

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO EN EL PERÚ

Derecho Lo Esencial del Derecho 41

Comité Editorial

Baldo Kresalja Rosselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Monteagudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

VÍCTOR FERRO DELGADO

DERECHO INDIVIDUAL DEL
TRABAJO EN EL PERÚ



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

340.7 Ferro Delgado, Víctor, 1953-
L Derecho individual del trabajo en el Perú / Víctor Ferro Delgado.-- 1a ed.-- Lima :
41 Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019 (Lima : Tarea Asociación
Gráfica Educativa).
171 p. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 41)
Bibliografía: p. [165]-167.
D.L. 2019-05654
ISBN 978-612-317-478-1

1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Derecho laboral - Perú 3. Contratos de trabajo - Perú
4. Relaciones industriales - Aspectos legales - Perú I. Pontificia Universidad Católica
del Perú II. Título III. Serie

BNP: 2019-060

Derecho individual del trabajo en el Perú

Víctor Ferro Delgado

Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 41

© Víctor Ferro Delgado, 2019

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

La colección «Lo Esencial del Derecho» ha sido realizada por la Facultad de
Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: mayo de 2019

Tiraje: 1000 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-478-1

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-05654

Registro del Proyecto Editorial: 31501361900557

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice

ABREVIATURAS	11
PRESENTACIÓN	13
INTRODUCCIÓN	
EL SURGIMIENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO	15
CAPÍTULO 1	
EL INICIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO	17
1. El contrato de trabajo	17
1.1. Elementos esenciales del contrato de trabajo	17
1.1.1. <i>La prestación personal de servicios</i>	17
1.1.2. <i>La remuneración</i>	18
1.1.3. <i>La subordinación</i>	19
1.2. La vigencia del principio de primacía de la realidad o la presunción de laboralidad en el Perú	20
2. Mecanismos de contratación de personal en el Perú	22
2.1. Contratación directa: tipos de contratos de trabajo	23
2.1.1. <i>Contrato indefinido</i>	23
2.1.2. <i>Contrato sujeto a modalidad</i>	23
2.1.3. <i>Contratación a tiempo parcial</i>	31
2.1.4. <i>Teletrabajo</i>	35

2.2. Contratación indirecta	37
2.2.1. <i>Intermediación laboral</i>	37
2.2.2. <i>Tercerización de actividades principales y complementarias</i>	47
3. Pactos típicos en el contrato de trabajo	59
3.1. Periodo de prueba	59
3.2. Exclusividad	61
3.3. Confidencialidad	62
3.4. No competencia	63
3.5. Permanencia	64
3.6. Preservación del buen nombre	65
4. Contratación no laboral	65
4.1. Modalidades formativas	65
4.1.1. <i>Modalidad formativa de aprendizaje</i>	66
4.1.2. <i>Capacitación laboral juvenil</i>	68
4.1.3. <i>Pasantía</i>	70
4.1.4. <i>Reinserción laboral</i>	70
4.1.5. <i>Obligaciones de las empresas</i>	72
4.1.6. <i>Desnaturalización de las modalidades formativas</i>	73
4.2. Contratos de locación de servicios	74
5. Preguntas	76
CAPÍTULO 2	
EL DESARROLLO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO	77
1. Vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en la relación de trabajo	77
2. Derechos y facultades del empleador: el poder de dirección del empleador	79
2.1. Manifestaciones del poder de dirección	79
2.2. <i>Ius variandi</i>	81
<i>Límites al poder de dirección</i>	83
2.3. La imputación de actos de hostilidad	84

3. Derechos específicos del trabajador	87
3.1. La remuneración	87
3.2. