recurso de casación es declarado fundado, la Sala Suprema casa la resolución recurrida y resuelve el conflicto sin devolver el proceso a la instancia inferior. El pronunciamiento se limita al ámbito del derecho conculcado y no abarca, si los hubiere, los aspectos de cuantía económica, los cuales deben ser liquidados por el juzgado de origen. En caso de que la infracción normativa estuviera referida a algún elemento de la tutela jurisdiccional o el debido proceso, la Sala Suprema dispone la nulidad de la misma y, en ese caso, ordena que la sala laboral emita un nuevo fallo, de acuerdo a los criterios previstos en la resolución casatoria; o declara nulo todo lo actuado hasta la etapa en que la infracción se cometió.

2 Expediente N° 0078-2008 HC

3 Sentencia 63/1988 del 11 /4/88 publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el 4 /5/88

4 Sentencia de fecha 8/8/2005, recaída en el Expediente N° 4907-2005-HC/TC

5 Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Sentencia del 27 de enero del 2009, párrafo 154

CASACIÓN LABORAL

27841-2017 LA LIBERTAD

Materia: Reintegro de utilidades y otros. PROCESO ORDINARIO – NLPT .

Sumilla: Al haberse reconocido como empleador a la parte recurrente, es válido el otorgamiento de las utilidades señaladas por las instancias de mérito, más aún, si no ha logrado demostrar que contaba con menos de veinte trabajadores para el no pago de las utilidades que reclama el actor.

Lima, diez de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTA

La causa número veintisiete mil ochocientos cuarenta y uno, guion dos mil diecisiete, guion LA LIBERTAD, en audiencia pública de la fecha; y efectuada la votación con arreglo a ley se ha emitido la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la parte demandada British American Tobacco del Perú Holdings S.A.A., mediante escrito de fecha siete de noviembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas mil ciento sesenta y ocho a mil ciento setenta y nueve, contra la Sentencia de Vista de fecha veintitrés de octubre de dos mil diecisiete, que corre en fojas mil ciento cuarenta y ocho a mil ciento sesenta y cuatro, que confirmó la Sentencia emitida en primera instancia de fecha veinte de enero de dos mil dieciséis, que corre en fojas novecientos cincuenta y tres a novecientos setenta y seis, que declaró fundada en parte la demanda; en el proceso seguido por el demandante Juan Fernando Vallejos Díaz, sobre Reintegro de utilidades y otros.

CAUSALES DEL RECURSO

Por resolución de fecha trece de mayo de dos mil diecinueve, que corre de fojas ciento cuarenta y tres a ciento cuarenta y seis del cuaderno de casación se declaró procedente el recurso interpuesto por las causales de infracción normativa por inaplicación del artículo 5º del Decreto Legislativo N° 892 e infracción

normativa por inaplicación del artículo 9º del Decreto Legislativo N° 677, en concordancia con el artículo 2º del Decreto Supremo N° 009- 98-TR, Reglamento del Decreto Legislativo N° 892; correspondiendo a este Colegiado Supremo emitir pronunciamiento de fondo sobre dicha causal.

CONSIDERANDO

Primero: Antecedentes del caso 1.1 Pretensión: Como se aprecia de la demanda que corre de fojas setecientos diecisiete a setecientos sesenta y siete, el demandante solicita el reintegro de utilidades, pago de intereses legales, costas y costos del proceso y pago de honorarios profesionales. 1.2 Sentencia de primera instancia: La Jueza del Cuarto Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, mediante sentencia de fecha veinte de enero de dos mil dieciséis, declaró fundada en parte la demanda, ordenando a la demandada recurrente que cumpla con pagar la suma de cuarenta y cuatro mil trescientos diez con 44/100 soles (S/ 44,310.44) por concepto de utilidades, más intereses legales que se liquidaran en ejecución de sentencia, bajo el argumento de que se encuentra acreditado que la demandada impugnante es la empresa matriz del grupo British American Tobacco Perú S.A.C., constituyéndose en la verdadera empleadora del demandante y que siendo ello así, le corresponde pagar las utilidades reclamadas. 1.3 Sentencia de segunda instancia: El Colegiado de la

Primera Sala Especializada Laboral de la misma Corte Superior, confirmó la sentencia apelada bajo similares términos expresados en la citada sentencia. Segundo. La infracción normativa La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, incluyendo además otro tipo de normas, como son las de carácter adjetivo. Tercero: Sobre la causal declarada procedente El artículo 5° del Decreto Legislativo N° 892, precisa lo siguiente: "Tienen derecho a participar en las utilidades todos los trabajadores que hayan cumplido las jornadas máximas de trabajo establecido en la empresa, sea a plazo indefinido o sujetos a cualquiera de las modalidades contempladas por el Título III del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728. (...)" Asimismo, el artículo 9° del Decreto Legislativo N° 677, en concordancia con el artículo 2° del Decreto Supremo N° 009-98-TR, Reglamento del Decreto Legislativo N° 892, señala que: "Se encuentran excluidas de la participación en las utilidades, de acuerdo a su modalidad, las Cooperativas, las empresas autogestionarias, las sociedades civiles y las empresas que no excedan de veinte (20) trabajadores". Cuarto: Aspectos generales La legislación que regula el derecho de participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa no es reciente. En efecto, este beneficio ya se encontraba regulado en el artículo 45° de la Constitución de mil novecientos treinta y tres, el cual establecía que "El Estado favorecerá un régimen de participación de los empleados y trabajadores"; dispositivo que luego fue ampliado por la Ley N° 10908. Posteriormente, en el gobierno militar que se inició a fines de los sesenta se instauró todo un novedoso

régimen de participación en la gestión, en la propiedad y en las utilidades de la empresa, cuyas reglas variaban según la actividad económica desarrollada por la empresa. A inicios de la década de los noventa, ya dentro del proceso de flexibilización de la legislación laboral, se dictó el Decreto Legislativo N° 677 el cual instauró un nuevo sistema para la entrega y distribución de las utilidades. Asimismo, el artículo 29° de la Constitución de mil novecientos noventa y tres, actualmente vigente, reconoce en forma expresa el derecho de los trabajadores a las utilidades. Finalmente, las normas que regulan este beneficio son el Decreto Legislativo N° 892—el cual derogó varios artículos del Decreto Legislativo N° 677- y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 09-98-TR. La participación de los trabajadores en la distribución de las utilidades tiene por objeto buscar la identificación de éstos con la empresa y por ende en el aumento de la producción y productividad de sus centros de trabajo. Quinto: Solución del caso concreto 5.1 Conforme es de verse de los argumentos que sustentan el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, la recurrente cuestiona principalmente que al actor no le corresponde las utilidades de la empresa British American Tobacco del Perú Holdings S.A.A., sino más bien de la empresa para la cual laboró, es decir, de la empresa British American Tobacco Perú S.A.C, pues esta fue quien estableció su jornada de trabajo, señala además que la recurrente no cuenta con más de veinte trabajadores, por lo que, no es posible pagar las utilidades. 5.2 Respecto al primer argumento expuesto por la parte recurrente, corresponde indicar que conforme es de verse de las sentencias expedidas en el presente proceso, ambas instancias han determinado válidamente atendiendo a los medios probatorios incorporados a los actuados que British American Tobacco del Perú Holdings S.A.A., en la realidad de los hechos fue la empleadora del demandante, conforme es de verse del considerando noveno de la sentencia apelada y de fundamento décimo noveno de la sentencia de vista, por lo que, no corresponde dilucidar nuevamente la existencia de una relación laboral entre las partes, al no formar parte de los argumentos que

conforman las causales materia de pronunciamiento en el caso que nos ocupa. 5.3 En relación al segundo argumento planteado por la demandada recurrente, referente a que no contaba con más de veinte trabajadores para el pago de las utilidades, debemos indicar que este Tribunal Supremo comparte el análisis esgrimido por la Sala Superior, puesto que no existe una justificación razonable para que en el periodo dos mil siete al dos mil once la empresa recurrente haya reducido su personal a comparación de los años dos mil cuatro y dos mil cinco conforme es de verse de cuadro plasmado en la sentencia de vista, tanto más si del cuadro de ventas de cigarrillos que aparece también en la sentencia impugnada, se advierte que sus ventas se incrementaron año a año desde el dos mil cinco, lo que evidentemente implicaba mayor captación de personal obrero para cumplir con los fines de importación y comercialización, puesto que resulta carente de lógica que desde los años dos mil ocho a dos mil once la recurrente no haya contratado a ningún personal para tales fines, reduciendo incluso el personal empleado sin justificación alguna, puesto que no resulta razonable que con nueve o quince trabajadores en total (incluyendo funcionarios y sin trabajadores obreros) se podría alcanzar, por dar un ejemplo, ventas de más de trescientos cuatro millones de soles como ocurrió en el año dos mil once. 5.4 De este modo, si bien la demandada sostiene que la reducción de trabajadores tuvo como justificación que transfirió a su co demandada las operaciones de cultivo y cosechas de tabaco, ello no ha sido debidamente demostrado, tanto más si la propia recurrente ha señalado que mantiene la actividad de importación, lo que resulta contradictorio incluso con sus memorias anuales analizadas en la sentencia de vista, donde se observan todas las actividades económicas que realizaba la demandada y que desvirtúan la versión de la recurrente en cuanto a que no contaba con más de veinte trabajadores. Abono a lo expuesto, la propia actuación de la parte recurrente, al haberse desistido de la exhibición de las planillas de trabajadores, medio probatorio con el cual podría haber refutado la conclusión arribada en los autos. Sexto: En

ese sentido, se aprecia que la sentencia de vista no ha incurrido en infracción normativa de las normas legales denunciadas, por lo que, corresponde declarar infundadas las mismas. Por estos fundamentos: **DECISIÓN** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la parte demandada British American Tobacco del Perú Holdings S.A.A., mediante escrito de fecha siete de noviembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas mil ciento sesenta y ocho a mil ciento setenta y nueve; en consecuencia, **NO CASARON** la Sentencia de Vista de fecha veintitrés de octubre de dos mil diecisiete, que corre en fojas mil ciento cuarenta y ocho a mil ciento sesenta y cuatro y **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en el proceso seguido por Juan Fernando Vallejos Díaz, sobre Reintegro de utilidades y otros, interviniendo como ponente la señora jueza suprema Ubillus Fortini; y los devolvieron.

SS. ARIAS LAZARTE, RODRÍGUEZ CHÁVEZ, UBILLUS FORTINI, MALCA GUAYLUPO, ATO ALVARADO.

CASACIÓN LABORAL

30609-2018 ICA

Materia: Indemnización por daños y perjuicios. PROCESO ORDINARIO.

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

Lima, trece de diciembre de dos mil diecinueve

VISTA

La causa número treinta mil seiscientos nueve, guion dos mil dieciocho, guion ICA, en audiencia pública de la fecha; y luego de efectuada la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

I.- MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la sucesión procesal del demandante Eusebio Aliaga Ore, representado por Miguel Ángel Aliaga Vente, mediante escrito presentado el catorce de noviembre de dos mil dieciocho, que corre en fojas ochocientos noventa y ocho a novecientos cinco, contra la Sentencia de Vista de fecha dos de octubre de dos mil dieciocho, que corre en fojas ochocientos setenta y tres a ochocientos noventa y cinco, que confirmó en parte la Sentencia apelada de fecha cuatro de abril de dos mil dieciocho, que corre en fojas setecientos setenta y cinco a setecientos noventa y uno, que declaró fundada en parte la demanda; en el proceso seguido con la parte demandada, Shougang Hierro Perú S.A.A., sobre indemnización por daños y perjuicios.

II.- CAUSALES DEL RECURSO

La parte recurrente invocando el artículo 56º de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley N° 27021, denuncia como causales de su recurso: i) Interpretación errónea del artículo 1321º del Código Civil. ii) Inaplicación del artículo 1332º del Código Civil. iii) Contradicción con otras resoluciones

expedidas por la Corte Suprema.

III.- CONSIDERANDO:

Primero: El recurso de casación reúne los requisitos de procedencia del artículo 55º de la Ley N° 26636, Ley Procesal de Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley N° 27021, y los requisitos de forma contemplados en el artículo 57º de la citada ley. Segundo: De la pretensión del demandante y pronunciamientos de las instancias de mérito. Antecedentes del caso: a) De la pretensión: Conforme se aprecia de la demanda, que corre en fojas ocho a veintitrés, subsanada en fojas veintiocho, y modificada en fojas treinta a treinta y cuatro, el actor solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios, por la suma de noventa mil con 00/100 soles (S/ 90,000.00); más intereses, con costas y costos del proceso. b) Sentencia de primera instancia: El Juez del Juzgado Civil Vista Alegre de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante Sentencia de fecha cuatro de abril de dos mil dieciocho, declaró fundada en parte la demanda, al considerar que la demandada no cumplió oportunamente con su deber de protección al demandante por desempeñar actividades de riesgo. Asimismo, sostiene que se encuentra acreditado que el actor adquirió la enfermedad profesional de neumoconiosis dentro de la relación laboral, motivado por la inejecución de las obligaciones de la demandada al no proporcionarle los implementos de seguridad; en consecuencia, es procedente la indemnización por daños y perjuicios. Al respecto, refiere que el demandante no ha peticionado

un daño patrimonial; por lo que, corresponde fijar la suma de doce mil con 00/100 soles (S/12,000.00) por daño moral, atendiendo a la fecha de inicio de la enfermedad profesional y la edad de fallecimiento del causante. c) Sentencia de segunda instancia: El Colegiado de la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de Nasca de la misma Corte Superior de Justicia, mediante Sentencia de Vista de fecha dos de octubre de dos mil dieciocho, confirmó en parte la Sentencia emitida en primera instancia, que declaró fundada la demanda, al argumentar que se encuentra acreditado los elementos de la responsabilidad civil. De otro lado, manifiesta que el demandante si ha petitionado daños patrimoniales como el lucro cesante y daño emergente; sin embargo, al no haber sido sustentado el primer tipo de daño enunciado y no haberse acreditado en autos, el segundo, no corresponde amparar dichos extremos. Asimismo, señala que atendiendo a la enfermedad profesional de neumoconiosis que adoleció el causante, corresponde en aplicación del artículo 1322° del Código Civil, modificar el monto del daño moral, y otorgar la suma de quince mil con 00/100 soles (S/ 15,000.00). Tercero: De la calificación de las causales: a) Sobre la causal contemplada en el ítem i), se debe decir que la interpretación errónea se presenta cuando el juzgador ha elegido de manera correcta la norma que es aplicable al caso concreto; sin embargo, al momento de aplicarla le atribuye un sentido distinto al que le corresponde. En el caso concreto, la parte impugnante no ha explicado las razones que justifican porque la Sala Superior ha interpretado erróneamente el artículo de la norma invocada; por el contrario, se limita a señalar los alcances del lucro cesante; incumpliendo así, con el requisito previsto en el inciso b) del artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021; deviniendo en improcedente. b) En relación a la causal descrita en el ítem ii), corresponde mencionar que la parte recurrente ha cumplido con las exigencias contempladas en el inciso c) del artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021; deviniendo en procedente. c) Respecto a lo invocado en el ítem iv), corresponde expresar que cuando se denuncia la causal de contradicción con

otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia o las Cortes Superiores, pronunciadas en casos objetivamente similares, se debe señalar cuáles son las resoluciones con las que entra en contradicción, cuál es la similitud existente entre ellas y en qué consiste la contradicción alegada; además, de cumplir con adjuntarlas. En el caso en concreto, la parte impugnante no ha cumplido con adjuntar las sentencias que sustentan su causal; ni tampoco ha descrito las justificaciones de la contradicción; en ese sentido, al no cumplir con lo dispuesto en el inciso f) del artículo 57° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, ni el inciso d) del artículo 58° de la acotada norma, deviene en improcedente. Cuarto: De la causal declarada procedente: Sobre la inaplicación del artículo 1332° del Código Civil; la norma en mención prescribe: "Artículo 1332.-Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa". Quinto: Delimitación del objeto de pronunciamiento Conforme se verifica del recurso de casación y lo actuado por las instancias de mérito, el tema en controversia está relacionado a determinar si se encuentra debidamente motivado o no la cuantificación la indemnización por daños y perjuicios, fijado por el Colegiado Superior. Sexto: Alcances de la responsabilidad civil La responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida en relación a los particulares, ya sea, cuando se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional. Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla de términos doctrinarios de responsabilidad contractual y dentro de la terminología del Código Civil Peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico

genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual¹. La responsabilidad civil, como toda entidad jurídica presenta como elementos integrantes: 1) el daño, 2) la antijuricidad, 3) la relación causal, y 4) factor de atribución; los cuales deberán concurrir de forma copulativa para la configuración de la responsabilidad citada. Ante lo expuesto, el primer elemento: el daño, es el menoscabo, el detrimento, la afectación que un sujeto sufre en su interés jurídico tutelado; además, que incide en las consecuencias que derivan de la lesión del interés; un interés jurídico que puede ser patrimonial (daño lucro cesante y daño emergente) y extrapatrimonial (daño a la persona en los casos de Responsabilidad extracontractual y daño moral en los casos de Responsabilidad Contractual); el segundo elemento: la antijuricidad, es el hecho contrario a la Ley, al orden público y las buenas costumbres; el tercer elemento: la relación causal, es el nexo que existe entre el hecho que genera un daño y el daño producido, este nexo es fundamental, porque a partir de aquí se determinará la responsabilidad; y finalmente: el factor atributivo de responsabilidad, de quien va a responder por la inejecución de las obligaciones por culpa inexcusable, culpa leve o por dolo. Siguiendo esa premisa, y atendiendo a la naturaleza de la pretensión y lo expuesto en el recurso casatorio, se debe mencionar que la indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad contractual, derivada del contrato de trabajo, debe ser analizado dentro del ámbito de la responsabilidad civil, regulado en los artículos 1321º y 1322º del Código Civil, que comprende los conceptos de: daño emergente, lucro cesante y daño moral; es decir, el resarcimiento económico del daño o perjuicio causado, por inejecución de las obligaciones contractuales; toda vez que aun cuando no se desarrolla este instituto jurídico en la legislación laboral, sin embargo no por ello se puede dejar de administrar justicia, atendiendo al

carácter tuitivo que busca proteger al trabajador, por ser la parte más débil dentro de la relación contractual laboral; por lo cual, corresponde aplicar lo previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil. Que, las obligaciones de carácter laboral pueden ser objeto de inejecución, o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, y en caso que ello obedezca al dolo, culpa inexcusable o culpa leve de una de las partes, ésta queda sujeta al pago de la indemnización de daños y perjuicios, es decir, si el empleador o trabajador incurre en actos u omisiones de sus obligaciones causando perjuicio a la otra parte, tendrá que responder, de conformidad con los artículos 1321º del Código Civil. Séptimo: En relación al daño emergente Este tipo de daño se origina ante detrimento en el patrimonio del sujeto afectado, es decir, es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado, o por un acto ilícito, o como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, "la disminución de la esfera patrimonial del daño"². Octavo: En cuanto al lucro cesante Es un tipo de daño patrimonial hace referencia al lucro, al dinero, a la ganancia, a la renta que una persona deja de percibir como consecuencia del perjuicio o el daño que se le ha causado, es decir, el monto económico dejado de percibir; pues si no se hubiese originado el daño, el sujeto seguiría percibiendo el dinero que le corresponde. Según el jurista Espinoza Espinoza señala que se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del sujeto que ha sufrido daño (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito)³. Es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir⁴ por la víctima. En cuanto al daño lucro cesante, hace referencia al lucro, al dinero, a la ganancia, a la renta neta que una persona deja de percibir como consecuencia del perjuicio o daño que se le ha causado; Si una persona no hubiera sufrido de un daño o perjuicio, hubiera seguido lucrando sin problemas, lucro que se pierde, que cesa por culpa del daño o del

1. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. "Elementos de la responsabilidad civil". 3 ed. Lima: Editorial Grijley, 2013, pp. 33-34.

2. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil". 7am ed. Lima: Editorial Rodhas, 2013, p. 253.

3. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil". 7am ed. Lima: Editorial Rodhas, 2013, p. 253.

4. BIANCA, citado por íbid, pp. 253

perjuicio. Noveno: Respecto al daño moral Se entiende como aquella afectación a la vida sentimental del ser humano, consistiendo en el dolor, pena o sufrimiento de la víctima, manifestado sobre el estado anímico. Asimismo según el jurista Guido Alpa tiene carácter de "efímeros y no duraderos". De otro lado, se debe precisar que el concepto de daño moral, previsto en el artículo 1322° del Código Civil, debe ser interpretado en concordancia con el artículo 1984 del mismo código sustantivo, toda vez que tratan de un mismo concepto; motivo por el cual, se debe tener presente la magnitud y el menoscabo de la víctima, para fijar el quantum indemnizatorio. Décimo: Precisiones de la carga de la prueba del daño y la valorización del resarcimiento El artículo 1331° del Código Civil prevé que el demandante debe acreditar los daños y perjuicios incurridos por la parte demandada, así como su cuantía; supuesto que es concordante con lo previsto en el literal a) del inciso 3) del artículo 23° de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo⁵. No obstante, cuando el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa, de conformidad con el artículo 1332° del Código Civil. Esta facultad otorgada a los jueces, se sustenta en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil que prescribe: "Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y preferentemente, los que inspiran el derecho peruano". Bajo esa premisa, corresponde mencionar que los Jueces deben aplicar la equidad, referido a lo siguiente: «el Juez según su sana crítica y la valoración de las circunstancias dispone»⁶. No obstante, la facultad prevista en el artículo 1332° del Código Civil tampoco puede sustituir de forma general todas las pruebas vinculadas a la acreditación de daños patrimoniales o extra patrimoniales, pues, tal como indica Bonasi Benucci: "No puede el juez, sin embargo, sustituir las comprobaciones técnicas requeridas por las partes, por un criterio genérico de equidad que lo dispense de

indicar los elementos concretos de los cuales fundó su apreciación. Su facultad discrecional, encuentra obstáculo en el hecho de que existan en el proceso elementos bastantes para precisar el daño o cuando se hayan utilizado medios de prueba idóneos para establecer la exacta cuantía, y tales medios sean legalmente admisibles⁷". En ese contexto, la interpretación del artículo 1332° del Código Civil, debe ceñirse a lo siguiente, que la facultad del Juez sobre fijar el monto del daño, debe estar debidamente fundamentada; cuya aplicación podrá circunscribirse a los casos de daño moral, por implicar la afectación de la vida sentimental del ser humano, siendo de difícil probanza, y en los daños patrimoniales, siempre y cuando el caso lo amerite, cuya aplicación por su naturaleza, será más restrictiva, esto es, que no debe ser aplicado de manera preliminar en todas las situaciones, sino por el contrario, corresponde evaluar el daño generado al perjudicado y las circunstancias que se genere, a fin de justificar la aplicación de la facultad del Juez. Sobre el particular, corresponde traer a colación que en virtud del Principio de Equidad de la Prueba en donde no es posible exigir a las partes, en igualdad, la acreditación de los diversos hechos que interesan al proceso y respecto de las cuales se cuente con idéntica necesidad de acreditación, ello debido a que, dependiendo de la condición que cada uno ocupe en la relación de trabajo o al interior del proceso, es que va a influir la obtención de la prueba, y sobre todo por el hecho de existir inequidad de oportunidades proscritas entre el trabajador y el empleador. Décimo Primero: Solución al caso concreto La parte recurrente sustenta su causal declarada precedente, al señalar que no se ha tenido en cuenta para fijar el monto indemnizatorio del daño moral, la aflicción, sufrimiento o frustración ocasionado por la enfermedad profesional de neumoconiosis; asimismo, no se ha tenido en cuenta el artículo 1332° del Código Civil para amparar el lucro cesante y daño emergente. En el caso de autos, se encuentra acreditado que el motivo de la presente

5. Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo: "23.3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de: (...) c) La existencia del daño alegado".

6. Considerando sexto en la Casación N° 18733-2015, JUNÍN.

7. BONASI BENUCCI, Eduardo. Citado Beltrán Pacheco, Jorge. En: "Comentarios del Código Civil". Tomo VI. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2007, p. 949.

acción indemnizatoria tiene como punto de partida, la enfermedad profesional de neumoconiosis derivado de la prestación de labores efectuado por el actor como: planchador, maestro especialista, técnico III, sobrestante del taller de planchado y asistente supervisor del taller de planchado, a favor de la demandada; de conformidad, entre otros, con las instrumentales, que corren en fojas dos a cuatro y el informe de evaluación médica de incapacidad emitido por la Comisión médica evaluadora y calificadora del hospital III "Félix Torrealva Gutiérrez", que corre en fojas seis; así como, el oficio N.º 4232-2012-DSO.SP/ONP, que corre en fojas doscientos treinta y uno, que establece que el demandante se encuentra en el registro de pensiones del Decreto Legislativo N.º 18846.

Décimo Segundo: De la revisión de la Sentencia de Vista, se verifica que el Colegiado Superior ha resuelto acorde a Ley, lo referido al lucro cesante y daño emergente; motivo por el cual no cabe la aplicación del artículo 1332º del Código Civil, para fijar el monto indemnizatorio de dichos daños; más aún, si en el caso en concreto, la parte demandante no ha descrito los fundamentos fácticos que justifican el lucro cesante.

Décimo Tercero: Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde señalar que el Colegiado Superior para fijar el monto indemnizatorio del daño moral, no ha tenido presente que debe aplicar la equidad y realizar una valoración adecuada de las circunstancias que motivan el hecho generador, conforme el artículo 1332º del Código Civil. En ese sentido, atendiendo a la afectación de salud que ha tenido el actor, a través de una enfermedad profesional degenerativa como la neumoconiosis⁸ y las implicancias que ha tenido en él; resulta acorde a derecho modificar el monto fijado por la Sala Superior sobre el daño moral, debiendo quedar en la suma de treinta mil con 00/100 soles (S/ 30,000.00)

Décimo Cuarto: Siendo así, se concluye que el Colegiado Superior ha inaplicado el artículo 1332º del Código Civil, para fijar el monto indemnizatorio del daño moral; en consecuencia, resulta acorde a derecho declarar fundada dicha la causal en ese extremo.

Por estas consideraciones: **DECISIÓN:** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la sucesión procesal del demandante Eusebio Aliaga Ore, representado por Miguel Ángel Aliaga Vente, mediante escrito presentado el catorce de noviembre de dos mil dieciocho, que corre en fojas ochocientos noventa y ocho a novecientos cinco, en el extremo del monto indemnizatorio por daño moral; en consecuencia, **CASARON** la Sentencia de Vista de fecha dos de octubre de dos mil dieciocho, que corre en fojas ochocientos setenta y tres a ochocientos noventa y cinco, en el extremo que fijó por daño moral la suma de quince mil con 00/100 soles (S/15,000.00); y **MODIFICARON** el monto indemnizatorio que debe pagar la demandada a favor del actor, FIJÁNDOLO en la suma de treinta mil con 00/100 soles (S/ 30,000.00) por el daño antes señalado; **DEJARON** subsistente los demás extremos de la sentencia de vista; y **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en el proceso seguido con la parte demandada, Shougang Hierro Perú S.A.A., sobre indemnización por daños y perjuicios; interviniendo como ponente, el señor juez supremo Malca Guaylupo; y los devolvieron.

SS. RODRÍGUEZ CHÁVEZ, CALDERÓN PUERTAS, UBILLUS FORTINI, MALCA GUAYLUPO, ATO ALVARADO.

8. La definición de la Neumoconiosis adoptada por la IV Conferencia Internacional sobre Neumoconiosis de la OIT, Bucarest, 1971, en la que se estableció que "... la acumulación de polvo en los pulmones y la reacción tisular a su presencia. En el ámbito de esta definición, se entiende por polvo un aerosol compuesto por partículas sólidas inanimadas" (sic); y además lo señalado sobre los efectos de esta enfermedad ocupacional en la Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo "(...) en general, un porcentaje muy pequeño de los trabajadores expuestos a polvos con un bajo potencial fibrogénico (tales como los mineros de carbón bituminoso) sufren incapacidad solamente como consecuencia del desarrollo de neumoconiosis complicada. Sin embargo, se puede producir insuficiencia respiratoria e incapacidad cuando una neumoconiosis simple se convierte en una neumoconiosis complicada y que destruye una gran parte de tejido pulmonar por la fibrosis masiva progresiva (...) De las neumoconiosis producidas por los polvos fibrogénicos, la silicosis y la asbestosis son las más importantes. Los trabajadores silicóticos, al igual que los mineros de carbón y los trabajadores empleados en empresas no pulvígenas pueden desarrollar una insuficiencia respiratoria como consecuencia de una bronquitis crónica, un efisema (...); de lo que, se colige que la enfermedad de neumoconiosis tiene un desarrollo progresivo en el tiempo desde la anidación en los pulmones del virus generado en zonas bajo tierra hasta la maduración progresiva de la enfermedad generando la pérdida de la capacidad pulmonar y por ende la incapacidad laboral

CASACIÓN LABORAL

25645-2017 LAMBAYEQUE

Materia: Desnaturalización de contratos y otros. PROCESO ORDINARIO-NLPT.

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. Pretender la búsqueda de un parecer o criterio distinto al que ha quedado establecido en la instancia superior de mérito, luego del análisis o evaluación de las pruebas ofrecidas, admitidas y actuadas, no puede ser causal para cuestionar la motivación o el debido proceso.

Lima, diecisiete de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTA

La causa número veinticinco mil seiscientos cuarenta y cinco, guion dos mil diecisiete, guion LAMBAYEQUE, 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 demandado, Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque Sociedad Anónima – EPSEL S.A., mediante escrito presentado con fecha veintitrés de octubre de dos mil diecisiete, que corre de fojas trescientos veintitrés a trescientos treinta y dos, contra la Sentencia de Vista del veintidós de septiembre de dos mil diecisiete, que corre de fojas trescientos uno a trescientos dieciocho, que confirmó la Sentencia apelada del diecisiete de mayo de dos mil diecisiete, que corre de fojas doscientos setenta y cinco a doscientos ochenta y nueve, que declaró fundada en parte la demanda; en el proceso seguido por el demandante, Juan Santos Palacios Huimán, sobre desnaturalización de contratos y otro.

CAUSAL DEL RECURSO

El recurso de casación interpuesto por la demandada se declaró procedente mediante resolución del veintidós de agosto de dos mil diecinueve, que corre

de fojas setenta y dos a setenta y cinco del cuaderno formado, por la causal de infracción normativa del numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú. Correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento al respecto.

CONSIDERANDO

Antecedentes del caso Primero: A fin de establecer si en el caso de autos se ha incurrido o no en la infracción normativa indicada precedentemente, es pertinente realizar las siguientes precisiones sobre el proceso, para cuyo efecto se puntualiza un resumen de la controversia suscitada así como de la decisión a las que han arribado las instancias de grado. 1.1. Pretensión: Como se aprecia de la demanda que corre de fojas doscientos nueve a doscientos treinta y uno, que el actor solicita como primera pretensión principal que se declare la desnaturalización de los contratos a plazo fijo de intermediación laboral, de Locación de Servicios y contratos de servicio específico del actor por el período del veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y seis a veintiocho de febrero de dos mil seis; y como segunda pretensión principal que se registre su fecha de ingreso en las Planillas de Remuneraciones y boletas de pago desde el veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y seis y no el uno de marzo de dos mil seis como la demandada lo tiene registrado; y como pretensiones accesorias el reintegro de la remuneración

básica así como de beneficios sociales (gratificación, vacaciones, compensación por tiempo de servicios y asignación vacacional) por nivelación en comparación de su compañero de trabajo Federico Delgado Hidrogo, pues se desempeñó inicialmente como Varillero y luego como Buzonero; más intereses legales, con costas y costos del proceso.

1.2. Sentencia de primera instancia: El Séptimo Juzgado de Trabajo de Chiclayo de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante sentencia que corre de fojas doscientos setenta y cinco a doscientos ochenta y nueve, declaró fundada en parte la demanda, al considerar que el trabajador que señala como referente para solicitar su homologación, además de haber realizado las mismas funciones de buzonero, posee una estructura de planilla similar al recurrente; sin embargo, en cuanto a la remuneración básica existe diferenciación. Situación que no tiene respaldo objetivo ni subjetivo, por lo que señala que existe discriminación carente de razonabilidad y proporcionalidad; en consecuencia, corresponde el pago del reintegro de las remuneraciones.

1.3. Sentencia de segunda instancia: La Segunda Sala Laboral de la misma Corte Superior de Justicia, mediante Sentencia de Vista de fojas trescientos uno a trescientos dieciocho, confirmó la sentencia apelada en cuanto declaró fundada en parte la demanda tras argumentar que la demandada no ha logrado acreditar la existencia de circunstancias objetivas y subjetivas que justifiquen la diferencia de la remuneración básica entre el actor y el trabajador comparativo ofrecido; que desempeña la misma labor lo que permite concluir en la existencia de un acto discriminatorio carente de justificación, razonabilidad y proporcionalidad afectando al principio de igualdad previsto en la Constitución Política del Estado.

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 pueda interponer el respectivo recurso de casación. Sobre de 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 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 3 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: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".

Delimitación del objeto de pronunciamiento Cuarto: Conforme a la causal de casación declarada precedente, el análisis debe circunscribirse a determinar si se ha infringido o no 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 Sala Suprema declarar fundado el recurso de casación propuesto y la nulidad de la resolución recurrida, de conformidad con el artículo 39° de la Ley número 29497¹, Nueva Ley Procesal del Trabajo, con reenvío de la causa a la instancia de mérito pertinente; en sentido contrario, de no presentarse la afectación alegada por la parte recurrente, dicha causal devendrá en infundada.

Quinto: Análisis y Fundamentación de esta Sala Suprema Apuntes Previos sobre el Recurso de Casación 5.1. El Recurso de Casación tiene por fines la adecuada aplicación del

1. Ley N° 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo

Artículo 39.- Consecuencias del recurso de casación declarado fundado Si el recurso de casación es declarado fundado, la Sala Suprema casa la resolución recurrida y resuelve el conflicto sin devolver el proceso a la instancia inferior. El pronunciamiento se limita al ámbito del derecho conculcado y no abarca, si los hubiere, los aspectos de cuantía económica, los cuales deben ser liquidados por el juzgado de origen. En caso de que la infracción normativa estuviera referida a algún elemento de la tutela jurisdiccional o el debido proceso, la Sala Suprema dispone la nulidad de la misma y, en ese caso, ordena que la sala laboral emita un nuevo fallo, de acuerdo a los criterios previstos en la resolución casatoria; o declara nulo todo lo actuado hasta la etapa en que la infracción se cometió.

derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme lo precisa el artículo 384º del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria según autorización contenida en la Primera Disposición Complementaria de la Ley número 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. En materia de casación es factible el control de las decisiones jurisdiccionales, con el propósito de determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al proceso regular, teniendo en consideración que éste supone el cumplimiento de los principios y garantías que regulan al proceso como instrumento judicial, precaviendo sobre todo el ejercicio del derecho a la defensa de las partes en conflicto. 5.2. La labor casatoria es una función de cognición especial, sobre vicios en la resolución por infracciones normativas que inciden en la decisión judicial, ejerciendo como vigilantes el control de derecho, velando por su cumplimiento “y por su correcta aplicación a los casos litigiosos, a través de un poder independiente que cumple la función jurisdiccional”², revisando si los casos particulares que acceden a casación se resuelven de acuerdo a la normatividad jurídica, correspondiendo a los Jueces de casación custodiar que los Jueces encargados de impartir justicia en el asunto concreto respeten el derecho objetivo en la solución de los conflictos. Así también, habiéndose acogido entre los fines de la casación la función nomofáctica, 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 Recurso³, 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 proceso⁴, 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. Alcances sobre el inciso 3 del artículo 139º de la

2 HITTERS, Juan Carlos. Técnicas de los Recursos Extraordinarios y de la Casación. Librería Editora Platense, Segunda Edición, La Plata, página 166.

3 Monroy Cabra, Marco Gerardo, Principios de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis Librería, Bogotá Colombia, 1979, página 359.

4 De Pina Rafael, Principios de Derecho Procesal civil, Ediciones Jurídicas Hispano Americanas, México D.F, 1940, página 222.

5 Segundo considerando de la Casación N° 2545-2010 AREQUIPA del 18 de septiembre de dos mil doce, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Constitución Política del Perú Sexto: Sobre el debido proceso (o proceso regular), contenido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, la doctrina es pacífica en aceptar que entre los distintos elementos integrantes del derecho al debido proceso están comprendidos los siguientes: a) Derecho a un Juez predeterminado por la ley (Juez natural). b) Derecho a un Juez independiente e imparcial. c) Derecho a la defensa y patrocinio por un Abogado. d) Derecho a la prueba. e) Derecho a una resolución debidamente motivada. f) Derecho a la impugnación. g) Derecho a la instancia plural. h) Derecho a no revivir procesos fenecidos. Séptimo: En relación al derecho a una resolución debidamente motivada, el cual se encuentra reconocido 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. El Tribunal Constitucional nacional en la Sentencia de fecha trece de octubre de dos mil ocho, al resolver el expediente número 00728- 2008-HC, respecto a la debida motivación de las resoluciones judiciales, sexto fundamento, ha expresado lo siguiente: "(...) Ya en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N.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". Asimismo, en el séptimo fundamento de la referida Sentencia ha señalado que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales queda delimitado, entre otros, por los supuestos siguientes: a) inexistencia de motivación o motivación aparente; b) falta de

motivación interna del razonamiento; c) deficiencias en la motivación externa: justificación de las premisas; d) motivación insuficiente; e) motivación sustancialmente incongruente; y, f) motivaciones cualificadas. En ese sentido, habrá motivación de las resoluciones judiciales siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y por sí misma la resolución judicial exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa. Respecto a la congruencia procesal Octavo: Es un principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el Juez en la sentencia, las pretensiones y excepciones planteadas por las partes⁶. Este principio se encuentra recogido en el Artículo VII del Título Preliminar y el artículo 50° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso laboral. Resulta ilustrativo citar lo dispuesto en la Casación número 1266- 2001-LIMA: "Por el principio de congruencia procesal, los jueces por un lado no pueden resolver más allá de lo pedido ni cosa distinta a la peticionada ni menos fundamentar su decisión en hechos que no han sido alegados por las partes y por otro lado implica que los jueces tienen la obligación de pronunciarse respecto a todas las alegaciones efectuadas por los sujetos procesales tanto en sus actos postulatorios, como de ser el caso, en los medios impugnatorios planteados" (subrayado es nuestro). Solución al caso concreto Noveno: Este Supremo Tribunal, al revisar la causal planteada, advierte que la denuncia formulada por la demandada se basa en los siguientes puntos: 9.1. La resolución recurrida ha concluido con motivación aparente porque no se ha tomado en cuenta en su contenido y forma las normas legales antes invocadas, pues no se trata de declarar fundado una nivelación y ordenar un derecho de pago, sino de desarrollar un argumento que objetivamente fundamente el "por qué" de la nivelación. 9.2. Resulta evidente la vulneración al debido proceso derivado de una falta de valoración objetiva de la prueba y falta de razonamiento interno que justifi que la ratió decidendi del actor frente a su pretensión postulada. Décimo: En

6 DEVIS ECHANDÍA, "Teoría General del Proceso". Tomo I, 1984, páginas 49-50

cuanto al acápite 4.11, se aprecia que en la Sentencia recurrida el Colegiado Superior se ha consignado como agravios: "4.11 Bajo el marco normativo y jurisprudencial antes esbozado, de la revisión de la recurrida y demás actuados, teniendo en cuenta los agravios expresados por la demandada apelante y lo ordenado por la Sala Suprema, el Colegiado advierte que: c) En cuanto a los parámetros subjetivos: i) Tiempo de servicios: es de señalar que no se detalla en las boletas presentadas en autos que el tiempo de servicios incida en la determinación de la remuneración básica (pretensión reclamada); máxime si consideramos – conforme se ha probado- que ambos trabajadores (demandante y comparativo) mantienen el mismo cargo. ii) Experiencia profesional: es de precisar que tampoco se ha acreditado que esta se tome en cuenta desde la fecha de ingreso en la empleadora, pues un trabajador puede acumular experiencia laboral en otras entidades; y como ya se mencionó no se ha acreditado que el tiempo de servicios sea un factor determinante en la remuneración básica. Tampoco se advierte de autos que la demandada ha podido probar que la diferencia de remuneraciones básicas se haya debido a la realización de distintas funciones o labores de ambos trabajadores; siendo que en el caso de autos debe prevalecer el cargo estructural de "Buzonero" que obra en las boletas de pago que escoltan el escrito postulatorio de demanda, correspondientes al demandante, así como el trabajador comparativo u homólogo; y, sobre el nivel académico: Al respecto no se justifica una comparación necesaria, ya que ambos trabajadores (demandante y comparativo) efectúan las mismas laborales. En todo caso, dicho aspecto no ha sido objeto de debate probatorio en autos, pues la demandada no ha podido acreditar una situación distinta entre el demandante y el trabajador homólogo o comparativo". Décimo Primero: Sobre los argumentos expresados por la recurrente, se debe decir que en cuanto al medio impugnatorio que debe meritarse que el objeto del recurso extraordinario de casación posee una finalidad distinta a la que pretende la recurrente, pues, no constituye en Sede Casatoria una instancia de revisión en cuanto a actividad probatoria, ni de análisis de defectos formales, puesto que, para

ello se han diseñado mecanismos destinados a restar eficacia probatoria, supuesto que no ha acontecido en el devenir procesal. Décimo Segundo: De lo anotado se verifica que el Colegiado Superior ha expuesto las justificaciones fácticas y jurídicas que lo llevaron a determinar que al demandante le corresponde los reintegros de remuneración por la nivelación con uno de sus compañeros, objeto medular y central en la discusión realizada en el presente proceso, motivo por el cual se evidencia una adecuada o suficiente motivación en la resolución judicial impugnada, lo que a su vez impide señalar que no se ha visto vulnerado el debido proceso y/o la tutela jurisdiccional efectiva, por lo que en ese contexto este Tribunal Supremo concluye que lo planteado por la entidad recurrente no reviste argumentos suficientes para cuestionar la decisión arribada por la Sala Superior quienes han confirmado la sentencia apelada, luego de haber compulsado las pruebas aportadas y la aplicación del derecho que invoca, lo que no puede orientarse vía la infracción invocada del inciso 3 del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, por lo que la causal de su propósito y el recurso que la contiene devienen en infundado. 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:** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada, Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque Sociedad Anónima (EPSEL S.A.), mediante escrito de fecha veintitrés de octubre de dos mil diecisiete, que corre en fojas trescientos veintitrés a trescientos treinta y dos; en consecuencia, **NO CASARON** la Sentencia de Vista de fecha veintidós de septiembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas trescientos uno a trescientos dieciocho; **ORDENARON** la publicación de la presente Aley; en el proceso seguido por el demandante, Juan Santos Palacios Huimán, sobre desnaturalización de contratos y otros; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Rodríguez Chávez; y los devolvieron.

SS. ARIAS LAZARTE, RODRÍGUEZ CHÁVEZ, UBILLUS FORTINI, MALCA GUAYLUPO, ATO ALVARADO.

CASACIÓN LABORAL 25648-2017 TUMBES

Materia: Pago de beneficios sociales y otro. PROCESO ORDINARIO-NLPT

Sumilla: Si el empleador no demuestra fehacientemente que el trabajador se encuentra dentro del régimen de la Ley N° 27460, Ley de Promoción y Desarrollo de la Acuicultura, a fin de obtener los beneficios laborales que otorga el régimen agrario, regulado por la Ley N° 27360, le corresponde al trabajador percibir los beneficios sociales, del régimen laboral común, regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Lima, diez de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTA

La causa número veinticinco mil seiscientos cuarenta y ocho, guion dos mil diecisiete, guion TUMBES, 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 empresa demandada, Domingo Rodas S.A., mediante escrito presentado el diez de noviembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas trescientos quince a trescientos cincuenta, contra la Sentencia de Vista de fecha veintisiete de octubre de dos mil diecisiete, que corre en fojas doscientos noventa y uno a trescientos nueve, que revocó la Sentencia apelada de fecha veintiuno de abril de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento noventa y seis a doscientos once, en el extremo del pago de vacaciones e indemnización vacacional, reformándola modificó el monto ordenado a pagar; en el proceso seguido por, Arturo Lizardo Jiménez Flores, sobre pago de beneficios sociales y otro.

CAUSALES DEL RECURSO

Por resolución de fecha veintidós de agosto de dos mil diecinueve, que corre en fojas noventa y cuatro

a noventa y siete, se declaró procedente el recurso de casación interpuesto por la demandada, por las siguientes causales: i) Infracción normativa por interpretación errónea del artículo 3° del Decreto Supremo N° 049-2002-AG. ii) Infracción normativa por interpretación errónea del artículo 19° del Decreto Supremo N° 049-2002-AG. Correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento al respecto.

CONSIDERANDO

Primero: Antecedentes del Caso a) Pretensión: Se aprecia en la demanda, que corre en fojas veintiocho a treinta y cuatro, que el actor solicita el pago de beneficios sociales por la suma ascendente a ciento veintinueve mil doscientos diecinueve con 00/100 soles (S/ 129,219.00), que comprende: compensación por tiempo de servicios (CTS), gratificaciones y vacaciones; más el pago de intereses legales, con costas y costos. b) Sentencia de Primera Instancia: El Juez del Segundo Juzgado de Trabajo Supraprovincial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, mediante Sentencia de fecha dieciocho de julio de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento noventa y seis a doscientos once, que declaró fundada en parte la demanda, argumentando que la demandada no ha acreditado de manera fehaciente encontrarse autorizada para desarrollar actividad acuícola durante

los años mil novecientos noventa y cinco hasta el dos mil dieciséis, en tanto no hay prueba que acredite dicha autorización, ya que si bien la Ficha de RUC de la empresa demandada da cuenta de su actividad económica principal, sin embargo, ello sólo evidencia su objeto social, mas no la autorización antes indicada para realizar actividades de acuicultura y por ende su acogimiento a la Ley N° 27460. c) Sentencia de Vista: El Colegiado Superior de la Sala Laboral Permanente de la misma Corte Superior, mediante Sentencia de Vista de fecha veintisiete de octubre de dos mil diecisiete, que corre en fojas doscientos noventa y uno a trescientos nueve, revocó la sentencia apelada en el extremo de vacaciones; reformándolo modificó el monto ordenado a pagar; argumentando que se ha incurrido en error al efectuar la liquidación del citado concepto, puesto que corresponde realizarse la misma teniendo en cuenta el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 713, esto es en base a la última remuneración percibida. 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 el artículo 1° de 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: Sobre las causales declaradas procedentes Sobre las causales declaradas procedentes, consistentes en la interpretación errónea de los artículos 3° y 19° del Decreto Supremo N° 049-2002-AG, Reglamento de la Ley N° 27360, se señala que estas normas establecen lo siguiente: "Artículo 3.- El acogimiento a los beneficios a que se refiere la Ley se efectuará en la forma, plazo y condiciones que la SUNAT establezca. El referido acogimiento se realizará anualmente y tendrá carácter constitutivo. Para la fiscalización correspondiente, la SUNAT podrá solicitar

al Ministerio de Agricultura la calificación técnica respectiva, referida a las actividades que desarrollan los beneficiarios, la misma que será remitida dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de efectuada la solicitud. Si se constatará la falsedad de la información proporcionada, al acogerse a la Ley; o si al final del ejercicio no se cumpliera con lo señalado en el numeral 1 del Artículo 2, se considerará para todo efecto como no acogido. Para lo cual la SUNAT emitirá la resolución correspondiente. En estos casos, los contribuyentes estarán obligados a regularizar la declaración y el pago de los tributos omitidos durante el ejercicio gravable, más los intereses y multas correspondientes, según lo previsto en el Código Tributario. (...) "Artículo 19.- Para efectos del registro de contratos de trabajo sujetos a modalidad, a que se refiere el Título II del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, los empleadores deberán presentar, el último día hábil de cada semestre calendario, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo de la jurisdicción correspondiente una solicitud adjuntando: a) Tres ejemplares de los contratos sujetos a modalidad, establecidos en el Artículo 7 de la Ley, celebrados en dicho período; b) Copia simple del Registro Único de Contribuyentes (RUC) de los empleadores; c) Copia simple del documento que presente ante la SUNAT para efectos de su acogimiento a los beneficios establecidos por la Ley, de conformidad con el Artículo 3. La Autoridad Administrativa de Trabajo podrá ordenar la verificación posterior de la veracidad de los datos consignados en los contratos, de conformidad con el segundo párrafo del Artículo 73 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR". Cuarto: Delimitación del objeto de pronunciamiento Conforme a las causales declaradas procedentes, el análisis debe circunscribirse en determinar si el demandante se encuentra dentro del régimen especial acuícola, el cual se remite al régimen agrario, regulado por la Ley N° 27360 o bajo el régimen laboral común, a efectos de percibir los beneficios sociales que corresponden a dicho régimen. Quinto: Resulta

pertinente precisar que la parte recurrente se dedica a la crianza, extracción, transformación, distribución, comercialización y/o productos hidrobiológicos, de los recursos hidrobiológicos, incluyendo la importación, producción, transformación y exportación de langostinos, de acuerdo a lo detallado en la Partida Registral N° 11000328, que corre en fojas ciento dieciocho a ciento veintinueve. Sexto: Alcances sobre el régimen laboral agrario Cabe señalar que la Ley N° 27360, Ley de Promoción Agraria, aprobada en el mes de octubre del año dos mil, se dio con la finalidad de promover el desarrollo del sector agrario, estableciendo un régimen tributario especial y un régimen laboral particular para dicho sector. Las características de este régimen laboral que se encuentra vigente hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil veintiuno, son las siguientes: i) Permite contratar personal a tiempo determinado (contratos a plazo fijo) o indeterminado; ii) cuando se trata de contratos a plazo fijo se pueden establecer jornadas de trabajo acumulativas, siempre que el total de horas durante el desarrollo de los contratos no superen las cuarenta y ocho horas semanales en promedio; iii) contempla una remuneración mínima diaria que incluye dentro de su monto a la Compensación por Tiempo de Servicios y a las gratificaciones de julio y diciembre. Aquella debe ajustarse en el mismo porcentaje en que se incrementan la Remuneración Mínima Vital en el régimen laboral ordinario; iv) otorga un descanso vacacional de quince días por año trabajado; v) la indemnización en caso de despido arbitrario equivale a quince días por cada año completo de labores, no pudiendo superar las ciento ochenta y vi) tienen derecho a la seguridad social en salud y previsional. Sétimo: Constitucionalidad de la Ley N° 27360, Ley de Promoción del Sector Agrario La validez constitucional del Régimen Laboral Especial Agrario regulado por el Título III de la Ley N° 27360 y reglamentado por el Título III del Decreto Supremo N° 049-2002-AG, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia de fecha veintiuno

de noviembre de dos mil siete, recaída en el Expediente N° 0027-2006-PI/TC, Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados de Ica contra el Congreso de la República, mediante el que se pretende la declaratoria de inconstitucionalidad de los literales a), b) y c) del numeral 7.2) del artículo 7° del Título III de la Ley N° 27360, titulada "Ley que aprueba las normas de promoción del sector agrario"; esta demanda fue declarada infundada por no contravenir el Principio-Derecho a la Igualdad. En consecuencia, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo VI del Código Procesal Constitucional, este Colegiado Supremo está obligado a aplicar la Ley N° 27360, ya que su constitucionalidad ha sido confirmada en el proceso antes mencionado. Octavo: Ley de Promoción Acuícola Mediante Ley N° 27460, Ley de Promoción y Desarrollo de la Acuicultura, se reguló la actividad acuícola, encontrándose comprendidos bajo sus alcances las personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades acuícolas; asimismo, se estableció en el artículo 28° de la referida norma que serían aplicables a los productores acuícolas los beneficios laborales establecidos en los artículos 7° y 10° de la Ley N° 27360, Ley de Promoción Agraria y en el artículo 29° incorpora al Seguro de Salud de los trabajadores de actividad agraria a los trabajadores de la actividad acuícola, en sustitución del seguro Social de Salud. A su vez, en el artículo 73° del Decreto Supremo N° 030-2001-PE¹, que aprueba el Reglamento de la Ley de Promoción y Desarrollo de la Acuicultura, precisa que de acuerdo a lo establecido en los artículos 28° y 29° de la Ley, son aplicables a los empleadores de la actividad acuícola las disposiciones contenidas en los artículos 7°, 9° y 10° de la Ley N° 27360, Ley que aprueba las Normas de Promoción del Sector Agrario, así como sus normas reglamentarias. En consecuencia, el régimen laboral especial de las personas jurídicas que desarrollen actividades acuícola, se remitirán a lo establecido en el régimen laboral agrario. Además, por Decreto Supremo N° 049-2002-AG se aprobó el Reglamento de la Ley N° 27360, que en su artículo 24°

1. Aplicable por razón de temporalidad, de acuerdo a la nota al pie, citado anteriormente.

precisa que la SUNAT ejerce las funciones de administración respecto de las contribuciones al Seguro de Salud Agrario, así como de la inscripción y declaración de los asegurados y/o afiliados obligatorios.

Noveno: Siendo así, corresponde realizar una interpretación sistemática de las infracciones normativas, con los artículos antes mencionados; motivo por el cual, se debe precisar que el régimen laboral agrario se dio con la finalidad de promover el desarrollo del sector agrario, estableciendo un régimen tributario especial y un régimen laboral particular para dicho sector. Las características de este régimen laboral que se encuentra vigente hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil veintiuno, son las siguientes: i) Permite contratar personal a tiempo determinado (contratos a plazo fijo) o indeterminado; ii) cuando se trata de contratos a plazo fijo se pueden establecer jornadas de trabajo acumulativas, siempre que el total de horas durante el desarrollo de los contratos no superen las cuarenta y ocho horas semanales en promedio; iii) contempla una remuneración mínima diaria que incluye dentro de su monto a la Compensación por Tiempo de Servicios y a las gratificaciones de julio y diciembre. Aquella debe ajustarse en el mismo porcentaje en que se incrementan la Remuneración Mínima Vital en el régimen laboral ordinario; iv) otorga un descanso vacacional de quince días por año trabajado; v) la indemnización en caso de despido arbitrario equivale a quince días por cada año completo de labores, no pudiendo superar las ciento ochenta y vi) tienen derecho a la seguridad social en salud y previsional, de conformidad con lo prescrito en la Casación N° 6583-2015-TUMBES expedida por esa Sala Suprema. De otro lado, se debe tener en cuenta que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, puede dictar mediante Resolución Ministerial las normas necesarias para la aplicación del régimen laboral agrario, de acuerdo a lo dispuesto en la Segunda Disposición Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 049-2002-AG, que aprueba el reglamento de la Ley N° 27360. Décimo: En atención a lo expuesto, dentro de los beneficios de los beneficios tributarios y laborales del régimen laboral especial agrario, regulado por la

Ley N° 27360, previstos en su artículo 2º, también están comprendidos las personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades acuícolas, tal como lo refiere los artículos 26º y 28º de la Ley N° 27460. Asimismo, se debe precisar que el artículo 3º del Decreto Supremo N° 049-2002-AG, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 27360, indica que para el acogimiento a los beneficios a que se refiere la Ley se efectuará en la forma, plazo y condiciones que la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT) establezca. El referido acogimiento se realizará anualmente y tendrá carácter constitutivo. Es así también, que de acuerdo al artículo 19º del Reglamento de la Ley N° 27360, para el registro de los contratos de trabajo sujetos a modalidad, dentro del régimen agrario, se requiere que los empleadores presenten, el último día hábil de cada semestre calendario, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo de la jurisdicción, correspondiente, una solicitud adjuntando, entre otros, copia simple del documento que presente ante la SUNAT para efectos de su acogimiento a los beneficios establecidos por la Ley. Sobre el particular, en la Quinta Disposición Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 049-2002-AG, se expone que se mantiene vigente lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto Legislativo N° 885 y normas modificatorias, en favor de los empleadores de la actividad agraria que desarrollen cultivos y/o crianzas. Para lo cual, dichos sujetos deberán adjuntar a la solicitud que presenten a la Autoridad Administrativa de Trabajo, por los trámites y procedimientos que efectúen ante la misma, copia simple de su RUC y del documento que hayan presentado a la SUNAT para efectos de su acogimiento a los beneficios establecidos por la Ley N° 27360.

Décimo Primero: Análisis del caso en concreto Habiendo establecido los alcances generales del régimen laboral especial, corresponde analizar el caso de autos; en ese contexto, de la revisión de autos, se aprecia lo siguiente: – Se aprecia en fojas sesenta y ocho a noventa y tres, que la empresa demandada presentó con su escrito de contestación a la demanda, copias de las Declaraciones Juradas (Formulario 4888) correspondiente a los periodos dos mil tres hasta el

año dos mil dieciséis, documentos que según se verifican han sido presentados ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-SUNAT, con la finalidad de recibir los beneficios tributarios que otorga esta ley. – Así también a fojas ciento cincuenta y nueve, corre el Oficio N° 082-2012-SUNAT/2M1005 cursado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-SUNAT al Presidente de la Asociación de Trabajadores Estables, Eventuales del Sector Acuicultura Región Tumbes, en el que se señala “(...) que el contribuyente DOMINGO RODAS S.A. identificado con RUC N° 20132690414, se acogió a los beneficios de la Ley de Promoción y Desarrollo de la Acuicultura Ley N° 27460, con la presentación del Formulario 4888 el 28 de enero de 2005, sin embargo, el referido acogimiento no ha sido validado por la Administración Tributaria, en la medida que este contribuyente no ha sido sujeto de una acción de fiscalización sobre el particular”. (subrayado y sombreado nuestro); fecha posterior a la apertura de sus actividades y del inicio de la relación laboral con el demandante, ocurrido el uno de setiembre de dos mil tres, además de no ser válido su acogimiento. Asimismo, se debe recordar que es competencia del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo la regulación y supervisión respecto a la contratación, bajo el régimen especial, conforme lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 049-2002-AG, que aprueba el reglamento de la Ley N° 27360. Décimo Segundo: De lo antes señalado, podemos concluir que la empresa impugnante cumplió con presentar ante la institución tributaria los documentos necesarios para acogerse a los beneficios que ofrecen tanto la Ley de Promoción Agraria como la de Promoción y Desarrollo de la Acuicultura; sin embargo, dicha solicitud no ha sido aprobada por la SUNAT conforme fluye del oficio señalado en el considerando que antecede. Y en el supuesto que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-SUNAT hubiese validado la solicitud de la recurrente, los beneficios que otorga la Ley N° 27360 serían solo para efectos tributarios y a partir del año dos mil cinco y no los laborales como lo pretende la emplazada, además de tenerse en cuenta que si su acogimiento hubiera sido

válido, este lo hizo mucho después del ingreso del actor. Siendo de competencia del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo la regulación y supervisión respecto a la contratación bajo este régimen especial, conforme se desprende de la Segunda Disposición Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 049-2002-AG, Reglamento de la Ley N° 27360. Décimo Tercero: En consecuencia, se determina que en este caso particular, como punto principal, la empresa recurrente no ha demostrado fehacientemente encontrarse dentro del régimen de la Ley de Promoción y Desarrollo de la Acuicultura, el cual se remite a lo establecido en la Ley de Promoción del Sector Agrario, en la fecha de ingreso del trabajador y por ende, tampoco se ha acreditado el cambio al régimen acuícola, motivo por el cual le corresponde al actor estar sujeto al régimen laboral común, regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, por lo que esta Sala Suprema considera que las causales propuestas por la parte demandada devienen en infundadas. Décimo Cuarto: En mérito a lo expuesto, no se ha infringido por interpretación errónea los artículos 3° y 19° del Decreto Supremo N° 049-2002-AG; en consecuencia, las causales declaradas procedentes devienen en infundadas. Por estas consideraciones: **DECISIÓN:** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada, Domingo Rodas S.A., mediante escrito presentado el diez de noviembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas trescientos quince a trescientos cincuenta; en consecuencia, **NO CASARON** la Sentencia de Vista de fecha veintisiete de octubre de dos mil diecisiete, que corre en fojas doscientos noventa y uno a trescientos nueve; y **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; en el proceso seguido por el demandante, Arturo Lizardo Jiménez Flores, sobre pago de beneficios sociales y otros; interviniendo como ponente el señor juez supremo Malca Guaylupo; y los devolvieron.

SS. ARIAS LAZARTE, RODRÍGUEZ CHÁVEZ, UBILLUS FORTINI, MALCA GUAYLUPO, ATO ALVARADO.

CASACIÓN LABORAL 28252-2017 DEL SANTA

Materia: Reposición por despido fraudulento. PROCESO ORDINARIO-NLPT.

Sumilla: La falta grave es aquella infracción cometida por el trabajador contra los deberes esenciales que emanan del contrato de trabajo, de tal intensidad, que haga irrazonable la continuidad de la relación laboral, producida por acto doloso o culposo del trabajador; en el caso de autos, no se encuentra acreditado que la actora haya incurrido en las faltas atribuidas, motivo por el cual su despido deviene en fraudulento.

Lima, cuatro de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTA

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

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada, Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, mediante escrito presentado el trece de noviembre de dos mil diecisiete, que corre de fojas ciento cincuenta y siete a ciento sesenta y uno, subsanado por escrito que corre a fojas ciento sesenta y cuatro, contra la Sentencia de Vista del diecinueve de octubre de dos mil diecisiete, que corre de fojas ciento treinta y tres a ciento cincuenta y cuatro, que confirma la sentencia apelada del diez de abril de dos mil diecisiete, que corre de fojas setenta y tres a ochenta y cinco, que declaró fundada en parte la demanda; en el proceso ordinario laboral seguido por la demandante, Silvia Celis López, sobre reposición por despido fraudulento.

CAUSALES DEL RECURSO

Mediante resolución de fecha tres de abril de dos mil diecinueve, que corre de fojas setenta a setenta y tres, se ha declarado procedente el recurso interpuesto por la demandada por las causales de: i) Infracción normativa

del inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú. ii) Infracción normativa del literal a) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR. Correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo sobre las citadas causales.

CONSIDERANDO

Antecedentes del caso Primero: A fin de establecer si en el caso de autos se ha incurrido o no en la infracción normativa indicada precedentemente, es pertinente realizar las siguientes precisiones sobre el proceso, para cuyo efecto se puntualiza un resumen de la controversia suscitada así como de la decisión a las que han arribado las instancias de grado. 1.1. Pretensión: Conforme se aprecia de la demanda que corre de fojas treinta y uno a cuarenta y dos, la actora pretende que se declare fraudulento el despido del cual ha sido objeto, debiendo ordenarse su reposición al puesto de trabajo; asimismo, pretende el abono de las remuneraciones y beneficios sociales que se devenguen hasta la fecha de su reincorporación; más el pago de intereses legales, con costas y costos del proceso. 1.2. Sentencia de primera instancia: El Juez del Quinto Juzgado Especializado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia Del Santa, a través de la Sentencia que corre de fojas setenta y tres a ochenta y cinco, declaró fundada en parte la demanda, al considerar que se ha acreditado

que, en la práctica, los permisos eran concedidos de manera verbal, las papeletas de permiso anteriores no han sido cuestionadas en su validez, razón por la que no posible verificar la falta imputada, produciéndose un despido fraudulento.

1.3. Sentencia de segunda instancia: El Colegiado Superior de la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia antes citada, mediante Sentencia de Vista, que corre de fojas ciento treinta y tres a ciento cincuenta y cuatro, confirmó la sentencia apelada que declaró fundada en parte la demanda por argumentos similares a los expresados por el Juez de primera instancia.

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 pueda interponer el respectivo recurso de casación.

Sobre de 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 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 3 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: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”. Delimitación

del objeto de pronunciamiento Cuarto: Conforme a la causal de casación declarada precedente, el análisis debe circunscribirse a determinar si se ha infringido o no 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 Sala Suprema declarar fundado el recurso de casación propuesto y la nulidad de la resolución recurrida, de conformidad con el artículo 39° de la Ley número 29497¹, Nueva Ley Procesal del Trabajo, con reenvío de la causa a la instancia de mérito pertinente; en sentido contrario, de no presentarse la afectación alegada por la parte recurrente, dicha causal devendrá en infundada.

Alcances sobre el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú Quinto: Sobre el debido proceso (o proceso regular), contenido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, la doctrina es pacífica en aceptar que entre los distintos elementos integrantes del derecho al debido proceso están comprendidos los siguientes:

- a) Derecho a un Juez predeterminado por la ley (Juez natural).
- b) Derecho a un Juez independiente e imparcial.
- c) Derecho a la defensa y patrocinio por un Abogado.
- d) Derecho a la prueba.
- e) Derecho a una resolución debidamente motivada.
- f) Derecho a la impugnación.
- g) Derecho a la instancia plural.
- h) Derecho a no revivir procesos fenecidos.

Sexto: El Tribunal Constitucional nacional en la Sentencia de fecha trece de octubre de dos mil ocho, al resolver el expediente número 00728-2008-HC, respecto a la debida motivación de las resoluciones judiciales, sexto fundamento, ha expresado lo siguiente: “(...) Ya en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N.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

¹ Ley N° 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo

Artículo 39.- Consecuencias del recurso de casación declarado fundado Si el recurso de casación es declarado fundado, la Sala Suprema casa la resolución recurrida y resuelve el conflicto sin devolver el proceso a la instancia inferior. El pronunciamiento se limita al ámbito del derecho conculcado y no abarca, si los hubiere, los aspectos de cuantía económica, los cuales deben ser liquidados por el juzgado de origen. En caso de que la infracción normativa estuviera referida a algún elemento de la tutela jurisdiccional o el debido proceso, la Sala Suprema dispone la nulidad de la misma y, en ese caso, ordena que la sala laboral emita un nuevo fallo, de acuerdo a los criterios previstos en la resolución casatoria; o declara nulo todo lo actuado hasta la etapa en que la infracción se cometió.

que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso". Asimismo, en el séptimo fundamento de la referida Sentencia ha señalado que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales queda delimitado, entre otros, por los supuestos siguientes: a) inexistencia de motivación o motivación aparente; b) falta de motivación interna del razonamiento; c) deficiencias en la motivación externa: justificación de las premisas; d) motivación insuficiente; e) motivación sustancialmente incongruente; y, f) motivaciones cualificadas. En ese sentido, habrá motivación de las resoluciones judiciales siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y por sí misma la resolución judicial exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa. Solución al caso concreto Séptimo: Este Supremo Tribunal en relación a la causal procesal planteada, determina que si bien la recurrente ha precisado que la Sentencia de vista no presenta una motivación interna en el razonamiento, motivo por el cual se encuentra incurso en causal de nulidad. Ahora bien, absolviendo los argumentos expresados por la demanda, es preciso indicar que el recurso de casación no tiene por objeto el análisis de circunstancias fácticas, puesto que, la Sede Casatoria no es una instancia, sino por el contrario, tiene por finalidad verificar la correcta aplicación de la norma al caso concreto y la unificación de la jurisprudencia, aspectos que distan mucho de las alegaciones expresadas por la recurrente. Asimismo, debe considerarse que 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, supuestos que no se han visto vulnerados en el

caso de autos, puesto que, a diferencia de lo esgrimido por la demandada, en los considerandos sexto y siguientes, de fojas ciento treinta y seis y siguientes, partes pertinentes, se han disgregados los argumentos por los cuales considera, el Colegiado Superior, corresponde desestimar los agravios postulados por la recurrente, tal es así que se hace referencia a los cargos imputados a la demandante y la valoración que ha permitido desvirtuar los argumentos de la emplazada, conforme a los documentos que han sido actuados al interior del proceso y que desestiman la tesis esgrimida por la demandada, lo que no ha podido ser desvirtuado por la demandada, circunstancias que permiten desvirtuar los argumentos expresados en el recurso de casación. Octavo: Teniendo en cuenta el contexto argumentativo o motivacional señalado en el considerando inmediato anterior, cuando se sostiene que la Sala Superior ha cumplido con exponer de manera clara y precisa los motivos que han conllevado a declarar fundada la demanda, podemos concluir que no se ha incurrido en infracción normativa del inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, conclusión a la que se arriba al haber efectuado un análisis o evaluación de las documentales aportadas al proceso, lo cual no puede ser causal suficiente para cuestionar la motivación o el debido proceso. Asimismo, cabe precisar que tampoco se advierte la existencia de vicio alguno durante el trámite del expediente que atente con las garantías procesales y constitucionales que reguardan el derecho al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales, por cuyas razones la causal bajo examen deviene en infundada. Noveno: Al haberse declarado infundada la causal procesal, este Colegiado procederá a emitir pronunciamiento de fondo respecto a las causales sustantivas denunciadas por la recurrente. Respecto de la causal material declarada procedente Décimo: El literal a) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, precisa lo siguiente: "Artículo 25.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del

contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves: a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad.” Detallado el dispositivo legal presuntamente infraccionado y antes de emitir pronunciamiento de fondo, éste Supremo Tribunal considera pertinente desarrollar algunos conceptos teóricos, relacionados con la falta grave y sus alcances, lo que permitirá una mayor comprensión de la decisión judicial que se vaya a dictar. Sobre el marco protector del despido arbitrario Décimo Primero: El Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, ha establecido un sistema general de protección al trabajador contra el despido arbitrario, entendiéndose por tal, aquél que carece de causa justa o que se materializa sin expresión de ésta y establece, además la nulidad del despido, el cual no se funda en alguno de los motivos específicos que dicha Ley establece en el artículo 29°; sin embargo, se encuentran vinculados a conductas lesivas a determinados derechos del trabajador, por lo que el sustento de esta norma radica en garantizar su pleno ejercicio, sin que la situación de subordinación o dependencia que deriva de la relación de trabajo pueda limitarlos o restringirlos, lo cual encuentra fundamento en el tercer párrafo del artículo 23° de la Constitución Política del Perú, el cual precisa que la relación laboral no puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. No obstante, el artículo 25° del Texto Único Ordenado del

Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, ha previsto la figura del despido disciplinario el cual es considerado como: “(...) resolución unilateral del contrato de trabajo por decisión del empresario, fundado en un incumplimiento previo del trabajador”²; en consecuencia, el despido debe fundarse en causa justa, grave y evidente, caso contrario, nos encontraríamos frente a un despido pasible de ser sancionado mediante la reposición o indemnización, según corresponda. Falta grave Décimo Segundo: Sobre la falta grave, el artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, sostiene que constituye una infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la continuidad laboral. Ahora bien, la gravedad de la infracción supone: “(...) una lesión irreversible al vínculo laboral, producida por acto doloso o culposo del trabajador que hace imposible o indeseable la subsistencia de la relación laboral (...)”³; correlato de ello, es preciso indicar: “(...) es consustancial al concepto; el adjetivo se enlaza de modo tan inseparable al sustantivo que, en realidad, forman un solo vocablo, una palabra compuesta: falta grave”⁴. Asimismo, la gravedad debe configurarse de manera inmediata para justificar, de esa manera, la extinción del vínculo laboral; sin embargo, en “(...) algunas ocasiones deriva de su reiteración, es decir que aisladamente considerada una conducta no puede reputarse grave, pero apreciada como conducta permanente en el tiempo sí se configura la gravedad (...)”⁵. Determinación de la gravedad Décimo Tercero: Al respecto, la graduación o determinación de la gravedad dependerá de cada supuesto de despido previsto en la norma, así tenemos que esta graduación permitirá establecer si nos encontramos ante un hecho de tal

2 ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAHAMONDE, María Emilia. “El Derecho del Trabajo”. Décimo Segunda Edición. Revisada. Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, sección publicaciones. Madrid. 1991. Pág. 445.

3 PASCO COSMÓPOLIS, Citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El Despido en el Derecho Laboral Peruano”. Jurista Editores E.I.R.L. Marzo 2013. Pág. 194.

4 *Ibidem*.

5 QUISPE CHÁVEZ, Gustavo y MESINAS MONTERO, Federico. Ob. Cit. Pág. 23

gravedad que permita proceder a la extinción del contrato de trabajo. Conviene tener en cuenta: "(...) ha de graduarse lo más estrictamente posible la conducta incumplidora del trabajador, de modo que el despido, que es la sanción más importante y de mayor intensidad, sea una sanción proporcional al incumplimiento del trabajador"⁶. Entre los diversos elementos, debe considerarse: "(...) toda una serie de circunstancias, en primer lugar, relacionadas con el propio trabajador, como su antigüedad del trabajador, el hecho de que no haya sido sancionado con anterioridad; los elementos que caracterizan el incumplimiento imputado al trabajador, tales como la existencia o no de advertencias previas al trabajador, la habitual tolerancia a ciertas conductas, la reiteración en el incumplimiento, las circunstancias personales del trabajador en el momento del incumplimiento; y también las consecuencias del incumplimiento del trabajador, como las repercusiones económicas del mismo, el hecho de que el incumplimiento se haya escenificado públicamente o no, etc"⁷. Además, cabe precisar: "(...) en nuestro ordenamiento laboral ha estado presente, desde sus orígenes mismos, la tendencia a definir la falta grave siguiendo la técnica que es propia del derecho penal, esto es, mediante su tipificación por el texto legal."⁸ Supuestos tipificados como falta grave

Décimo Cuarto: El artículo 25º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, ha regulado una serie de supuestos tipificados como faltas graves, desglosados en los literales del a) al h), delimitando que dichas conductas tienen como objeto de sanción, la ruptura de la relación laboral por decisión unilateral del empleador, fundado en un incumplimiento previo del trabajador. Abundando a lo anotado, resulta pertinente acotar: "(...) el incumplimiento del trabajador

no es cualquier tipo de incumplimiento, sino uno muy específico: i) incumplimiento de deberes esenciales e ii) incumplimiento contractual. Por el primer tipo habrá que entender los deberes centrales del trabajador, tales como el deber de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo e en el marco de obediencia, de buena fe y de diligencia. Por su parte, por incumplimiento contractual no solo se puede entender las cláusulas pactadas en el contrato suscrito con el empleador, sino también las normas laborales que le son aplicables a esta relación jurídica. Como quiera el contrato de trabajo es un contrato normado, entonces las normas laborales generaran obligaciones que el trabajador ha de cumplirlas."⁹ Décimo Quinto: Ahora bien, el literal a) del artículo 25º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, prevé una serie de conductas tipificadas como faltas graves, las cuales pueden ser clasificadas de la siguiente manera: "(...) existen tres maneras de efectuar la previsión legal de las causas justificadas de despido: a) una mención genérica de los actos de mala conducta del trabajador que, por su gravedad, hacen irrazonable la subsistencia de la relación, quedando en manos de la jurisprudencia la tarea de calificar qué conductas son catalogadas como faltas graves; b) una enunciación ejemplificativa de algunas causas justificadas, dándose libertad al intérprete para adicionar otros casos semejantes; y por último, c) una enunciación limitativa de todos los casos de causa justificada, que proscriba el despido derivado de "faltas" del trabajador que no se adapten a la hipótesis legalmente previstas"¹⁰. Además, pese a la enumeración taxativa, no existe impedimento para que pueda ser extendido a otros supuestos como manifestación de las obligaciones de trabajo que supongan el quebrantamiento de la buena fe laboral, la lesión de

6 GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. Citado por QUISPE CHÁVEZ, Gustavo y MESINAS MONTERO, Federico. En "El Despido en la jurisprudencia judicial y constitucional". Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición. Enero 2009. Pág. 23

7 Ídem. Págs.23-24.

8 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Ob. Cit. Pág. 206.

9 ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho Individual del trabajo en el Perú, Palestra Editores, Lima, 2008, pág. 524.

10 QUISPE CHÁVEZ, Gustavo y MESINAS MONTERO, Federico. Ob. Cit. Pág. 25

deberes, entre otras, que emanen del contenido propio y específico de la labor que efectúe el trabajador, pudiendo ampliarse los alcances de los supuestos considerados como falta grave, pues, dicha articulación actúa como un patrón que deben cumplir determinadas conductas, a efectos de ser consideradas faltas graves. El principio de la buena fe laboral Décimo Sexto: Su acepción objetiva es la que adquiere mayor relevancia en la ejecución del contrato de trabajo, al tratarse de una relación jurídica personal y de duración continuada que exige de los sujetos intervinientes (empleador y trabajador), un comportamiento adecuado para el cumplimiento de los deberes que cada uno posee. En función de este principio, se impone la observancia del adecuado esfuerzo volitivo y técnico para realizar el interés del acreedor del trabajo (empleador), así como para no lesionar derechos ajenos, pues, como señala Plá Rodríguez: "El contrato de trabajo no crea sólo derechos y obligaciones de orden exclusivamente patrimonial, sino también personal. Crea, por otra parte, una relación estable y continuada, en la cual se exige la confianza recíproca en múltiples planos, en encontradas direcciones y sobre todo por un periodo prolongado de tiempo. Para el debido cumplimiento de esas obligaciones y el adecuado mantenimiento de esas relaciones resulta importantísimo que ambas partes actúen de buena fe".¹¹ Manifestándose la importancia de dicho principio en las faltas graves contenidas en el artículo 25º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR. Décimo Séptimo: El literal a) del artículo 25º de la citada norma, prevé como falta grave constitutiva de despido, el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de

Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad. Siendo relevante para el caso concreto, el extremo referido al incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, toda vez que aquel ha sido el sustento jurídico de la recurrente para desvincular a la demandante. La relación laboral no encuentra su origen necesariamente en un contrato de trabajo escrito, en el cual las partes hubieren consensuado cada una de las obligaciones asumidas con motivos de su celebración, sino por el contrario, teniendo en cuenta la naturaleza de este tipo de relaciones y lo establecido por el legislador en el artículo 4º del Decreto Supremo número 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, es pacífico considerar que el contrato de trabajo es uno de naturaleza consensual, el cual se configura con el mero consentimiento de las partes, en donde una de ellas se obliga a prestar servicios bajo las directivas y fiscalización de su contraparte dentro de los parámetros del ordenamiento jurídico, en tanto que esta se compromete a la retribución de los servicios prestados y cumplimiento de la normatividad que regula este tipo de relaciones jurídicas. Décimo Octavo: Es así, que observamos que las obligaciones asumidas por las partes, con motivo del contrato de trabajo, no se limitan únicamente a las pactadas en el contrato escrito, sino que las mismas derivan también de las disposiciones normativas que la regulen. De allí que no resulte extraña la redacción del artículo 25º del Decreto Supremo número 003-97-TR, cuando prevé que constituye falta grave, aquella infracción por parte del trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato de trabajo, entendiéndose por tal, no solo a las obligaciones taxativamente previstas en aquel, sino a todos aquellos "[...] deberes centrales del trabajador, tales como el deber de poner a disposición del

11 Pla Rodríguez, Américo "Los principios del Derecho del Trabajo" Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1980. Segunda Edición. Pag. 309.

empleador su fuerza de trabajo en el marco de obediencia, buena fe y diligencia".¹² En ese sentido, la tipificación de la falta grave contenida en el inciso a) del artículo 25º del Decreto Supremo número 003-97-TR, complementa la acción principal que es "El incumplimiento de las obligaciones de trabajo" con la frase "que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral" lo que no basta que se produzca un incumplimiento, sino que esa omisión rompa la confianza depositada, anulando las expectativas puestas en el trabajo encargado y haga que la relación laboral se torne insostenible, siendo irrelevante que el incumplimiento ocasione algún perjuicio al empleador, ya que lo sancionable es el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, siendo esto último lo que califica de lesivo el comportamiento del trabajador dando lugar a la imposición de una sanción. El principio de proporcionalidad y razonabilidad para el despido relacionado con la conducta del trabajador Décimo Noveno: El Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha veintiocho de octubre de dos mil diez, recaída en el Expediente número 00606-2010-PA/TC, ha señalado en el fundamento cuarto, lo siguiente: "c. El resultado de una sanción en el procedimiento de despido no sólo debe ser consecuencia de que se respeten las garantías formales propias de un procedimiento disciplinario, sino, además, de que sea acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. d. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad al momento de imponer la sanción de despido se aplicarán teniendo presente la gravedad de la falta cometida, la categoría, la antigüedad y los antecedentes disciplinarios del trabajador, entre otros aspectos ." (Subrayado nuestro) En relación al principio de razonabilidad, se entiende como aquel criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho, el cual expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de

las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones se tomen en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias¹³; es decir, que debe hallarse una relación razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida, a fin de justificar un tratamiento diferente, a efectos de no dejar de lado, la razón de ser del despido, confi gurándose por la falta grave incurrida por el trabajador. Sin embargo, guarda especial relación con estos principios, el hecho de advertir una serie de circunstancias, como sería el hecho de verificar la diligencia que pudiera prestar el trabajador en el marco de la buena fe; así, por ejemplo, si un trabajador concurre en estado de ebriedad y decide apartarse del puesto de trabajo por su evidente estado, no podría atentar contra el principio de buena fe, puesto que no se incumpliría el deber de diligencia, en la medida que está abandonando su puesto y las labores a que está obligado, otro supuesto radica en el hecho de que considere el riesgo que genera su irresponsabilidad para la vida de otras personas, caso contrario, se incurriría en un acto de tal gravedad que supone haber incurrido en alguna de las faltas prevista en el artículo 25º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR. Solución al caso concreto Vigésimo: Con relación a los argumentos expresados en el recurso de casación, se advierte que, a decir de la parte demandada, se habría infraccionado el dispositivo legal, a partir de lo siguiente: 20.1 No se ha observado las reglas mínimas del proceso relativas a la valoración de los medios probatorios aportados al proceso. 20.2 No se ha motivado el pronunciamiento impugnado sobre la normativa que regula el despido por determinada conducta de la demandante. 20.3 La demandante hizo abandono de su centro de trabajo sin autorización de su jefe inmediato. 20.4 Las papeletas de salida no han sido llenadas por sus jefes inmediatos. Ahora bien, de lo actuado al interior del proceso, se

12 ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho de Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias. Palestra Editores. Lima 2008. Primera Edición. Pag. 524.

13 Sentencia del Tribunal Constitucional de cinco de febrero de dos mil nueve, recaída en el expediente N° EXP. N. ° 00535-2009-PA/TC.

advierte lo siguiente: • Corre de fojas seis a ocho, la carta de pre aviso de despido cursada a la actora, en las que se tipifi ca como faltas, las contenidas en los literales a) y d) del artículo 25º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR. • De fojas nueve a once, la carta de descargo presentada por la actora. • Corre de fojas doce a quince, la carta de despido, a través de la cual se sanciona el mismo por la comisión de las faltas graves tipifi cadas en los literales a) y d) del artículo 25º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR. Delimitados los argumentos expresados por la recurrente y la documentación referida al mismo, corresponde el análisis de cada uno de los argumentos vertidos a efectos de verifi car si se ha producido o no, la infracción normativa que se denuncia. Vigésimo Primero: Sobre los argumentos expresados en el numeral 18.1, debe tenerse en cuenta que la valoración de medios probatorios no es objeto de análisis casatorio, por el contrario, constituye un supuesto que no guarda relación, ni correlato con el objeto de este recurso extraordinario al no ser la Sede Casatoria una instancia, tanto más, si se tiene en cuenta que al absolver la infracción procesal se ha determinado que no se ha incurrido en vulneración alguna al derecho de la recurrente, por ello, no resuelta consistente que se pretenda denunciar una “presunta falta de valoración de medios probatorios” cuando lo que debe evaluarse se encuentra vinculado a un presunto abandono de trabajo y falsifi cación de documentos. A partir de ello, dicha alegación no cuenta con la solidez sufi ciente para estimar una afectación, conforme invoca la demandada, quedando desestimado sus argumentos. Con relación al numeral 18.2, la demandada considera que no se habría motivado el pronunciamiento alguno en torno a la conducta de la demandante; sin embargo, en el considerando séptimo de la presente Ejecutoria Suprema se ha dejado constancia que la Sentencia de Vista, en los considerandos que corren de fojas ciento treinta y seis

y siguientes, partes pertinentes, han desarrollado los argumentos fácticos y jurídicos vinculado al cese de la demandante, aspecto que ha sido analizado por esta Suprema Sala al desarrollar los argumentos de la causal procesal, los que, además, han sido desestimados. Siendo así, no existe razón sufi ciente para amparar los argumentos expresados por la recurrente, razón por la que no se advierte causal que justifi que la infracción denunciada, desestimándose sus alegaciones. Vigésimo Segundo: Con relación a los argumentos expresados en los numerales 18.3 y 18.4, debe tenerse presente que la causal imputada a la actora se sustenta en un presunto incumplimiento de obligaciones de trabajo que suponen el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad. De la carta de despido cursada a la actora, obrante de fojas doce a quince, podemos advertir que ha sido sancionada por el presunto incumplimiento de obligaciones de trabajo que suponen el quebrantamiento de la buena fe laboral y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo. Vigésimo Tercero: Ahora bien, con relación al incumplimiento de obligaciones de trabajo, la demandada sostiene que la actora abandonó el centro de labores sin permiso de su jefe inmediato. De los actuados se infi ere que no ha sido negado, por la demandante, el hecho no encontrarse en el centro de labores; sin embargo, sostiene que puso en conocimiento de su jefe inmediato, de manera verbal, que debía seguir un tratamiento médico y que el mismo se daba en virtud de una prescripción médica. De los argumentos expuestos en la presente Ejecutoria Suprema se tiene que debe existir un hecho grave producido por el trabajador que haga insostenible o indeseable la subsistencia de la relación laboral, conducta que puede ser reiterada, y que además, debe ser tan grave que conlleve al despido como sanción, es por ello que su determinación dependerá de una

diversidad de factores personales y laborales; asimismo, el incumplimiento deberá ser de sus deberes esenciales o del contrato, por lo que, el mismo, emana del contenido propio y específico de la labor que efectúa el trabajador. En el caso de autos, la demandada ha imputado un presunto incumplimiento; sin embargo, no ha tenido en cuenta que la conducta imputada no puede ser considerada como un supuesto tipificado en el literal a) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, toda vez que el “abandono de trabajo” se encuentra tipificado como causal de despido en el literal h), del dispositivo legal acotado, por lo que no se ha tipificado de manera idónea la falta imputada a la demandante. Ahora bien, en cuanto a las circunstancias particulares, corre en autos, a fojas diecisiete, el Oficio N° 145-2016-COORDINACIÓN CLÍNICA-EPO-ULADECH Católica, mediante el cual, la Señorita Liliana Temoche Palacios refiere sobre la demandante que “...el día lunes me indico que tendría terapias...”, circunstancia que denota un claro conocimiento que podría pedir permiso, por lo que no puede alegarse desconocimiento del hecho, no ha evidenciado que en el decurso de la relación laboral se haya sancionado a la demandante por una conducta de similar naturaleza, por lo que no podría ser considerado una circunstancia tan gravosa que conlleve al despido como sanción idónea, puesto que, en estos casos, debió recurrirse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a efectos de determinar la sanción aplicable, lo que no ha acontecido en autos. Vigésimo Cuarto: De los actuados se ha podido evidenciar que corre de fojas dieciocho a veinticuatro, diversas “papeletas de salida” correspondientes a la demandante y es el caso que la obrante a fojas dieciocho ha sido fechada el “15.08.16”, mientras que a fojas diecinueve, corre la papeleta fechada en “29.04.16”, las cuales denotan firmas que no son congruentes con las consignadas en las demás papeletas; sin embargo, no se ha evidenciado que haya sancionado a la demandante por un hecho similar, lo que claramente pone de relieve una tolerancia a cierta conducta, más

aún, corre a fojas veinticinco, “papeletas de salidas” que no corresponden a la demandante y que las firmas que en ellas se consigna, no son coetáneas con las demás papeletas anexadas, ello evidencia que no ha existido un “control real” en torno a la manera como se ha dado la salida de los trabajadores del centro de labores. Las presuntas sanciones, no ha acreditado haber causado perjuicio al empleador, quien no ha demostrado al interior del proceso, desmedro alguno producto del accionar de la demandada, ni que ello haya traído repercusiones contra los intereses de la demandada. Estas circunstancias permiten inferir que, en el caso de la demandante, no se ha producido el incumplimiento a que hace referencia la demanda en la carta de preaviso y carta de despido, motivo por el cual, no es posible concluir en que el cese se ha dado por razones disciplinarias. En cuanto al abandono de trabajo, se ha podido evidenciar que la demandada, no ha acreditado tal abandono por parte de la demandante, por el contrario, se ha evidenciado la tolerancia a ciertas conductas vinculadas al uso de los permisos, razón por la que se ha podido acreditar tal supuesto, en ese contexto, no se evidencia falta pasible de ser sancionada, por lo que se concluye que el despido deviene en fraudulento, como bien han determinado las instancias de mérito. Vigésimo Quinto: Cabe precisar que esta Sala Suprema ha sostenido en reiterados pronunciamientos, referidos al artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, que la graduación o determinación de la gravedad dependerá de cada supuesto de despido previsto en la norma, en el que debe evaluarse una serie de circunstancias, ello con la finalidad de se permita evaluar la gravedad de la conducta y conlleve a la imposición de una sanción, como es el caso de la extinción del contrato de trabajo, dicho supuesto no es otra cosa que la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en el marco de las relaciones laborales. En el caso de autos, no se ha acreditado que los hechos configuren faltas, puesto que, han sido tolerados por la demandada, no solo en el

caso de la demandante, sino también de otros trabajadores, razón por lo que la sanción aplicada debe ser razonable y proporcional, circunstancia que no ha sido acreditada en autos, tanto más, si se evidencian casos similares que tampoco habrían sido objeto de sanción, salvo en el caso de la actora, es por ello que se considera que la sanción impuesta resulta desproporcionada, puesto que, de ser el caso, la parte demandada hubiera podido hacer uso de los diferentes mecanismos legales tendientes a la acreditación del “perjuicio” invocado, siendo así, no se advierte infracción normativa a los dispositivos legales que se denuncian, deviniendo la causal en infundada. Por estas consideraciones y de acuerdo a lo regulado además por el artículo 41º de la Ley número 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, **DECISIÓN:** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada, Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, mediante escrito presentado el trece de noviembre de dos mil diecisiete, que corre de fojas ciento cincuenta y siete a ciento sesenta y uno, subsanado mediante escrito que corre a fojas ciento sesenta y cuatro; en consecuencia, **NO CASARON** la Sentencia de Vista del diecinueve de octubre de dos mil diecisiete, que corre de fojas ciento treinta y tres a ciento cincuenta y cuatro; **ORDENARON** la publicación del texto de la presente sentencia en el Diario Oficial “El Peruano”, conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido por la demandante, Silvia Celis López, sobre reposición por despido fraudulento; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Rodríguez Chávez; y los devolvieron.

SS. ARIAS LAZARTE, RODRÍGUEZ CHÁVEZ, UBILLUS FORTINI, MALCA GUAYLUPO, ATO ALVARADO

EL SECRETARIO DE LA SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CERTIFICA que en mérito a la razón expedida por el Relator, en el cual señala que el señor Juez Supremo Arias Lazarte dejó el sentido de su voto en la presente causa, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 149º del Texto Único Ordenado de la Ley

CASACIÓN LABORAL 28329-2017 DEL SANTA

Materia: Reposición por despido fraudulento. PROCESO ABREVIADO - NLPT .

Sumilla: No existe despido fraudulento, si en la realidad de los hechos las causas imputadas existieron, en tal sentido, no es posible fundar una pretensión sobre hechos o situaciones inexistentes o fraudulentas cuando han quedado acreditadas las faltas cometidas.

Lima, veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve.

VISTA

La causa número veintiocho mil trescientos veintinueve, guion dos mil diecisiete, guion DEL SANTA, en audiencia pública de la fecha; y luego de efectuada la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la parte demandada, Financiera Confianza S.A.A., mediante escrito presentado el doce de octubre de dos mil diecisiete, que corre de fojas trescientos ochenta y nueve a cuatrocientos diez, contra la Sentencia de Vista de fecha veintisiete de septiembre de dos mil diecisiete, que corre de fojas trescientos sesenta y tres a trescientos sesenta y nueve, que revocó la sentencia de primera instancia, de fecha once de mayo de dos mil dieciséis, que corre de fojas trescientos cuarenta y tres a trescientos sesenta y cinco, que declaró infundada la demanda; en el proceso abreviado laboral seguido por Avelina Jimenez Berru, sobre Reposición por despido fraudulento.

CAUSALES DEL RECURSO

El recurso de casación interpuesto por la parte demandada, se declaró procedente mediante resolución de fecha veintiuno de mayo de dos mil diecinueve, que corre de fojas ciento once a ciento diecinueve del cuaderno de casación, por las siguientes causales: i) Infracción normativa del inciso 3) del artículo 139º de la

Constitución Política del Perú. ii) Infracción normativa por interpretación errónea del literal a) del artículo 25º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR. iii) Infracción normativa por inaplicación del literal f) del artículo 25º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR. Correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo al respecto.

CONSIDERANDO

Primero: Antecedentes del caso: a) Pretensión: Conforme se aprecia de la demanda, que corre de fojas ciento treinta y siete a ciento sesenta y tres, que la parte demandante plantea como pretensión; la reposición por despido fraudulento. b) Sentencia de primera instancia: La Juez del Primer Juzgado Especializado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia del Santa, mediante Sentencia de fecha once de mayo de dos mil dieciséis, declaró infundada la demanda al considerar que respecto a los hechos imputados, la demandante no ha cumplido con sus obligaciones de trabajador dispuestas en el reglamento interno de trabajo, así como el reglamento de seguridad física del entorno y equipos, y protocolo establecido para el manejo de llaves durante el cierre de agencia, conductas que además se encuentran previstas en el inciso a) y f) del artículo 25º del Decreto Supremo N° 003-97-TR, en tal sentido, la demandada ha cumplido

con realizar las imputaciones de las faltas graves, por lo que, el despido no resulta fraudulento. c) Sentencia de segunda instancia: El Colegiado de la Sala Laboral Transitoria de la misma Corte Superior de Justicia, mediante Sentencia de Vista de fecha veintisiete de septiembre de dos mil diecisiete, revoco la Sentencia emitida en primera instancia que declaró infundada la demanda y reformándola la declaró fundada, argumentando que la demandada sancionó a la demanda con el despido de manera injustificada, por cuanto el mismo se ha producido por una decisión unilateral de su empleador, más aún que existe el antecedente del proceso seguido entre las partes (Expediente N° 2529-2014), sobre cese de actos de hostilidad en agravio de la demandante que fue amparada en segunda instancia, por lo que, determina que la demandada desde antes ya ejercía acciones contra la demandante, a fin de que la misma renuncie, por lo que, los hechos imputados tuvieron la misma finalidad. 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 el artículo 1° de la Ley N° 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material. Además, 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 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú. La norma en mención, prescribe: "(...)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 precedente, 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 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 del 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: En ese sentido, la observancia del principio de congruencia implica que en toda resolución judicial exista: 1) coherencia entre lo peticionado por las partes y lo finalmente resuelto, sin omitirse, alterarse o excederse

¹ Ley N° 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo

Artículo 39.- Consecuencias del recurso de casación declarado fundado

Si el recurso de casación es declarado fundado, la Sala Suprema casa la resolución recurrida y resuelve el conflicto sin devolver el proceso a la instancia inferior. El pronunciamiento se limita al ámbito del derecho conculcado y no abarca, si los hubiere, los aspectos de cuantía económica, los cuales deben ser liquidados por el juzgado de origen. En caso de que la infracción normativa estuviera referida a algún elemento de la tutela jurisdiccional o el debido proceso, la Sala Suprema dispone la nulidad de la misma y, en ese caso, ordena que la sala laboral emita un nuevo fallo, de acuerdo a los criterios previstos en la resolución casatoria; o declara nulo todo lo actuado hasta la etapa en que la infracción se cometió.

dichas peticiones (congruencia externa); y 2) armonía entre la motivación y la parte resolutive (congruencia interna). Séptimo: Solución al caso concreto De la revisión de la Sentencia de Vista se advierte que el Colegiado de mérito, sustenta su decisión en base a los siguientes fundamentos: "(...) queda claro que la demandada no ha actuado conforme a Ley, sancionando a la demandada de manera injustificada, por lo que la actora bien hace al pretender una reposición por despido fraudulento, por cuanto queda más claro, que el mismo se ha producido, por una decisión unilateral de su empleador (...)". Además, de estar fundamentado dicho análisis, bajo normas jurídicas aplicables al caso. En este orden de ideas, es evidente que la decisión adoptada por la instancia de mérito se ha circunscrito a las pruebas actuadas en el proceso y lo expuesto en las Audiencias respectivas, respaldada bajo las normas pertinentes; siendo así, se advierte que la Sala de mérito no ha vulnerado la garantía constitucional del debido proceso, por lo que, no existe la infracción normativa del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, en consecuencia, deviene en infundada la causal procesal denunciada por la parte recurrente. Octavo: Las causales materiales declaradas procedentes, están referidas: i) Infracción normativa por interpretación errónea del literal a) del artículo 25º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR; y ii) Infracción normativa por inaplicación del literal f) del artículo 25º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR. Las normas en mención, prescriben: "Artículo 25º.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves: a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de

Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad. La reiterada paralización intempestiva de labores debe ser verificada fehacientemente con el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o en su defecto de la Policía o de la Fiscalía si fuere el caso, quienes están obligadas, bajo responsabilidad a prestar el apoyo necesario para la constatación de estos hechos, debiendo individualizarse en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta; (...) f) Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente Asimismo, cabe precisar que dichas causales guardan relación directa en su contenido, por ello, resulta necesario que se efectúe un análisis conjunto. Alcances respecto al despido En el caso de autos, debemos referirnos en primer lugar a nuestra sistemática sustantiva laboral contenido en los artículos 16º, 22º, 24º y 25º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, que hace referencia a las causas de extinción del contrato de trabajo, entre los que se considera el despido, el que se define como la terminación del contrato de trabajo por voluntad del empleador, basado en la existencia de una causa justa, siempre que exista causa justa prevista en la ley y comprobada objetivamente por el empleador, y que esté vinculada con la capacidad o conducta del trabajador, como puede ser la falta grave, que a su vez se conceptúa como la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal manera que haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral; entre los que se consideran al abandono de trabajo por más de tres (03) días consecutivos. Noveno: En tal sentido, cuando se

produzca la extinción del vínculo laboral por despido ante la decisión unilateral del empleador de dejar sin efecto la relación laboral, corresponde determinar si la causa de despido se ajusta a la normatividad invocada, por lo que, comprende verificar: i) que el despido, se ha ajustado al procedimiento formal previsto; y ii) que la falta imputada al trabajador, haya sido acreditado objetivamente ya sea en el procedimiento de despido o en el presente proceso judicial. Para ello se requiere que se acredite el hecho del despido, cuya responsabilidad probatoria le asiste a la demandante, y a partir de aquello, aplicar las sanciones que le asiste por parte del empleador, el mismo que debe ejercerse dentro de los márgenes de discrecionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, a efectos de evitar el abuso del derecho. Décimo: Sobre el particular, el Convenio N° 158 de la Organización Internacional de Trabajo, señala en su artículo 3° que las expresiones terminación y terminación de la relación de trabajo significan terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Asimismo, en el artículo 4° del acotado convenio se establece que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio; es así, que la Comisión de Expertos expresa que no se limita a obligar a los empleadores a justificar los despidos, sino que ante todo exige que en virtud del principio fundamental de la justificación que no se despida a un trabajador, salvo que para ello exista algún motivo relacionado con la capacidad o la conducta del trabajador o con las necesidades de funcionamiento de la empresa; por lo que, los motivos son: a) la capacidad del trabajador; b) la conducta del trabajador; o c) las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio²; y dentro de este contexto se exige que el trabajador pruebe el despido y el empleador la causa

que lo motiva. Décimo Primero: Dentro del ámbito relacionado a la conducta del trabajador, se encuentra la causa referida a la comisión de falta grave, siendo las previstas en el artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, entre otros, el inciso f), que establece lo siguiente: “f) Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente”. Décimo Segundo: La falta grave se define, por consiguiente, en relación a las obligaciones que tiene el trabajador respecto del empleador y se caracteriza por ser una conducta contraria a la que se deriva del cumplimiento cabal de aquellas³. Si bien la supuesta falta grave cometida por el trabajador hace emerger el derecho del empleador a despedirlo, también es cierto que debe tenerse presente lo previsto en el artículo 37° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR, que señala que ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos, correspondiendo al empleador probar la causa de despido y al trabajador la existencia de la misma cuando la invoque. Para que se configure la falta grave, debe provenir de una actividad personal del trabajador cometida por éste y que haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral entre el empleador y el trabajador. Décimo Tercero: El despido fraudulento, según el Tribunal Constitucional 1. El Tribunal Constitucional en el inciso c) del fundamento 15 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0976-2001-AA,

2 CEACR, solicitud directa – Luxemburgo (2007). Véase el informe presentado a la 67 Reunión de la CIT.

3 Blancas Bustamante, Carlos, “El despido en el derecho laboral Peruano”, Jurista Editores. Tercera Edición, p. 193.

cuyos lineamientos son seguidos en el precedente vinculante de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0206-2005-PA respecto al despido fraudulento establecen: "Se produce el denominado despido fraudulento cuando: Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y a la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se le imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N° 415-98-AAITC, 555- 99-AAITC y 150-2000-AAITC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N° 628-2001-AAITC) o mediante la "fabricación de pruebas" (...). 2. Por otro lado, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 04493-2009-PA/TC en el considerando sexto se establece que existen tres supuestos de despido fraudulento: a) la imputación de hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios; b) la atribución de una falta no prevista legalmente, y c) la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad; todos los cuales, deberán presentar la existencia de un ánimo perverso y auspiciado por el engaño de parte del empleador. 3. Asimismo, en el fundamento 7 de la Sentencia N° 0206-2005-PA, se ha dispuesto, con carácter vinculante, que es necesario que el demandante acredite fehacientemente e indubitadamente la existencia de un fraude⁴. El despido fraudulento no se encuentra legislado en nuestro país; sin embargo, ha sido incorporado a nuestro sistema a raíz del precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 976-2001, proceso seguido por Eusebio Llanos Huasca contra Telefónica del Perú S.A.A. Décimo Cuarto: El despido fraudulento Al respecto, Jorge Toyama, señala: "(...) un tipo no contemplado

expresamente por la normativa vigente, pero analizado y sancionado por el TC (...) En este supuesto, o bien el empleador imputa una causa justa inexistente o basada en pruebas fabricadas o imaginarias, o bien, coacciona bajo diversos medios al trabajador para dar por concluido el vínculo laboral (...), o también acusa faltas no previstas legalmente vulnerando el principio de tipicidad"^H. Asimismo, el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, llevado a cabo en el año dos mil catorce, abordó el despido fraudulento, en el Tema N° 03, al señalar que el Pleno acordó: "(...) Mientras que, al amparo de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, el órgano jurisdiccional competente para conocer una pretensión de reposición por despido incausado o despido fraudulento, es el Juzgado Especializado de Trabajo, o quien haga sus veces, de conformidad con el numeral 2 del artículo 2° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo". Siendo así, podemos definir al despido fraudulento como el despido en el que se imputa al trabajador hechos inexistentes, falsos o imaginarios, que no se encuentran tipificados, existiendo por parte del empleador un ánimo perverso auspiciado por el engaño contrario a la voluntad y la rectitud de las relaciones laborales o existe vicios de la voluntad o falsificando pruebas. Décimo Quinto: Solución al caso concreto El recurrente sostiene que la Sala Superior no tuvo en cuenta que la demandante incumplió sus funciones detalladas en el memorándum N° 29-2016-AG-CHIMBOTE en el cual se dispuso que se haría cargo de custodiar las llaves de la agencia y ser la responsable de la apertura y cierre de la misma. Asimismo, indica que la demandante no ha negado los hechos respecto a la imputación de faltamiento de palabra en agravio de otro trabajador. Al respecto, ha quedado acreditado en autos que los hechos imputados a la actora no han sido invención de la parte demandada, toda vez que en la realidad de los hechos existieron dado que la demandante incumplió con sus obligaciones de trabajo, pues, admite que se retiró antes del cierre de la agencia y, si bien es cierto indica que

⁴ Toyama Miyagusuku, Jorge. "La Modificación de la Condición de Trabajo en el Ordenamiento Peruano", en Revista Jurídica del Perú, p. 157.

envió un correo antes de retirarse ello no ha sido acreditado, en tanto no adjunta el referido pese tener conocimiento de que existe un protocolo para casos en los cuales la persona encargada de las llaves de la agencia deba retirarse conforme se le indicó en el memorándum N° 029-2016-AG-CHIMBOTE (fojas ciento noventa y tres), tanto es así que dicho proceder (rehusarse a quedarse hasta el cierre definitivo) dio lugar al trato inadecuado de manera verbal a otro trabajador al habersele requerido el cumplimiento de sus funciones, lo cual no lo ha negado, por lo que, no puede fundar su pretensión sobre hechos o situaciones inexistentes o fraudulentas y menos aún sustentar la misma aduciendo que no era la responsable directa de tales funciones. Así las cosas, conforme a la prueba actuada en el proceso, ha quedado evidenciado que la actora incumplió sus funciones y se manifestó con expresiones que indican un faltamiento grave de palabra en agravio de otro trabajador, de ahí que su despido tuvo un motivo debidamente sustentado en la norma como falta grave, lo cual tiene como consecuencia la extinción del vínculo laboral conforme a la norma laboral en comento. Décimo Sexto: Por lo expuesto, este supremo tribunal considera que la sentencia de vista venida en casación, no ha sido emitida con arreglo a derecho; toda vez que, el demandante no ha desvirtuado mediante prueba alguna que la emplazada haya propiciado su despido de manera fraudulenta o sobre hechos notoriamente inexistentes, pues no basta con alegar un derecho sino probarlo de manera fehaciente. Décimo Séptimo: En consecuencia, este Tribunal Supremo concluye que el Colegiado Superior incurrió en: i) Infracción normativa por interpretación errónea del literal a) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR; y ii) Infracción normativa por inaplicación del literal f) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; en consecuencia, corresponde declarar fundadas las causales citadas. Por estas

consideraciones: **DECISIÓN** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada, Financiera Confianza S.A.A., mediante escrito presentado el doce de octubre de dos mil diecisiete, que corre de fojas trescientos ochenta y nueve a cuatrocientos diez; en consecuencia, **CASARON** la Sentencia de Vista de fecha veintisiete de septiembre de dos mil diecisiete, que corre de fojas trescientos sesenta y tres a trescientos sesenta y nueve; y actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la Sentencia apelada de fecha once de mayo de dos mil dieciséis, que corre de fojas trescientos cuarenta y tres a trescientos sesenta y cinco, que declaró **INFUNDADA** la demanda; y **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en el proceso abreviado laboral seguido con la demandante, Avelina Jiménez Berru, sobre Reposición por despido fraudulento; interviniendo como ponente la señora jueza suprema Ubillus Fortini; y los devolvieron.

SS. DE LA ROSA BEDRIÑANA, TORRES VEGA, UBILLUS FORTINI, YAYA ZUMAETA, ATO ALVARADO.

CASACIÓN LABORAL

26997-2018 ICA

Materia: por daños y perjuicios y otros. PROCESO ORDINARIO-LEY N° 26636.

Sumilla: De conformidad con el artículo 1322° del Código Civil, corresponde al actor la percepción de la indemnización por daño moral, al haber acreditado el daño ocasionado con la Resolución emitida por la Oficina de Normalización Previsional, que otorgó por mandato judicial Renta Vitalicia por Enfermedad Profesional de neumoconiosis. La suma a pagar a favor del demandante se fija de acuerdo a una valoración equitativa, conforme al artículo 1332° del Código Civil.

Lima, trece de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTA

La causa número veintiséis mil novecientos noventa y siete, guion dos mil dieciocho, guion ICA, 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 Sucesión procesal de Rómulo Saúl Banda Lazo, mediante escrito presentado el veintiséis de septiembre de dos mil dieciocho, que corre de fojas ochocientos ochenta y dos a ochocientos setenta y uno, contra la Sentencia de Vista del uno de agosto de dos mil dieciocho, que corre de fojas ochocientos cincuenta y nueve a ochocientos setenta y uno, que confirmó la sentencia apelada del uno de junio de dos mil diecisiete, que corre de fojas setecientos veintinueve a setecientos cincuenta y tres, que declaró infundada la demanda; en el proceso seguido con la demandada, Empresa Minera Shougang Hierro Perú Sociedad Anónima Abierta, sobre indemnización por daños y perjuicios y otros.

CONSIDERANDO

Primero: El recurso de casación cumple con los requisitos de forma contemplados en el inciso a) del artículo 55° y artículo 57° de la Ley número 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la

Ley número 27021, necesarios para su admisibilidad; por ello, corresponde examinar si el recurso reúne los requisitos de fondo. Segundo: El artículo 58° de la Ley número 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley número 27021, regula que el recurso de casación deberá estar fundamentado con claridad, señalando con precisión las causales descritas en el artículo 56° del mencionado cuerpo legal, a saber: a) la aplicación indebida de una norma de derecho material; b) la interpretación errónea de una norma de derecho material; c) la inaplicación de una norma de derecho material; y, d) la contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia de la República o por las Cortes Superiores de Justicia, pronunciadas en casos objetivamente similares, siempre que dicha contradicción esté referida a una de las causales anteriores y, según el caso, la parte recurrente indique lo siguiente: a) qué norma ha sido indebidamente aplicada y cuál es la que debió aplicarse; b) cuál es la correcta interpretación de la norma; c) cuál es la norma inaplicada y por qué debió aplicarse; y, d) cuál es la similitud existente entre los pronunciamientos invocados y en qué consiste la contradicción. Tercero: El recurrente denuncia como causales de su recurso: i) Contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso conforme a lo establecido en los numerales 3 y 5 del

artículo 139° de la Constitución Política del Perú. ii) Interpretación errónea de una norma de derecho material contenida en el artículo 1321° del Código Civil. iii) Inaplicación de una norma de derecho material contenida en el artículo 1319° del Código Civil. iv) Inaplicación de una norma de derecho material contenida en el artículo 1332° del Código Civil. Cuarto: Sobre la causal mencionada en el acápite i), debe señalarse que el recurso de casación es eminentemente formal y procede solo por las causales taxativamente previstas en el artículo 56° de la Ley número 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley número 27021, referidas a normas de naturaleza material. En el caso concreto, se aprecia que la recurrente denuncia “contravención a las normas”, lo cual no se encuentra previsto como causal de casación en el artículo antes citado, más aún si su denuncia está referida a norma de carácter procesal, no contemplada en la precitada disposición; en consecuencia, la causal bajo examen es improcedente. Quinto: Con relación a la causal señalada en el acápite ii), el impugnante sostiene que la Sala Laboral ha interpretado erróneamente el artículo 1321° del Código Civil, en razón a que la ley no hace distinción al comportamiento voluntario de hacer o no hacer, y ya sea que se incumpla la obligación con dolo, culpa inexcusable o culpa leve, no exime la responsabilidad de indemnizar al trabajador; en ese sentido, se ha cumplido con lo dispuesto en el inciso c) del artículo 58° de la Ley número 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley número 27021, deviniendo la causal bajo examen en procedente. Sexto: En cuanto a la causal descrita en el acápite iii), cabe señalar que si bien el recurrente denuncia la inaplicación del artículo referido no describe el motivo por el cual debió aplicarse, toda vez que esboza argumentos genéricos referidos a las normas de seguridad y salud ocupacional, que no resultan acordes a la pretensión demandada; por lo cual, incumple con lo establecido en el inciso c) del artículo 58° de la Ley número 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por la Ley número 27021; deviniendo en improcedente. Séptimo: Respecto de la causal enunciada en el acápite iv), el recurrente refiere

que el Colegiado Superior ha inaplicado el artículo 1332° del Código Civil, pues, las empleadoras de acuerdo a las actividades específicas y al rubro a que se dedican, están en la obligación de tener en cuenta las normas de seguridad y salud ocupacional, y en el caso de la empresa demandada al no haber acreditado el cumplimiento de tales obligaciones frente al demandante, es claro que la enfermedad ocupacional fue adquirida a consecuencia de las actividades realizadas en tal empresa; siendo ello así, se tiene que se ha cumplido con lo dispuesto en el inciso c) del artículo 58° de la Ley número 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley número 27021, deviniendo la causal examinada en procedente. Octavo: Antecedentes del caso 8.1. Pretensión: Como se aprecia de la demanda que corre de fojas doce a veintisiete, subsanada por escrito obrante a fojas treinta y uno, el demandante pretende que se ordene a la emplazada el pago de noventa mil con 00/100 soles (S/ 90,000.00), por concepto de indemnización por daños y perjuicios, que incluye daño emergente, daño moral, lucro cesante y daño a la persona, al haber adquirido la enfermedad profesional de Neumoconiosis con un menoscabo del ochenta por ciento (80%) de incapacidad, más intereses legales, costas y costos del proceso. 8.2. Sentencia de primera instancia: El Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia del Distrito de Vista Alegre de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante sentencia que corre de fojas setecientos veintinueve a setecientos cincuenta y tres, declaró infundada la demanda, al considerar que no se encuentra acreditada la existencia de la enfermedad profesional que sirve de sustento a la presente demanda. 8.3. Sentencia de segunda instancia: La Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Provincia de Nasca de la misma Corte Superior de Justicia, mediante Sentencia de Vista que corre de fojas ochocientos cincuenta y nueve a ochocientos setenta y uno, confirmó la sentencia de primera instancia, argumentando entre otros, que no se encuentra acreditada la enfermedad profesional. Delimitación del objeto de pronunciamiento Noveno: Se verifica del recurso de casación y de lo resuelto por las instancias de mérito,

que el análisis debe circunscribirse a determinar si el Colegiado Superior incurrió o no en la causal declarada procedente, en el sentido que si en el caso de autos se acreditó o no que el actor padece de enfermedad profesional de neumoconiosis, para efectos de amparar la pretensión de indemnización por daños y perjuicios por daño moral. Dispositivo legal en debate Décimo: El recurso de casación ha sido declarado procedente, como se ha adelantado, por las causales de interpretación errónea del artículo 1321° del Código Civil; así como, la inaplicación del artículo 1332° del Código Civil. Tales dispositivos, regulan lo siguiente: "Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída. Artículo 1332°.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa". A partir de ello, corresponde efectuar el análisis de los dispositivos legales denunciados. La naturaleza de la indemnización por daños y perjuicios por enfermedad profesional Décimo Primero: Respecto al tema bajo análisis tenemos lo siguiente: 11.1. La enfermedad profesional puede definirse como todo aquel estado patológico, crónico o temporal, que afecta la salud física o mental del trabajador, cuyo origen se encuentra en la naturaleza de las labores realizadas por él o el medio donde desempeña dichas labores. 11.2. En ese sentido, cuando se celebra un contrato de trabajo, verbal o escrito, se origina como obligación principal en relación al empleador la de pagar la remuneración correspondiente, y con respecto al trabajador, el efectuar la prestación personal de sus servicios; sin embargo, estas no son las únicas obligaciones que se originan de dicho contrato, sino también otras, como el deber de seguridad o protección

que tiene el empleador frente a sus trabajadores, cuyo cumplimiento resulta trascendental, desde que previene los riesgos profesionales. 11.3. Si bien las medidas de seguridad e higiene laboral se encuentran contenidas en mayor medida en normas legales y reglamentarias, ello no desvirtúa el carácter contractual del cual se encuentra revestido el deber de seguridad y salud en el trabajo, toda vez que estos se originan producto del contrato laboral o con ocasión de su ejecución; por lo tanto, siendo el empleador el responsable del control y la forma como se desempeñan las labores dentro del centro de trabajo, la responsabilidad que se le atañe es la civil contractual, regulada por el Título IX del Libro VI del Código Civil sobre "Inejecución de Obligaciones". Décimo Segundo: Es pertinente señalar que para la determinación de la existencia de responsabilidad civil deben concurrir necesariamente cuatro factores, a saber: la conducta antijurídica, el daño, el nexo causal y los factores de atribución. 12.1. La conducta antijurídica puede definirse como todo aquel proceder contrario al ordenamiento jurídico, y en general, contrario al derecho. En ese contexto, en la responsabilidad civil por enfermedades profesionales la antijuridicidad es típica, porque implica el incumplimiento de una obligación inherente al contrato de trabajo, como es el brindar al trabajador las condiciones de higiene y seguridad que le permitan ejercer sus labores sin perjudicar su salud. Es por este motivo que, en principio, existe la presunción de responsabilidad patronal por las enfermedades que el trabajador adquiera en su centro laboral. 12.2. El daño indemnizable es toda lesión a un interés jurídicamente protegido, se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial. El daño patrimonial, es todo menoscabo en los derechos patrimoniales de la persona, mientras que el daño extrapatrimonial se encuentra referido a las lesiones a los derechos no patrimoniales, dentro de los cuales se encuentran los sentimientos, considerados socialmente dignos o legítimos, y por ende, merecedores de tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral. El daño moral puede ser concebido como un daño no patrimonial inferido sobre los derechos de la

personalidad o en valores, que pertenecen más al ámbito afectivo que al fáctico y económico; en tal sentido, el daño moral abarca todo menoscabo proveniente del incumplimiento de cualquier obligación que se pueda valorar en función de su gravedad objetiva. Asimismo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a sus proyectos de vida, originan supuestos de daños extrapatrimoniales, por tratarse de intereses tutelados reconocidos como derechos no patrimoniales. En los casos de enfermedades profesionales la responsabilidad contractual comprende tanto el daño patrimonial, daño emergente y lucro cesante, así como el daño moral.

12.3. El nexo causal viene a ser la relación de causa-efecto existente entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima, pues de no existir tal vinculación dicho comportamiento no generaría una obligación legal de indemnizar. En el ámbito laboral, la relación causal exige, en primer lugar, la existencia del vínculo laboral; y, en segundo término, que la enfermedad profesional se produzca como consecuencia de la ejecución del trabajo realizado en mérito a ese vínculo laboral. Para que exista nexo causal es necesario que se pueda afirmar que el estado patológico del trabajador es una consecuencia necesaria de las circunstancias ambientales en que laboró; sin embargo, si se tratara de enfermedades no relacionadas con el trabajo, no existiría posibilidad de reclamar indemnización alguna al empleador.

12.4. Los factores de atribución son aquellas conductas que justifican que la transmisión de los efectos económicos del daño de la víctima sean asumidos por el responsable del mismo. Los factores de atribución se encuentran constituidos por el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve, previstos en los artículos 1318°, 1319° y 1320° del Código Civil. El dolo debe entenderse en el sentido de la conciencia y voluntad del empleador de no cumplir las disposiciones contractuales sobre seguridad y salud en el trabajo. La culpa inexcusable está referida a la negligencia grave

por la cual el empleador no cumple las obligaciones contractuales en materia de seguridad laboral. En consecuencia, el trabajador víctima de una enfermedad profesional puede invocar contra su empleador como factor de atribución, el dolo o la culpa inexcusable. En caso que el trabajador no llegase a probar el dolo o la culpa inexcusable y el empleador no logre acreditar que actuó con la diligencia debida, operará la presunción del artículo 1329° del referido Código Civil, considerándose que la inejecución de la obligación obedece a culpa leve y por ello deberá resarcirse el daño pagándose una indemnización. Décimo Tercero: El artículo 1321° del Código Civil regula que la indemnización por daños y perjuicios debe ser abonada por quien no ejecuta una obligación por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, quedando comprendido dentro de estos conceptos el daño emergente y lucro cesante, en cuanto son consecuencia inmediata y directa de la inejecución de una obligación. Por otra parte, conforme al artículo 1322° del citado Código, cuando se hubiese producido daño moral, el mismo es susceptible de resarcimiento. Décimo Cuarto: Ahora bien, la fijación del quantum indemnizatorio se va a configurar con aquella ganancia dejada de percibir, lo que no obstante debe ser acreditado, ello no implica que en determinadas circunstancias se recurra a lo establecido en el artículo 1332° del Código Civil, puesto que, frente a la existencia de un evento dañoso, es posible recurrir a la valoración equitativa, en caso no pudiera ser probado el monto demandado. Lo antes acotado, posee relevancia si se tiene en cuenta que lo sostenido por Beltrán Pacheco, cuando en relación a la carga probatoria refiere que si bien es cierto las partes tienen la carga de la prueba de demostrar sus pretensiones, en algunas circunstancias el juez puede apreciar la dificultad que éstas experimentan para acreditar los hechos alegados, lo que no puede ser impedimento para resolver el conflicto de intereses y lograr la paz social con justicia, que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil exige¹.

1 BELTRÁN PACHECO, Jorge. "Comentarios del Código Civil". Tomo VI. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2007, p. 948

Solución al caso concreto Décimo Quinto: Como se aprecia de autos, se debe tener en cuenta lo establecido en el I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, celebrado los días cuatro y catorce de mayo de dos mil doce, que en el literal c) del Tema número dos (02), acordó lo siguiente: "Que el trabajador debe cumplir con probar la existencia de la enfermedad profesional, y el empleador, el cumplimiento de sus obligaciones legales, laborales y convencionales". Décimo Sexto: Conforme a lo expuesto precedentemente, en relación al daño, se advierte que el recurrente prestó servicios como chofer de transporte en el área de facilidades mantenimiento San Nicolás, Departamento de Beneficio, de la empresa demandada, desde el dos de junio de mil novecientos setenta y cinco hasta el veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y dos, lo cual se acredita con el Certificado de Trabajo del nueve de agosto de mil dos, que corre a fojas dos. Asimismo, en la Carta del seis de abril de mil dos, que corre de fojas tres y cuatro, se señala que el actor movilizaba material y herramientas, por lo que se encontraba expuesto a polución mineralizada, producto de la explotación y perforación. Ello devino en el padecimiento de neumoconiosis, enfermedad que se encuentra acreditada con el Dictamen de Comisión Médica expedido por la EsSalud del veintisiete de enero de dos mil cinco, que corre a fojas seis, donde se señala que el demandante adolece de "H90.3" y "J62.8", clasificación que según el CIE 10, corresponde a la neumoconiosis provocada por polvo de sílice, así como, la pérdida de oído sensorial bilateral. Décimo Séptimo: La neumoconiosis (silicosis) es una enfermedad pulmonar producida por la inhalación de polvo de sílice y la consecuente deposición de residuos sólidos inorgánicos en los bronquios, los ganglios linfáticos y/o el parénquima pulmonar, con o sin disfunción respiratoria asociada, debiendo precisarse que el tipo, cantidad, tamaño y plasticidad de las partículas inhaladas, así como la duración de la exposición y la resistencia individual, determinan el tipo de sintomatología, así como el curso de la enfermedad. El trastorno más frecuente de la dolencia es la alteración respiratoria, producida por la formación permanente

de tejido cicatricial en los pulmones, el mismo que provoca la pérdida de su elasticidad, requiriendo un mayor esfuerzo para respirar. Conforme a ello, por las características de la neumoconiosis (silicosis), resulta determinado que la alteración de la salud del demandante fue efecto de la labor realizada, la cual se encuentra acreditada con la resolución que otorga renta vitalicia al demandante conforme se acredita de fojas ochocientos setenta y seis a ochocientos setenta y siete. Décimo Octavo: Por otra parte, el factor de atribución es la culpa inexcusable, toda vez que el empleador es el obligado a garantizar la seguridad e higiene dentro del centro de labores, respetando las normas sobre seguridad y salud en el trabajo, a fin que el prestador de servicios pueda desenvolverse de manera adecuada. Décimo Noveno: Es en ese sentido, acreditado el daño producido al accionante, quien padece una enfermedad ocupacional, se tiene que le corresponde la percepción de una indemnización por daño moral, desde que ella deriva del incumplimiento de las disposiciones legales y laborales por parte de la empleadora demandada y a que se refiere el recurso de casación, al no haber ésta acreditado que haya proporcionado al trabajador los implementos necesarios y suficientes para el desempeño de sus funciones, ni garantizado la seguridad dentro del lugar donde prestaba los servicios, lo que conllevó al menoscabo de su salud y de su dignidad como persona. Vigésimo: En el caso de autos y de conformidad con el artículo 1322º del Código Civil, corresponde entonces al actor la percepción de una indemnización por daño moral, al haber acreditado el daño ocasionado conforme a lo mencionado en el décimo cuarto y décimo quinto considerandos precedentes, derivado del incumplimiento de las disposiciones legales y laborales por parte de la empleadora demandada. Vigésimo Primero: Bajo ese contexto, se tiene en cuenta que no resulta posible la estimación económica exacta del daño moral, debido a que el menoscabo se presenta sobre derechos de contenido no patrimonial; sin embargo, ese daño debe ser objeto de resarcimiento, por lo que este Colegiado Supremo considera que el monto a pagar sea la suma de veinte mil con 00/100

soles (S/ 20,000.00) por concepto de daño moral, lo cual no implica una decisión arbitraria o inmotivada, debido a que se fija de acuerdo a una valoración equitativa conforme al artículo 1332° del Código Civil. Vigésimo Segundo: En ese sentido, se tiene que el Colegiado Superior incurrió en interpretación errónea del artículo 1321° del Código Civil, así como la inaplicación del artículo 1332° del Código Civil, motivo por el cual, las causales bajo examen devienen en fundados. Por estas consideraciones y de acuerdo a lo regulado además por el artículo 59° de la Ley número 26636, Ley Procesal del Trabajo modificado por el artículo 1° de la Ley número 27021, **DECISIÓN:** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la Sucesión procesal de Rómulo Saúl Banda Lazo, mediante escrito presentado el veintiséis de septiembre de dos mil dieciocho, que corre de fojas ochocientos ochenta y dos a ochocientos setenta y uno; en consecuencia, **CASARON** la Sentencia de Vista del uno de agosto de dos mil dieciocho, que corre de fojas ochocientos cincuenta y nueve a ochocientos setenta y uno; **NULA** la misma; y actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia apelada de primera instancia que declaró infundada la demanda y **REFORMÁNDOLA** declararon fundada en parte; **ORDENARON** que la empresa minera Shougang Hierro Perú Sociedad Anónima Abierta pague a favor del actor la suma de veinte mil con 00/100 soles (S/ 20,000.00), por concepto de daño moral, más intereses legales a partir de la fecha de citación con la demanda, con costas y costos del proceso; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido con la demandada, Shougang Hierro Perú Sociedad Anónima Abierta, sobre indemnización por daños y perjuicios y otros; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Rodríguez Chávez; y los devolvieron.

SS. RODRÍGUEZ CHÁVEZ, CALDERÓN PUERTAS, UBILLUS FORTINI, MALCA GUAYLUPO, ATO ALVARADO.

CASACIÓN LABORAL

27058-2018 ICA

Materia: Pago de Indemnización por daños y perjuicios. PROCESO ORDINARIO.

Sumilla: De conformidad con el artículo 1332° del Código Civil, si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el Juez con valoración equitativa.

Lima, trece de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTA

La causa número veintisiete mil cincuenta y ocho, guion dos mil dieciocho, guion ICA; en audiencia pública de la fecha; y 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 el demandante, Rene Gutiérrez Valdez, mediante escrito presentado el veintiocho de setiembre de dos mil dieciocho, que corre en fojas seiscientos treinta y tres a seiscientos cuarenta y uno, contra la Sentencia de Vista de fecha cinco de julio de dos mil dieciocho que corre en fojas quinientos noventa a seiscientos diez, que revocó la Sentencia apelada de fecha dieciséis de enero de dos mil dieciocho, que corre en fojas quinientos veinticuatro a quinientos cuarenta y tres, que declaró infundada la demanda; reformándola declararon fundada; en el proceso seguido con la parte demandada, Empresa Minera Shougang Hierro Perú S.A.A., sobre indemnización por daños y perjuicios por enfermedad profesional.

CONSIDERANDO

Primero: El artículo 58° de la Ley N° 26636, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, señala que el recurso de casación deberá estar fundamentado con claridad, señalando con precisión las causales descritas en el artículo 56° de la mencionada norma, las cuales son: a) la aplicación indebida de una norma de derecho material; b) la interpretación errónea de una norma de

derecho material; c) la inaplicación de una norma de derecho material; y d) la contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia o las Cortes Superiores, pronunciadas en casos objetivamente similares, siempre que dicha contradicción esté referida a una de las causales anteriores; y según el caso, la parte recurrente indique lo siguiente: a) qué norma ha sido indebidamente aplicada y cuál es la que debió aplicarse; b) cuál es la correcta interpretación de la norma; c) cuál es la norma inaplicada y por qué debió aplicarse; y d) cuál es la similitud existente entre los pronunciamientos invocados y en qué consiste la contradicción. Segundo: Antecedentes judiciales a) Pretensión: Se aprecia de la demanda que corre en fojas once a veintiséis, el actor solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios, el cual comprende los siguientes conceptos: daño emergente, lucro cesante, daño a la persona y daño moral; como consecuencia de la enfermedad profesional de neumoconiosis en primer estadio, por la suma ascendente a noventa y mil con 00/100 soles (S/ 90,000.00); más intereses legales, con costas y costos del proceso. b) Sentencia de primera instancia: El juez del Juzgado Mixto de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante Sentencia del dieciséis de enero de dos mil dieciocho, que corre en fojas quinientos veinticuatro a quinientos cuarenta y tres, declaró infundada la demanda, señalando como argumentos de su decisión que no se ha verificado la existencia de neumoconiosis, toda vez que de las pruebas contrastadas no se ha comprobado la evolución de la enfermedad, dado que

la secuela es progresiva, quedando enervado su eficacia. c) Sentencia de Vista: El Colegiado Superior de la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de Nasca de la misma Corte Superior, mediante Sentencia de Vista de fecha cinco de julio de dos mil dieciocho, que corre en fojas quinientos noventa a seiscientos diez, revocó la Sentencia apelada amparando la demanda, ordenando pagar la suma de quince mil 00/100 soles (S/15,000.00) por daño moral y declarando improcedente el daño a la persona por ser extracontractual; en cuanto al daño emergente, también lo desestima por no encontrarse acreditado que el actor haya seguido un tratamiento médico por dicha enfermedad; y en cuanto al lucro cesante, al no haberse fundamentado, además de venir percibiendo pensión de invalidez o renta vitalicia, también lo declara improcedente. Sostiene además, que no se aprecia que ante la contaminación ambiental se tomó alguna medida de seguridad, si es se proporcionó algún material para impedir sus efectos. En el proceso judicial para el otorgamiento de la pensión de invalidez se ha establecido que el accionante ha padecido de las enfermedades ocupacionales, por estar expuesto al polvo; y que si bien, no necesariamente realizaba labores del alto riesgo por no dedicarse a labores de extracción, pero el hecho de prestar sus servicios en un campo minero es acreedor de la inhalación de sustancias inorgánicas como el polvo, existiendo relación de causalidad entre las labores realizadas por el demandante. Tercero: CAUSALES DEL RECURSO El recurrente invocando el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por la Ley N° 27021, denuncia como causales: i) Interpretación errónea del artículo 1321° del Código Civil. ii) Inaplicación del artículo 1332° del Código Civil. iii) Contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia de la República. Cuarto: Sobre la causal denunciada en el ítem i), debemos decir que la interpretación errónea se presenta cuando el juzgador ha elegido de manera correcta la norma que es aplicable al caso concreto; sin embargo, al momento de aplicarla le atribuye un sentido distinto al que le corresponde. Si bien la norma invocada se encuentra en la sentencia de vista; sin embargo, el recurrente no

cumple con señalar cuál considera que es la correcta interpretación de la norma denunciada, pues solo se limita a cuestionar los fundamentos jurídicos de la Sentencia de Vista, orientando más bien sus argumentos al tema probatorio, que no puede ser reexaminado en sede casatoria; es decir, no demuestra la incidencia directa de la misma sobre la decisión impugnada, al no cumplir con el requisito de procedencia previsto en el numeral 3) del artículo 36° de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo; deviniendo en improcedente. Quinto: En cuanto a la causal señalada en el ítem ii), se debe señalar que cuando se denuncia la causal de inaplicación de una norma material, se debe demostrar la pertinencia de la norma a la relación fáctica establecida en la sentencia recurrida y cómo su aplicación modificaría el resultado del juzgamiento; de la revisión de la causal, debemos decir que la norma no ha sido aplicada en la Sentencia de Vista y justifica el por qué debe aplicarse a efectos de que se fije el resarcimiento del daño con valoración equitativa, cumpliendo de esta manera con lo previsto en el inciso c) del artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por la Ley N° 27021, deviene en procedente. Sexto: Respecto a lo denunciado en el ítem iii), se aprecia que no cumple con lo dispuesto en el inciso d) del artículo N° 56° de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, ya que las resoluciones expuestas para fundamentar la contradicción, deben ser pronunciadas en casos objetivamente similares y que dicha contradicción esté referida a una de las causales previstas en los incisos a), b) y c) del mencionado artículo (interpretación errónea, aplicación indebida o inaplicación de una norma de derecho material), lo cual no se aprecia, deviniendo en improcedente. Séptimo: Causal declarada procedente Respecto a la causal declarada procedente referida a la inaplicación del artículo 1332° del Código Civil, prescribe lo siguiente: "Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa". Octavo: Delimitación del objeto de pronunciamiento Conforme se verifica del recurso de casación, el tema en controversia se encuentra relacionado en determinar si se ha

inaplicado el artículo 1332° del Código Civil, en cuanto a la fijación equitativa del monto reclamado como indemnización, circunscrito en el concepto de daño moral, lucro cesante y daño emergente. Noveno: Sobre la indemnización por daños y perjuicios Resulta pertinente señalar que la indemnización por daños y perjuicios se encuentra prevista en los artículos 1321° a 1332° del Código Civil dentro del Título IX del Libro VI sobre "Inejecución de Obligaciones", constituyendo una forma de resarcimiento por el daño o perjuicio ocasionado a una de las partes por el incumplimiento de una obligación. En tal sentido, para su determinación requiere de la concurrencia necesaria de cuatro factores, los que a saber son: la conducta antijurídica, el daño, el nexo causal y los factores de atribución. Décimo: Elementos de la responsabilidad civil En cuanto a los elementos que configuran la responsabilidad civil, es preciso indicar lo siguiente: La conducta antijurídica puede definirse como todo aquel proceder contrario al ordenamiento jurídico, y en general, contrario al derecho. Según REGLERO: "Por antijuricidad se entiende una conducta contraria a una norma jurídica, sea en sentido propio (violación de una norma jurídica primaria destinada a proteger el derecho o bien jurídico lesionado), sea en sentido impropio (violación del genérico deber «alterum non laedere»¹ ". Por su parte, el daño podemos conceptualizarlo como toda lesión a un interés jurídicamente protegido, ya sea de un derecho patrimonial o extrapatrimonial. En tal sentido los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Serán daños patrimoniales, el menoscabo en los derechos patrimoniales de la persona y serán daños extrapatrimoniales las lesiones a los derechos de dicha naturaleza como en el caso específico de los sentimientos considerados socialmente dignos o legítimos y por lo tanto merecedores de la tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral. Del

mismo modo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a su proyecto de vida, originan supuestos de daños extrapatrimoniales, por tratarse de intereses protegidos, reconocidos como derechos extrapatrimoniales; concluyendo que dentro del daño para la finalidad de determinar el quantum del resarcimiento, se encuentran comprendidos los conceptos de daño moral, lucro cesante y daño emergente. El nexo causal viene a ser la relación de causa–efecto existente entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima, pues, de no existir tal vinculación, dicho comportamiento no generaría una obligación legal de indemnizar. Por último, los factores de atribución, estos pueden ser subjetivos (dolo o culpa del autor) y objetivos, los cuales tienen diversas expresiones tratándose de un caso de responsabilidad contractual o de la responsabilidad extracontractual. Elementos que analizados en conjunto deberán concluir en el valor del resarcimiento. Décimo Primero: En relación al daño emergente Este tipo de daño se origina ante detrimento en el patrimonio del sujeto afectado, es decir, es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado, o por un acto ilícito, o como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, "la disminución de la esfera patrimonial del daño"² . Décimo Segundo: En cuanto al lucro cesante Es un tipo de daño patrimonial hace referencia al lucro, al dinero, a la ganancia, a la renta que una persona deja de percibir como consecuencia del perjuicio o el daño que se le ha causado, es decir, el monto económico dejado de percibir; pues si no se hubiese originado el daño, el sujeto seguiría percibiendo el dinero que le corresponde. Según el jurista Espinoza Espinoza señala que se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del sujeto que ha sufrido daño (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito)³. Es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir⁴ por

1 REGLERO CAMPOS, Fernando: "Tratado de Responsabilidad Civil", 2ª. Edición, Editorial Aranzadi S.A., Navarra – España 2003. p. 65.

2 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. " Derecho de la Responsabilidad Civil". 7am ed. Lima: Editorial Rodhas, 2013,p. 253.

3 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. " Derecho de la Responsabilidad Civil". 7am ed. Lima: Editorial Rodhas, 2013,p. 253.

4 BIANCA, citado por ibid, pp. 253

la víctima. En cuanto al daño lucro cesante, hace referencia al lucro, al dinero, a la ganancia, a la renta neta que una persona deja de percibir como consecuencia del perjuicio o daño que se le ha causado; Si una persona no hubiera sufrido de un daño o perjuicio, hubiera seguido lucrando sin problemas, lucro que se pierde, que cesa por culpa del daño o del perjuicio. Décimo Tercero: Sobre el daño moral Al respecto, Lizardo Taboada define al daño moral como: “ (...) la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la misma (...) la doctrina establece que para que se pueda hablar de daño moral no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de un sentimiento considerado socialmente digno y legítimo (...)”⁵. Asimismo, ESPINOZA citando a OSTERLING, nos dice lo siguiente: «(...) daño moral es el daño no patrimonial, es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica»⁶. A partir de lo anotado, se infiere que el daño moral puede ser concebido como un daño no patrimonial inferido sobre los derechos de la personalidad o en valores, que pertenecen más al ámbito afectivo que al fáctico y/o económico; en tal sentido, el daño moral abarca todo menoscabo proveniente del incumplimiento de cualquier obligación que se pueda valorar en función de su gravedad objetiva. Asimismo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a sus proyectos de vida, originan supuestos de daños extramatrimoniales, por tratarse de intereses tutelados reconocidos como derechos no patrimoniales, el cual se configura por el padecimiento, aflicción y angustia que se genera en el afectado por el accionar de la contraria. Décimo Cuarto: Precisiones de la carga de la prueba del daño y la valorización del resarcimiento El artículo 1331º del Código Civil prevé que el perjudicado (en este caso el demandante) debe

acreditar los daños y perjuicios ocasionados (por su empleador), así como su cuantía; supuesto que es concordante con lo previsto en el literal a) del inciso 3) del artículo 23º de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo⁷. No obstante, cuando el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa, de conformidad con el artículo 1332º del Código Civil. Esta facultad otorgada a los jueces, se sustenta en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil que prescribe: “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”. En ese contexto, la interpretación del artículo 1332º del Código Civil, debe ceñirse a lo siguiente, que la facultad del Juez sobre fijar el monto del daño, debe estar debidamente fundamentada; cuya aplicación podrá circunscribirse a los casos de daño moral, por implicar la afectación de la vida sentimental del ser humano, siendo de difícil probanza, y en los daños patrimoniales, siempre y cuando el caso lo amerite, cuya aplicación por su naturaleza, será más restrictiva, esto es, que no debe ser aplicado de manera preliminar en todas las situaciones, sino por el contrario, corresponde evaluar el daño generado al perjudicado y las circunstancias que se genere, a fin de justificar la aplicación de la facultad del Juez. Sobre el particular, corresponde traer a colación que en virtud del Principio de Equidad de la Prueba en donde no es posible exigir a las partes, en igualdad, la acreditación de los diversos hechos que interesan al proceso y respecto de las cuales se cuente con idéntica necesidad de acreditación, ello debido a que, dependiendo de la condición que cada uno ocupe en la relación de trabajo o al interior del proceso, es que va a influir la obtención de la prueba, y sobre todo por el hecho de existir inequidad de oportunidades proscritas entre el trabajador y el empleador. Décimo

5 TABOADA Córdova, Lizardo: “Elementos de la responsabilidad civil”, Editora Jurídica Grijley, Lima, Tercera Edición, 2013, p. 76.

6 ESPINOZA ESPINOZA, Juan: Derecho de la Responsabilidad Civil, 1ª. Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima 2002. p. 160.

7 Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo: “23.3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de: (...) c) La existencia del daño alegado”

Quinto: Análisis del caso De lo actuado en el proceso y lo expresado en el recurso de casación, debe tenerse en cuenta lo siguiente: – Se encuentra acreditado que el motivo de la presente acción indemnizatoria tiene como punto de partida, la enfermedad profesional de neumoconiosis en primer estadio derivado del trabajo prestado por el actor como ayudante y pintor “B”, a favor de la demandada; y según Examen Médico Ocupacional emitido por el Instituto de salud Ocupacional “Alberto Hurtado Abadía” del diecisiete de diciembre de dos mil uno, el actor padece neumoconiosis en su primer estadio de evolución. – Es por ello que el actor solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios ascendente a noventa mil con 00/100 soles (S/ 90,000.00), por los conceptos de lucro cesante, daño emergente, daño moral y daño a la persona. – La Instancia Superior ampara el concepto del daño moral en la suma de quince mil con 00/100 soles (S/ 15,000.00), toda vez que es evidente que el padecer de una enfermedad produce afección o afectación en el área psíquica. – En el recurso de casación el recurrente alega que la suma otorgada por la Sala Superior no solo está en función del daño moral le causa perjuicio de naturaleza moral y económica al no haberlo fijado con una valorización equitativa, sino también por el daño emergente y lucro cesante. Décimo Sexto: Es así, que en el caso de autos, se encuentra debidamente acreditado que el actor padece de una enfermedad profesional de neumoconiosis, los cuales fueron adquiridos en la ejecución de sus labores para la empresa demandada; en consecuencia, atendiendo a la naturaleza del daño, resulta viable y acorde a derecho, fijar en forma equitativa el quantum indemnizatorio del daño moral, aun cuando no se haya probado de modo preciso el monto indemnizatorio por el demandante, pues, es evidente que la enfermedad profesional del demandante ha generado una afección debido a la enfermedad degenerativa e irreversible que padece. Décimo Séptimo: De la revisión de la Sentencia de Vista, se verifica que el Colegiado Superior ha resuelto acorde a Ley, lo referido al lucro cesante y daño emergente; motivo por el cual no cabe la aplicación del artículo 1332º del Código Civil, para fijar el monto

indemnizatorio de dichos daños; más aún, si en el caso en concreto, la parte demandante no ha descrito los fundamentos fácticos que justifican el lucro cesante. Décimo Octavo: En ese contexto, con criterio prudencial y en aplicación del artículo 1332º del Código Civil, esta Sala Suprema considera que el daño moral concedido por la instancia de mérito debe quedar fijado en la suma de treinta mil con 00/100 soles (S/ 30,000.00). En consecuencia, de acuerdo a lo antes expuesto, la Sala Superior inaplicó el artículo 1332º del Código Civil, deviniendo la causal bajo análisis en fundada, correspondiendo dejar fijado como indemnización por daños y perjuicios el monto indicado precedentemente, por el concepto de daño moral. Por estas consideraciones: **FALLO** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante, Rene Gutiérrez Valdez, mediante escrito presentado el veintiocho de setiembre de dos mil dieciocho, que corre en fojas seiscientos treinta y tres a seiscientos cuarenta y uno; en consecuencia, **CASARON** la Sentencia de Vista de fecha cinco de julio de dos mil dieciocho, que corre en fojas quinientos noventa a seiscientos diez, en el extremo que fijó por daño moral la suma de quince mil con 00/100 soles (S/ 15,000.00); y **MODIFICARON** el monto indemnizatorio que debe pagar la demandada a favor del actor, **FIJÁNDOLO** en la suma de treinta mil con 00/100 soles (S/ 30,000.00) por el daño antes señalado; dejando subsistente los demás extremos de la recurrida; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”, conforme a ley; en el proceso seguido con la parte demandada, Empresa Minera Shougang Hierro Perú S.A.A., sobre indemnización por daños y perjuicios; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Malca Guaylupo; y los devolvieron.

SS. RODRÍGUEZ CHÁVEZ, CALDERÓN PUERTAS, UBILLUS FORTINI, MALCA GUAYLUPO, ATO ALVARADO.

CASACIÓN LABORAL

24305-2017 LAMBAYEQUE

Materia: Reposición por despido nulo y otros. PROCESO ORDINARIO - NLPT.

Sumilla: Cuando el vínculo laboral haya concluido como consecuencia de un despido nulo con una entidad de la administración pública, se deberá resolver el caso sobre los criterios establecidos en las Casaciones Laborales Nos 8347- 2014-DEL SANTA y 4336-2015- ICA, que establecen en qué casos no es aplicable el Precedente Constitucional recaído en el Expediente N° 5057-2013-PA/TC.

Lima, veinte de noviembre de dos mil diecinueve.

VISTA

La causa número veinticuatro mil trescientos cinco, guion dos mil diecisiete, guion LAMBAYEQUE, en audiencia pública de la fecha; y luego de verifi cada la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandado, Seguro Social de Salud – Red Asistencia EsSalud Lambayeque, mediante escrito presentado el veintidós de septiembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas doscientos cincuenta y tres a doscientos sesenta, contra la Sentencia de Vista contenida en la resolución de fecha veintidós de agosto de dos mil diecisiete, que corre en fojas doscientos treinta y tres a doscientos cuarenta y uno, que confi rmó la sentencia de primera instancia de fecha quince de marzo de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento ochenta a ciento noventa y seis, que declaró fundada en parte la demanda; en el proceso ordinario laboral seguido por la demandante Lourdes Cruz Huamanchumo, sobre reposición por despido nulo y otros.

CAUSAL DEL RECURSO

Por resolución de fecha veintidós de marzo de dos mil diecinueve, que corre en fojas sesenta y cinco a setenta del cuaderno de casación, se ha declarado procedente

el recurso interpuesto por la entidad demandada, por las causales de infracción normativa del artículo 5° de la Ley N.º 28175 – Ley Marco del Empleo Público y apartamiento del precedente vinculante del Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 05057-2013-PA/TC Junín, correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento sobre el fondo.

CONSIDERANDO

Primero: De la pretensión planteada Conforme se advierte del escrito de demanda, que corre en fojas treinta y uno a cuarenta y uno, la actora solicita, como pretensiones principales, se reconozca la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado en el cargo de Operadora de Módulo desde el dos de enero de dos mil quince en mérito al contrato verbal existente entre la recurrente y su empleadora; se ordene el pago de las remuneraciones impagas correspondientes al periodo laborado de enero, febrero, marzo, abril y mayo de dos mil quince; se declare nulo el despido sufrido por encontrarse inmersa en la causal contenida en el inciso c) del artículo 29° del Decreto Supremo N.º 003-97-TR; y, se ordene su reposición en su centro de labores, en el mismo cargo que venía desempeñando antes del injusto despido sufrido como Operadora de módulo. Como pretensiones accesorias, solicita se le incorpore en planillas como trabajadora con contrato a plazo indeterminado en el cargo de Operadora de Módulo, desde el dos de enero de dos mil quince, con

todos los derechos y beneficios que le asisten en virtud a dicho cargo; se ordene el pago de sus remuneraciones y beneficios sociales dejados de percibir desde la fecha en que se produjo el despido hasta la fecha de su reposición en su centro laboral; se ordene el pago de intereses legales, costas del proceso y el pago de honorarios profesionales. Segundo: Del pronunciamiento de las instancias de mérito El Juez del Segundo Juzgado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante resolución número siete de fecha quince de marzo de dos mil diecisiete, declaró fundada en parte la demanda, en consecuencia, reconoció a la demandante como trabajadora de EsSalud bajo un contrato de trabajo a plazo indeterminado bajo el régimen de la actividad privada del Decreto Legislativo N.º 728, declaró nulo el despido y ordenó a la demandada reponga a la accionante en el puesto de trabajo que venía ejerciendo hasta antes del cese, y cumpla con pagar a favor de la actora las remuneraciones devengadas y beneficios sociales hasta la fecha de su reposición efectiva; tras considerar que, el quince de mayo de dos mil quince, la demandada decide ponerle fin al vínculo laboral que mantenía con la actora, conforme se corrobora del Acta de verificación de despido arbitrario del veintidós de mayo de dos mil quince, que obra de fojas veintitrés a veintiséis. Asimismo, a fojas diecisiete obra la solicitud de actuación inspectiva solicitado por la demandante, ante la del diecisiete de abril de dos mil quince, lo que generó el Anexo Acta de Requerimiento – Hechos Comprobados en el que se concluye la existencia de la relación laboral, hecho que obliga a la demandada a registrar y declarar a la demandante en la planilla electrónica como trabajadora a plazo indeterminado, siendo así, se configura el despido nulo conforme al artículo 29º inciso c) del Decreto Supremo N.º 003-97-TR. Por su parte, el Colegiado de la Segunda Sala Laboral de la referida Corte Superior, confirmó la sentencia emitida en primera instancia, luego de considerar que, en cuanto a la presunción de laboralidad, está clara la acreditación de la prestación personal de servicios de la actora hacia la demandada, puesto que no se explica cómo es que si la demandante no tenía relación alguna

con la entidad, fue encontrada al interior de las instalaciones de la demandada prestando servicios, atendiendo pacientes y utilizando equipos de la entidad. Sobre la aplicación del precedente Huatuco, la entidad demandada, si bien es cierto se encuentra inmersa dentro del rango de aplicación de la Ley N.º 30057, sin embargo, la aplicación de dicha ley viene siendo progresiva, no habiéndose iniciado el proceso de implementación respecto a la demandada, hecho por el cual no es factible, al menos hasta el momento, considerar que el caso de autos se encuentra bajo los efectos del precedente Huatuco. Además no se trata de un conflicto sobre reposición en una plaza de la carrera administrativa. Delimitación del objeto de pronunciamiento Tercero: Conforme se verifica del recurso de casación y lo actuado por las instancias de mérito, el tema en controversia está relacionado a determinar si la instancia de mérito ha incurrido en infracción normativa del artículo 5º de la Ley N.º 28175 – Ley Marco del Empleo Público y si procede o no la aplicación del precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 05057- 2013-PA/TC al caso de autos, al haberse determinado la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado entre las partes y la configuración del despido nulo bajo la causal establecida en el inciso c) del artículo 29º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR. Cuarto: Infracción normativa. En el presente caso se declaró procedente el recurso interpuesto por la causal de infracción normativa del artículo 5º de la Ley N.º 28175, norma que establece lo siguiente: “Artículo 5.- Acceso al empleo público El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades. Alcances sobre el acceso al empleo público Quinto: La Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público, establece como principios esenciales el mérito y la capacidad, en cuya virtud el ingreso, la permanencia, las mejoras remunerativas y de condiciones de trabajo, así como los ascensos en el empleo público, deben fundamentarse en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la Administración

Pública, así como en los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado y de interpretación más favorable al trabajador en caso de duda, apreciando que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Además, la exigencia de un concurso público deberá ser atendida por la entidad pública, bajo un procedimiento abierto y democrático, que permita una verdadera igualdad de oportunidades, a efectos que las personas sean evaluadas de acuerdo a los puntos necesarios, circunscritos sobre todo a las capacidades académicas, experiencias profesionales y otros lineamientos, dependiendo del cargo respectivo. Aunado a ello, la importancia de la meritocracia para el ingreso a la Administración Pública ha sido recogida por el legislador en la Ley del Servicio Civil, Ley N.º 30057, que la ha conceptualizado como un principio necesario para el acceso a la función pública, con desarrollo en los artículos 161º y 165º del Decreto Supremo número 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil. Sobre el apartamiento del precedente vinculante expedido por el Tribunal Constitucional en el expediente número 05057-2013-PA/TC Sexto: En cuanto al aludido pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional, es preciso indicar que la Sentencia expedida el dieciséis de abril de dos mil quince es de aplicación inmediata, a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano"¹, incluso en los procesos que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional. Séptimo: En el fundamento 13 de la referida Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente número 05057-2013-PA/TC, se precisa: "De lo expuesto se puede sostener que el ingreso del personal con vínculo laboral indeterminado, en la Administración Pública,

necesariamente ha de efectuarse a partir de criterios estrictamente meritocráticos, a través de un concurso público y abierto", y en los fundamentos 18 y 22, que constituyen precedentes vinculantes², se precisa: "18. (...) en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada (...) 22. En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38º del TUO del Decreto Legislativo N.º 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 adecue 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". Pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República sobre los alcances del precedente vinculante recaído en el expediente número 05057-2013-PA/TC Octavo: Esta Sala Suprema, mediante Casaciones N.º 8347-2014-DEL SANTA y 4336-2015-ICA, de fechas quince de diciembre de dos mil quince y diecisiete de marzo de dos mil dieciséis, respectivamente, estableció como principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento los

1 La fecha de publicación en el diario oficial El Peruano es el 01 de junio de 2015.

2 Artículo III del Código Procesal Constitucional Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

alcances de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 05057-2013-PA/TC, fijando en qué casos no resulta aplicable dicha sentencia: “a) Cuando el trabajador demandante tenga vínculo laboral vigente, en cuyo caso, si se verifica el fraude en la contratación laboral se debe declarar la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, sin que esto signifique que adquiere la estabilidad laboral absoluta. b) Cuando la pretensión demandada esté referida a la nulidad de despido prevista en el artículo 29º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral y leyes especiales. c) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N.º 276 o de la Ley N.º 24041. d) Cuando se trate de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada. e) Cuando se trate de trabajadores sujetos al régimen de Contrato Administrativo de Servicios (CAS). f) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil. g) Cuando se trate de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el artículo 40º de la Constitución Política del Perú. Asimismo, esta Sala Suprema coincide con la Sentencia N.º 5057-2013-PA/TC JUNÍN, en el sentido que todos los trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N.º 728, cuyo vínculo laboral haya concluido sin haber ingresado a laborar por concurso público de méritos, solo podrán demandar el pago de una indemnización por despido, y nunca la reposición aun cuando aleguen que el vínculo laboral finalizó en forma incausada o fraudulenta”. Noveno: Solución al caso concreto De lo anotado se aprecia que ambas instancias de mérito coinciden en señalar que la actora mantuvo una relación a plazo indeterminado al concluir que se encontraba bajo los parámetros de un contrato verbal, desde el dos de enero de dos mil quince hasta el quince de mayo de dos mil quince, habiendo laborado en el cargo de Operadora de Módulo en el Policlínico Chiclayo Oeste, configurándose los tres elementos del contrato de trabajo como son prestación personal de servicios, subordinación y remuneración;

razón por la cual, en aplicación del principio de primacía de la realidad y laboriosidad, así como lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, se ha declarado que el contrato verbal celebrado entre las partes encubre una relación laboral propia, debiendo considerarse a la demandante como trabajadora sujeta al régimen laboral privado a plazo indeterminado. Décimo: En cuanto a la pretensión de reposición en su puesto de trabajo, en principio, conviene destacar que para efectos de su reingreso al centro de labores, este debe comprender una plaza presupuestada y de duración indeterminada dentro de la entidad demandada, dado que EsSalud es un organismo público descentralizado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Sector Trabajo y Promoción Social, con autonomía técnica, administrativa, económica, financiera, presupuestal y contable, de acuerdo al artículo 1º de la Ley N.º 27056, siendo de aplicación lo establecido en el precedente vinculante recaído en el Expediente N.º 05057-2013-PA/TC en concordancia con el artículo 5º de la Ley N.º 28175 – Ley Marco del Empleo Público. Décimo Primero: De autos se advierte que la demandante pretende su reposición al puesto de trabajo por considerar que se habría configurado la nulidad de su despido conforme a lo establecido en el inciso c) del artículo 29º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, norma que establece lo siguiente: “Es nulo el despido que tenga por motivo: c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso a) del artículo 25 (...)”. Décimo Segundo: Del análisis de los actuados se ha determinado lo siguiente: i) Con fecha diecisiete de abril de dos mil quince (obrante de fojas diecisiete) la demandante solicitó una actuación inspectiva a su centro de labores sobre registro de planillas y modalidad contractual laboral, ante la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Lambayeque. ii) La solicitud de la actora dio origen al Anexo Acta de Requerimiento – Hechos Comprobados (obrante de fojas diecinueve a veintiuno) de fecha siete de mayo de dos mil quince, en el cual se precisa que la inspección se llevó a cabo el veinticuatro

de abril de dos mil quince; y, en su séptimo considerando, se concluye la existencia de una relación laboral al haberse verificado la existencia de los elementos constitutivos de un contrato de trabajo, lo que obliga al empleador a registrar y declarar a la demandante en su planilla electrónica como trabajadora a plazo indeterminado, además de la entrega de la boleta de pago del mes de abril de dos mil quince. iii) Del Acta de verificación de despido arbitrario (de fojas veintitrés a veintiséis) se aprecia que el último día de labores de la demandante fue el quince de mayo de dos mil quince. Décimo Tercero: Estando a lo señalado, las instancias de mérito han concluido que en el presente caso se ha configurado el despido nulo establecido en el inciso c) del artículo 29° del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, esto es, por presentar una queja contra el empleador ante la autoridad pertinente, al haberse determinado la proximidad entre la fecha en que la demandante solicitó la actuación inspectiva ante la Autoridad Administrativa de Trabajo y la fecha del despido, razón por la cual se ha ordenado su reposición al centro de trabajo. Décimo Cuarto: De lo expuesto, se verifica que en el caso concreto, la demandante se encuentra excluida de los alcances del precedente vinculante recaído en el Expediente N.º 05057-2013-PA/TC, pues como se ha establecido en el considerando octavo de la presente ejecutoria, no resulta aplicable el citado precedente, entre otros casos, cuando la pretensión demandada esté referida a la nulidad de despido prevista en el artículo 29° del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral y leyes especiales; situación de hecho que se presenta en el caso de autos, debidamente acreditado por la parte demandante y analizado por las instancias de mérito. Décimo Quinto: En consecuencia, se concluye que el Colegiado Superior no incurrió en infracción normativa del artículo 5° de la Ley N.º 28175 ni en el apartamiento inmotivado del precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número 05057-2013-PA/TC, razón por la cual el recurso interpuesto deviene en infundado. Por estas consideraciones: **DECISIÓN:** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación

interpuesto por el demandado, Seguro Social de Salud – Red Asistencia EsSalud Lambayeque, mediante escrito presentado el veintidós de septiembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas doscientos cincuenta y tres a doscientos sesenta; en consecuencia, **NO CASARON** la Sentencia de Vista contenida en la resolución de fecha veintidós de agosto de dos mil diecisiete, que corre en fojas doscientos treinta y tres a doscientos cuarenta y uno; **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 Lourdes Cruz Huamanchumo, sobre reposición por despido nulo y otros; interviniendo como ponente la señora jueza suprema De La Rosa Bedriñana y los devolvieron.

SS. DE LA ROSA BEDRIÑANA, UBILLUS FORTINI, YAYA ZUMAETA, MALCA GUAYLUPO, ATO ALVARADO.

A person in a dark suit is shown from the chest up, holding a mobile phone to their ear. They are wearing a watch with a metal link band on their left wrist. The background is a blurred office setting with computer monitors. The entire image has a dark blue overlay.

Negociación colectiva

Convenio colectivo de trabajo 2014-2016 entre

**CENCOSUD RETAIL PERÚ S.A.
Y EL SINDICATO ÚNICO DE
TRABAJADORES DEL GRUPO
ECONÓMICO CENCOSUD
PERÚ - SUTRAGRUCPEP**



En la ciudad de Lima, siendo las 9:00 a.m., del día viernes 15 de abril de 2016, en las instalaciones de la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos Laborales y Responsabilidad Social Empresarial Laboral de la Dirección General de Trabajo, que Despacha la Dra. Manuela García Cochagne, con la asistencia de Fabiola Giudiche Uzátegui, en calidad de Abogado-Conciliador, se deja constancia de la asistencia de los representantes del SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES DEL GRUPO ECONÓMICO CENCOSUD PERÚ-SUTRAGRUCPEP: SEGUNDO GUEVARA SANCHEZ con DNI N° 40960035 en calidad de Secretario General, SILVANA DE LOS MILAGROS RIOS TAPIA con DNI N° 10726613 en calidad de Sub Secretaria General, JOSE LUIS CHUQUIRUNA LOPEZ con DNI N° 09716990 en calidad de Secretario de Defensa, SILVIA SANCHEZ YAULILAHUA con DNI N° 10021453 en calidad de Delegada de Base, JAIME FLORES RIVERO con DNI N° 40769472 en calidad de Delegado de Base, VERONICA TREJO PEREZ con DNI N° 40714540 en calidad de Secretaria de Asesorados por el abogado MATEO TINCOPA CALLE con Registro C.A.L. N° 18513, y la otra parte la empresa CENCOSUD RETAIL PERÚ S.A. representada por los señores: MELVING CORNEJO CUYA con DNI N° 08687778 en calidad de Gerente de Personal, ENRIQUE AMEGHINO ANDALUZ con DNI N° 09536260 en calidad de Gerente Comercial, JAIME LAY BALTAZAR con DNI N° 06091618 en calidad de Gerente de Formato y ROMY REPETTO REATEGUI con DNI N° 40362684 en calidad de Jefe de Relaciones Laborales, asesorados por el abogado ALBERTO VARILLAS CUETO con registro CAL N° 13593, quienes han sido convocados por la Autoridad Administrativa de Trabajo a una reunión extraproceso.

I. ASPECTOS GENERALES

Primero.- Luego de haber negociado dentro de un ambiente de armonía y buena fe el Pliego de Reclamos presentado por EL SINDICATO, las partes convienen en suscribir el presente Convenio Colectivo de Trabajo período 2014-2016 a fin de permitir un desarrollo armónico, moderno y mutuamente beneficioso dentro del marco de las Relaciones Laborales.

Las partes reiteran su pleno respeto a los derechos y

beneficios de carácter laboral previstos en la legislación laboral peruana y al contenido del presente Convenio.

EL SINDICATO y LA EMPRESA se comprometen mutuamente a respetar las normas de seguridad, salud ocupacional y protección ambiental aprobadas por LA EMPRESA y establecidas en la normativa legal vigente.

Segundo.- **Ámbito de Aplicación y Nivel del Convenio Colectivo:** El presente Convenio Colectivo será de aplicación a todos los trabajadores de LA EMPRESA que se encontraban afiliados a EL SINDICATO a la fecha de presentación del proyecto de Convenio Colectivo a la Autoridad Administrativa de Trabajo por EL SINDICATO y a la que se afiliaron con posterioridad hasta la fecha de suscripción de este Convenio y tengan contrato de trabajo vigente.

Tercero.- **Vigencia:** Las partes acuerdan que el presente Convenio Colectivo tendrá una vigencia de dos (02) años computados desde el 17 de junio de 2014 hasta el 16 de junio del 2016, de conformidad con la fecha de entrega del Pliego de Reclamos efectuada según el proveído de fecha 17 de junio de 2014, en el Expediente N°67171-2014-MTPE/1/20.2i.

II. CONDICIONES ECONOMICAS

Cuarto.- **Aumento General de Remuneraciones:** LA EMPRESA conviene en otorgar un aumento general de remuneraciones a los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo de acuerdo con los años de servicios con los que cuente cada trabajador computados desde su fecha de ingreso a la planilla hasta el 31 de enero del 2016, de la siguiente manera:

a) Trabajadores con un (1) año de servicios y menos de tres (3) años de servicio Incremento en la remuneración básica mensual de S/. 43.00 (Cuarenta y tres con 00/100 Soles) por mes a partir del 1° de febrero de 2016.

b) Trabajadores con tres (3) años de servicios y menos de cinco (5) años de servicio: Incremento en la remuneración básica mensual de S/. 46.00

(Cuarenta y seis con 00/100 Soles) por mes a partir del 1º de febrero de 2016.

c) Trabajadores con cinco (5) años de servicios y menos de diez (10) años de servicio: Incremento en la remuneración básica mensual de S/. 80.00 (Ochenta 00/100 Soles) por mes a partir del a partir del 1º de febrero de 2016.

d) Trabajadores con diez (10) años de servicio y menos de veinte (20) años de servicios: Incremento en la remuneración básica mensual de S/. 85.00 (Ochenta y cinco con 00/100 Soles) por mes a partir del a partir del 1º de febrero de 2016.

e) Trabajadores con veinte (20) años de servicios o más: Incremento en la remuneración básica mensual de S/. 90.00 (Noventa con 00/100 Soles) por mes a partir del a partir del 1º de febrero de 2016.

Las partes acuerdan que el aumento general de remuneraciones a que se refiere esta cláusula forma parte de cualquier incremento otorgado unilateralmente por LA EMPRESA; si el incremento otorgado por LA EMPRESA fuese mayor se mantendrá su vigencia.

Estos incrementos se vienen otorgando desde el mes de febrero del 2016.

Estos incrementos se otorgan de manera independiente a los reajustes de Remuneración Mínima Vital que disponga el Gobierno, los que se aplicarán según sus reglas.

Quinto.- Bonificación por Tiempo de Servicios (Quinquenio): LA EMPRESA mejorará la Bonificación por Tiempo de Servicios (Quinquenio) que viene otorgando, a partir de la suscripción del presente Convenio Colectivo, y que será pagada por única vez a cada trabajador comprendido en el ámbito de aplicación del mismo, de acuerdo con la siguiente escala y según la política de LA EMPRESA:

a) Al cumplir cinco (5) años de servicios en LA EMPRESA: Bonificación por única vez ascendente

a S/. 320.00 (Trescientos veinte y 00/100 Soles).

b) Al cumplir diez (10) años de servicios en LA EMPRESA: Un (1) sueldo básico.

c) Al cumplir quince (15) años de servicios en LA EMPRESA: Uno punto veinticinco (S/. 25) sueldos básicos.

d) Al cumplir veinte (20) años de servicios y por cada cinco (5) años adicionales de servicios en LA EMPRESA: Uno punto veinticinco (i.25) sueldos básicos.

Sexto.- Bonificación por Riesgo al Cargo: LA EMPRESA otorgará una Bonificación por Riesgo al Cargo a aquellos trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo que laboren como Auxiliares de Cámara en las cámaras frigoríficas de -35º, -25º y -20º grados centígrados de S/. 40.00 (Cuarenta y 00/100 Soles) mensuales.

Este beneficio se aplicará a partir del mes siguiente a la firma del presente Convenio Colectivo.

Séptimo.- Bonificación por Transporte: LA EMPRESA acuerda incrementar la Bonificación por Transporte a sus trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo, en los siguientes montos:

a) Para los trabajadores que laboran en jornadas de seis (6) días a la semana: De S/ 52.00 (Cincuenta y dos y 00/100 Soles) mensuales a S/. 65.00 (Sesenta y cinco 00/100 Soles) mensuales.

Para los trabajadores que laboran en jornadas de cinco (5) días a la semana: De S/.

b) 44.00 (Cuarenta y cuatro y 00/100 Soles) mensuales a S/. 55.00 (Cincuenta y cinco y 00/100 Soles) mensuales.

Este beneficio se otorgará de manera proporcional por cada día de trabajo efectivo en el mes correspondiente.

Este incremento en el beneficio se viene otorgando, desde el mes de febrero del 2016,

Octavo.- Bonificación por Cierre de Pliego de Reclamos: LA EMPRESA conviene en otorgar una Bonificación por Cierre de Pliego de Reclamos, en forma excepcional, a sus Trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo, según los montos que aparecen en la escala siguiente, la misma que se otorga conforme al inciso a) del artículo 19º del Decreto Legislativo N°650:

- a) Trabajadores con un (1) año de servicios hasta menos de tres (3) años de servicio: S/. 3,700.00 (Tres mil setecientos con 00/100 Soles).
- b) Trabajadores con más de tres (3) años de servicios y menos de cinco (5) años de servicio: S/. 4,200.00 (Cuatro mil doscientos con 00/100 Soles).
- c) Trabajadores con más de cinco (5) años de servicios hasta menos de diez (10) años de servicio: S/. 5,750.00 (Cinco mil setecientos cincuenta con 00/100 Soles)
- d) Trabajadores con diez (10) años de servicio hasta menos de veinte (20) de servicios: S/. 7,500.00 (Siete mil quinientos con 00/100 Soles).
- e) Trabajadores con veinte (20) años de servicios o más: S/. 7,800.00 (Siete mil ochocientos con 00/100 Soles).

Esta bonificación será pagada al 100% de los montos pactados en los literales anteriores a los trabajadores afiliados a EL SINDICATO al 31 de diciembre del 2015 y cuya afiliación haya sido debidamente comunicado a LA EMPRESA a dicha fecha.

Esta bonificación será pagada al 50% de los montos pactados en los literales anteriores a los trabajadores afiliados a EL SINDICATO desde el 01 de enero del 2016 hasta el 15 de abril del 2016 y cuya afiliación haya sido debidamente comunicado a LA EMPRESA dentro de estas fechas.

La Bonificación por Cierre de Pliego de Reclamos será abonada conjuntamente con la remuneración correspondiente al mes de abril del 2016.

III. CONDICIONES DE BIENESTAR LABORAL

Noveno.- Asignación Familiar: LA EMPRESA conviene en mejorar las sum otorgadas, a favor de sus trabajadores comprendidos en el presente Convenio Colectivo los siguientes montos por concepto de Asignación Familiar:

De S/. 75.00 a S/. 85.00 (Ochenta y cinco con 00/100 Soles) mensuales a cada trabajador con hijos menores de edad, de acuerdo a ley.

De S/. 37.50 a S/. 42.50 (Cuarenta y dos con 50/100 Soles) mensuales a cada trabajador por cónyuge o conviviente y por cada hijo menor de edad adicional del que otorga la ley, bajo las políticas de otorgamiento de LA EMPRESA.

Para efectos de la aplicación de este beneficio, sólo se tendrán en consideración a los cónyuges, convivientes e hijos menores de edad debidamente registrados en LA EMPRESA.

Este beneficio se viene otorgando desde el mes de febrero del 2016.

Décimo.- Asignación por Escolaridad: LA EMPRESA conviene en mejorar, a favor de sus trabajadores comprendidos en el presente Convenio Colectivo, los siguientes montos por concepto de Asignación por Escolaridad:

De S/. 415.00 a S/. 455.00 (Cuatrocientos cincuenta y cinco con 00/100 Soles) por hijo 111 según la política establecida por LA EMPRESA. [1

Para efectos de la aplicación de este beneficio, sólo se tendrán en consideración a los hijos menores de edad debidamente registrados en LA EMPRESA.

Este beneficio será pagado en el mes de enero de cada año de acuerdo con la política de LA EMPRESA y se otorgará a partir de la suscripción del presente Convenio Colectivo.

Décimo Primero.- Asignaciones por Fallecimiento: LA EMPRESA conviene en incrementar las siguientes

ayudas económicas por fallecimiento del trabajador comprendido en el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo y sus familiares directos según la siguiente escala:

- a) Por fallecimiento del Trabajador: 2.5 (Dos punto cinco) remuneraciones mensuales básicas.
- b) Por fallecimiento de familiares directos (cónyuge o conviviente, padres o hijos registrados en LA EMPRESA y de acuerdo con la política establecida por ésta): 1.5 (Uno punto cinco) remuneraciones mensuales básicas.

IV. CONDICIONES SINDICALES

Décimo Segundo.- Ayudas Económico Sindicales: Con el afán de colaborar con las distintas actividades organizadas por EL SINDICATO, LA EMPRESA conviene en otorgar por única vez una Ayuda Económico-Sindical de la siguiente manera:

- a) Por el primer año de vigencia del presente Convenio Colectivo: S/. 3,000.00 (Tres mil y 00/100 Soles) más dos (2) computadoras laptop Lenovo, una (1) impresora Epson, un (1) proyector Epson y setenta y cinco (75) sillas de plástico Rey.
- b) Por el segundo año de vigencia del presente Convenio Colectivo: S/. 3,500.0 (Tres mil quinientos y 00/100 Soles) más veinticinco (25) sillas de plástico Rey.

Estas ayudas económicas sindicales serán otorgadas a más tardar el 30 de mayo del 2,016.

Décimo Tercero.- Actividades Sindicales: Con el fin de colaborar con las distintas actividades por fechas festivas que organizará EL SINDICATO, LA EMPRESA conviene en otorgar por única vez las siguientes ayudas económicas:

- a) Por el primer año de vigencia del presente Convenio Colectivo: S/. 5,000.00 (Cinco mil y 00/100 Soles).
- b) Por el segundo año de vigencia del presente

Convenio Colectivo: S/5,000.00 (Cinco mil y 00/100 Soles).

El íntegro de esta colaboración para actividades sindicales será abonada a más tardar el 30 de mayo del 2,016.

Décimo Cuarto.- Licencia Sindical: LA EMPRESA conviene en otorgar hasta un periodo máximo de ciento cuarenta (140) días por cada año calendario. Por excepción por el año 2016 los 140 días pactados se computarán desde la fecha de suscripción del presente Convenio Colectivo hasta el 31 de diciembre del 2,016.

La Licencia Sindical pagada, precisándose que ésta alcanza a toda la directiva del SINDICATO y hasta dos (2) Delegados debidamente comunicados a LA EMPRESA.

Igualmente, EL SINDICATO informará a LA EMPRESA el nombre y cargo del Dirigente o Delegado que hará uso de la Licencia Sindical, por escrito y con cuarenta y ocho (48) horas útiles de anticipación, salvo casos de emergencia que serán tratados con LA EMPRESA.

Cláusula Final: Las partes acuerdan que el Aumento General de Remuneraciones y todo otro beneficio económico a que se refiere este Convenio Colectivo forman parte de cualquier otro incremento o beneficio económico otorgado unilateralmente por LA EMPRESA o por ley a partir de la vigencia del presente Convenio Colectivo.

Las partes manifiestan su conformidad con lo expresado en las cláusulas precedentes, por lo que suscriben la presente acta en señal de conformidad.

Finalmente, se deja constancia que con la suscripción del presente Convenio Colectivo de Trabajo se da por culminado el procedimiento de negociación colectiva seguido en el Expediente Administrativo N° 083-2015-MTPE-DPSCLRSEL.

Con lo que se dio por terminada la presente diligencia, leída que fue, firman su conformidad, de lo que doy fe.

Siendo las 6:15 p.m.; se levanta el presente convenio colectivo de trabajo para los fines que correspondan.

Convenio colectivo de trabajo celebrado entre

**PESQUERA EXALMAR S.A.A.
Y EL SINDICATO NACIONAL
DE TRABAJADORES DE
PESQUERA EXALMAR S.A.A.
- SINTRAPEXSAA POR EL
PERIODO 2016 - 2017**



En la ciudad de Lima, siendo las 11:30 horas del día jueves 18 de agosto del 2016, se reunieron en las instalaciones de la Dirección Prevención y Solución de Conflictos Laborales y Responsabilidad Social, Empresarial y Laboral de la Dirección General de Trabajo, que despacha la Dra. Manuela García Cochagne, con la asistencia de Jonathan Christian López Noriega, en calidad de Abogado-Conciliador, se hizo presente, por una parte, la empresa PESQUERA EXALMAR S.A.A. representada por los señores: ROSA LUZ PAZ ALTAMIRANO con DNI N° 06179283 en calidad de Jefa de Recursos Humanos, HILARION HURTADO CARDENAS con DNIN° 09839980 en calidad de Contador General y LUIS TEJADA BECERRA con DNI N° 10162696 en calidad de Jefe de Administración de Nóminas y CARLOS SEMINARIO VARGAS con DNI N° 25745455 en calidad de Jefe de Presupuesto, asesorados por el abogado RICARDO VILCHEZ CHAVARRI con registro CAL N° 24681, que en adelante se denominará LA EMPRESA; y, de la otra parte el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE PESQUERA EXALMAR S.A.A.-SINTRAPEXSAA representado por los señores: ROBINSON REYES ABANTO con DNI N° 18906940 en calidad Secretario General, RICHARD HILARIO CHINGA MELENDEZ con DNI N° 15641050 en calidad Sub Delegado Secciona!, JAVIER ENRIQUE ORTIZ ROJAS con DNI N° 21824167 en calidad Delegado Secciona! y SEGUNDO VENANCIO CHERO ADANAQUE con DNI N° 32114777 en calidad de Delegado Secciona!, asesorados por el abogado WILLYAM EDUARDO GAMVINI PONCE DE LEON con registro CALL N° 4917 y el señor BENANCIO AGUILAR ATAHUA con DNI N° 08026850- Secretario de Defensa FNT- CGTP, que en adelante se denominará SINTRAPEXSAA, quienes concurren a la reunión de conciliación, programada para el día de hoy, y se encuentran plenamente acreditados en autos.

Después de amplias deliberaciones, las partes acordaron suscribir el presente Convenio Colectivo de Trabajo correspondiente al periodo 2016-2017, Expediente Administrativo N° 157-2016-MTPE/2.14, dentro del marco establecido por el Decreto Supremo N° 010-

2003-TR, por el que se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, dándose por solucionado en forma total y definitiva el Pliego de Reclamos presentado por la citada Organización Sindical, en los términos y condiciones que se señalan a continuación:

DE LAS CONDICIONES DEL CONVENIO

CLÁUSULA PRIMERA.- AUMENTO GENERAL

LA EMPRESA conviene en otorgar un aumento general de S/. 4.50 (Cuatro y 50/100 Soles) diario sobre el jornal básico actual de los trabajadores, siempre que a la fecha de la suscripción del presente convenio estuvieran afiliados al SINTRAPEXSAA.

CLÁUSULA SEGUNDA.- GESTION DE DESEMPEÑO Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

LA EMPRESA conviene en continuar con su programa de gestión de desempeño y evaluación por competencias que se realizará al término de cada temporada. Esta evaluación tiene por objetivo medir la eficiencia y el cumplimiento de indicadores; que permita desarrollar programas de capacitación y el análisis de la estructura salarial. LA EMPRESA se compromete hacer entrega del resultado de las evaluaciones a cada trabajador de manera reservada.

CLAUSULA TERCERA. – BONO POR PRODUCCIÓN

LA EMPRESA conviene en otorgar una remuneración anual variable que se denomina “BONO POR PRODUCCIÓN” para los trabajadores, que se pagará dentro de los quince (15) días hábiles posteriores al cierre de la segunda temporada de pesca, la cual se determinará en base a dos condiciones que deben cumplirse: (i) la cuota efectivamente capturada en el sector pesquero dada por el ministerio de la producción y (ii) a los indicadores, sus tipos, objetivos, peso y proporcionalidad. Las condiciones se encuentran consignadas en el Anexo I del presente convenio y forma parte integrante del mismo.

CLÁUSULA CUARTA.- PRESTAMO POR RETORNO

VACACIONAL

LA EMPRESA conviene en otorgar la cantidad de S/. 500.00 (Quinientos y 00/100 Soles) como préstamo por retorno vacacional a los trabajadores que se incorporen a la empresa luego del goce de sus vacaciones, el préstamo será solicitado por el trabajador dentro de los 3 primeros días de haberse reincorporado a sus labores según formato de la empresa. LA EMPRESA realizará el desembolso el viernes de la semana siguiente de haberse presentado la solicitud, sujetándose al trámite del préstamo a las condiciones expuestas en la "Política de Prestamos", documento que ambas partes declaran conocer.

CLÁUSULA QUINTA.- PRESTAMO POR EMERGENCIA

LA EMPRESA conviene en otorgar la cantidad de S/. 1,500.00 (Un Mil quinientos y 00/100 Soles) como préstamo de emergencia a los trabajadores en casos de Enfermedad, Vivienda y Estudios Superiores, y se registrará de acuerdo a la "Política de Préstamos", documento que ambas partes declaran conocer.

CLÁUSULA SEXTA.- JORNADA DE TRABAJO

La Jornada de Trabajo en época de producción y en época de veda será de ocho (08) horas diarias o 48 horas semanales de acuerdo a los turnos y necesidades de LA EMPRESA bajo estricta observancia de la Ley.

Las partes convienen en considerar el tiempo de refrigerio (45 minutos), dentro de la jornada efectiva de Trabajo. Esta modificación que implica una nueva jornada de trabajo, no tendrá carácter retroactivo y se hará efectiva a partir de la firma del presente convenio.

CLÁUSULA SEPTIMA.- CAPACITACIÓN

LA EMPRESA conviene en otorgar permisos y facilidades para aquellos trabajadores sujetos a negociación colectiva para capacitarse en función al puesto de trabajo y a las necesidades de la empresa, a través del apoyo de SENATI para programas de adiestramiento en las diversas materias que se ofrecen para las empresas aportantes.

Las capacitaciones deberán ser programadas en época de veda, previa coordinación con la empresa sin afectar el normal desarrollo de las funciones al interior de la empresa, de acuerdo al "Procedimiento de Capacitación del Personal", establecido.

CLÁUSULA OCTAVA.- PATROCINIO

LA EMPRESA conviene en patrocinar ante el SENATI a los hijos de los trabajadores otorgue el SENATI por cada sede, sin que esto devengue en la obligación de otorgarles prácticas en la empresa, debiendo para ello incluir al contrato de patrocinio una adenda aclaratoria sobre la exoneración de prácticas y pago de la empresa.

CLÁUSULA NOVENA.- EXAMEN MEDICO ANUAL

LA EMPRESA se compromete a seguir realizando los Exámenes Médicos Ocupacionales, conforme a las normas y procedimientos establecidos en la Ley N° 29783 (Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo), en una Clínica Médica.

LA EMPRESA, conviene en realizar los exámenes clínicos y médicos en general a los trabajadores las de la forma siguiente:

- a) Examen radiológico pulmonar
- b) Examen médico general
- c) Examen de laboratorio (análisis de sangre/heces/orina/toxicológico)
- d) Así mismo, la Empresa, garantizará la entrega en forma oportuna a los trabajadores los resultados de dichos exámenes, a través del médico ocupacional y de manera reservada.
- e) Los gastos que demanden dichos exámenes corren por cuenta de la empresa.
- f) Exámenes adicionales a lo que considere el médico ocupacional.

CLÁUSULA DÉCIMA.- ATENCIÓN MEDICO FAMILIAR

LA EMPRESA, conviene en programar y realizar

campañas médicas anuales para la cónyuge o conviviente de los trabajadores, concretamente: Despistaje de mama y cuello uterino.

CLÁUSULA DÉCIMO PRIMERA.- ALIMENTACIÓN

LA EMPRESA, conviene en seguir otorgando la alimentación con un costo de hasta S/.8.00 (Ocho y 00/100 soles) diarios por trabajador a fin de garantizar una alimentación durante el horario efectivo de trabajo.

Asimismo, LA EMPRESA se compromete a realizar con la periodicidad las pruebas que sean necesarias para determinar la buena calidad del servicio de comedor contratado y que este se encuentre dentro de los términos especificados en su propuesta técnica.

CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA.- VIVERES PARA LOS OBREROS DE CHATA

LA EMPRESA, conviene en otorgar víveres por el monto de S/. 8.00 (Ocho y 00/100 Soles) diarios por cada obrero de chata de las sedes. Asimismo, de proveer los balones de gas necesarios.

CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA.- ROPA DE TRABAJO

LA EMPRESA, conviene en entregar a los trabajadores lo siguiente:

- a) Al personal de Planta: 02 (Dos) pantalones, 02 (Dos) camisas, 02 (Dos) polos, 01 (uno) par de zapatos de Seguridad, 01chompa "Jorge Chávez".
- b) Al personal de mantenimiento: 03 (Tres) pantalones, 03 (Tres) ca (Uno) par de zapatos de seguridad, 01 (Una) chompa "Jorge Chávez"

Dichos implementos serán entregado dentro de los siete (07) días hábiles previos al inicio de la primera temporada de producción del año en las sedes, previa devolución del uniforme usado anteriormente, cumpliendo con lo indicado en la normativa BASC.

El material de la Ropa de Trabajo deberá cumplir con las Normas de Seguridad indicadas en la Ley N° 29783 (Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo) y el criterio DS

42F.

CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA.- ÚTILES DE ASEO

LA EMPRESA, conviene en otorgar a los trabajadores afiliados lo siguiente:

- 1 kilo de detergente doméstico mensual y dentro de los primeros cinco (OS) días hábiles de cada mes para el lavado de la ropa de trabajo, siendo obligación del trabajador mantener el uniforme limpio.
- 1 Toalla de Felpa Anual de 0.90cm. por 1.50cm. al inicio de la primera temporada para su uso dentro de la planta.

CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA.- TRANSPORTE

LA EMPRESA conviene en seguir otorgando los servicios de transporte a los trabajadores de todas las sedes (Malabrigo, Chimbote, Huacho, Callao, Tambo de Mora) desde los paraderos establecidos por la Empresa.

Asimismo continuará manteniendo el costo de transporte Casma-Chimbote-Casma (mediante comprobante de pago o convenios con empresa de transporte) únicamente a los trabajadores que fueron trasladados de la Planta Casma por su cierre de operaciones.

CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA.- ASIGNACIÓN POR FALLECIMIENTO

LA EMPRESA, conviene en elevar la asignación por fallecimiento de los padres, cónyuge o conviviente, e hijos del trabajador de S/. 1,500.00 a S/. 1,700.00 (Mil Setecientos y 00/100 Soles).

Así mismo LA EMPRESA, conviene en otorgar un monto único por fallecimiento del trabajador a favor de sus herederos: (Padres, Cónyuge o Conviviente e hijos el monto equivalente a S/. 3, 200.00 (Tres mil doscientos y 00/100 Soles), en el siguiente orden de prelación excluyente:

Primero: Cónyuge o Conviviente, Segundo: Hijos,

Tercero: Padres y Cuarto: Hermanos.

Dentro de las dos semanas siguientes de suscrito el presente Convenio Colectivo, los trabajadores comprendidos en su ámbito deberán presentar a la empresa la relación de sus familiares beneficiarios de esta asignación, Esta información tiene carácter de declaración jurada.

LA EMPRESA pagará esta asignación dentro de un plazo máximo de los cinco (OS) días hábiles de acontecido el hecho.

CLÁUSULA DÉCIMO SEPTIMA.- ASIGNACIÓN POR ESCOLARIDAD

LA EMPRESA conviene en elevar a todos los trabajadores la Bonificación por Escolaridad a S/. 200.00 (Doscientos y 00/100 soles) por cada hijo hasta un tope de cuatro hijos que estén cursando estudios de Inicial, Primaria, Secundaria, Técnica y Superior. Dicho monto será entregado en la quincena del mes de Febrero y se deberá presentar los documentos al área de Gestión Humana de la sede, que acrediten dichos estudios en la primera semana de marzo, caso contrario será descontado.

CLAUSULA DÉCIMA OCTAVA. – CUBRIR PUESTOS VACANTES

LA EMPRESA, conviene en continuar con su programa de promoción interna, brindando a sus trabajadores la oportunidad de participar en la convocatoria para cubrir puestos vacantes que existan en las diferentes áreas.

CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA.- PERMISOS Y/O LICENCIAS SINDICALES

LA EMPRESA, conviene en otorgar una bolsa anual de licencias sindicales de 120 días al año, los cuales serán remunerados y cuya administración estará a cargo de la Junta Directiva del SINTRAPEXSAA en favor de los Dirigentes y Delegados de cada sección sindical.

La Junta Directiva determinará el uso de dicha licencia

solo para los dirigentes o delegados de sección, según comunicación por escrito que realizará el SINTRAPEXSAA a LA EMPRESA y con 48 horas de anticipación a fin de asegurar que la ausencia del trabajador no afecte la continuidad de las operaciones.

Cabe precisar que los días de licencia sindical no son acumulativos y se computan anualmente. En lo no regulado se aplica la ley.

CLÁUSULA VIGESIMA.- CARTELERA DE COMUNICACIÓN

LA EMPRESA y el SINTRAPEXSAA acuerdan compartir la actual vitrina o panel que utiliza la empresa para publicar sus comunicados a sus afiliados. Para tal efecto, LA EMPRESA comunicará al SINTRAPEXSAA el espacio que podrá utilizar, así como los procedimientos aplicables para su uso.

CLÁUSULA VIGÉSIMO PRIMERO.- PERMISO POR FALLECIMIENTO DE FAMILIAR

LA EMPRESA, conviene en otorgar caso de fallecimiento de un familiar directo (Padres, Conyugue, Conviviente, Hijos o Hermanos) licencia con goce de haber bajo los siguientes parámetros:

(i) Si el fallecimiento ocurriera en el departamento donde está el centro de trabajo la licencia será de tres días calendarios.

(ii) Si ocurriera en un departamento distinto a aquella donde se ubica el centro de trabajo se concederá un permiso de cinco días calendarios.

Se deberá presentar los documentos que acrediten el deceso del familiar a su reincorporación. Caso contrario se descontarán los días otorgados de su remuneración.

CLÁUSULA VIGÉSIMO SEGUNDO.- AYUDA MONETARIA AL SINDICATO

LA EMPRESA conviene en otorgar por única vez a SINTRAPEXSAA la suma de S/. 24,000 (Veinticuatro Mil y 00/100 Soles) como ayuda económica para el desarrollo de sus programas. Para tal efecto el

SINTRAPEXSAA deberá comunicar—mediante carta— una cuenta bancaria para que la Empresa realice el depósito correspondiente.

CLÁUSULA VIGÉSIMO TERCERO.- VIGENCIA

LA EMPRESA y el SINTRAPEXSAA convienen que la vigencia del presente Convenio Colectivo de Trabajo es del 27 de abril del 2016 hasta el 26 de Abril del 2017.

CLÁUSULA VIGÉSIMO CUARTO.- AMBITO DE APLICACIÓN

LA EMPRESA y el SINTRAPEXSAA, establecen que el presente Convenio Colectivo de Trabajo es aplicable a los trabajadores que estén afiliados al SINTRAPEXSAA a la fecha de suscripción del presente convenio y a los que se afilien a posterioridad.

CLÁUSULA VIGÉSIMO QUINTA.- REINTEGROS

LA EMPRESA, conviene en reintegrar a los trabajadores los montos que se deriven por los aumentos resultantes de la aplicación del presente Convenio Colectivo de Trabajo; debiendo hacerlo efectivo por Planillas a los 15 días hábiles de suscrito el convenio colectivo, con

excepción de lo pactado en la cláusula sexta, la cual se devengara desde el primer día de suscrito el presente Convenio Colectivo.

Por último, las partes declaran que con el presente acuerdo que antecede, queda total y definitivamente solucionado el Pliego de Reclamos correspondiente al período 2016–2017.

Se deja constancia que el señor SEGUNDO VENANCIO CHERO ADANAQUE con DNI N° 32114777 en calidad de Delegado Seccional, se negó a firmar el presente Convenio Colectivo.

Con esta formalidad concluyó la presente diligencia, siendo las 02:50 p.m., del mismo día; y, leído que fue el presente Convenio Colectivo de Trabajo período 2016–2017, las partes intervinientes lo suscriben en señal de conformidad, de lo que doy fe.

ANEXO 1 BONO POR PRODUCCIÓN

I. CUOTA EFECTIVAMENTE CAPTURADA: tiene el siguiente parámetro para su vigencia y obligación de pago:

Cuota Anual asignada por PRODUCE	MONTO EN SOLES
Igual o mayor a 3.5 millones TM	S/ 500.00 soles
Igual o mayor a 2.5 millones TM	S/ 300.00 soles
Menor a 2.5 millones TM	No genera bono de producción

II. INDICADORES y PESOS: cumplimiento de variables para percepción parcial o total del bono de producción:

Tipos	Indicadores	Objetivos	Peso	Mediciones	Porcentaje
Grupal	Calidad		25%		
Grupal	Factor de Conversión		25%		
Individual	Seguridad y Salud en el Trabajo	<p>1. Reforzar una cultura de seguridad y salud en el trabajo midiendo el cumplimiento del reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo.</p> <p>2. Generar una solidaridad y proactividad entre los trabajadores que incentive entre ellos el cumplimiento de dicho reglamento de seguridad y salud en el trabajo.</p>	25%	Acto Inseguro y/o Accidente de Trabajo	<p>(0) Actos Inseguros y/o accidentes de trabajo = 100%</p> <p>(1) Actos Inseguros y/o accidentes de trabajo = 75%</p> <p>(2 a 3) Actos Inseguros y/o accidentes de trabajo = 50%</p> <p>(4) Actos Inseguros y/o accidentes de trabajo = 25%</p> <p>(>5) Actos Inseguros y/o accidentes de trabajo = 0%</p>
Individual	Reglamento Interno de Trabajo	Reconocer, respetar que en la interacción entre recursos materiales, sistemas organizacionales y personas contamos con un marco sistematizado y publicitado de reglas de conducta y de consecuencias jurídicas si estas reglas no son cumplidas.	25%	Amonestaciones y/o Suspensiones	<p>(0) Amonestaciones y/o Suspensiones = 100%</p> <p>(1 a 2) Amonestaciones y/o Suspensiones = 75%</p> <p>(3 a 4) Amonestaciones y/o Suspensiones = 50%</p> <p>(5 a 6) Amonestaciones y/o Suspensiones = 25%</p> <p>(>7) Amonestaciones y/o Suspensiones = 0%</p>



ACTUALIDAD LABORAL

www.actualidadlaboral.com

EDITADO POR:

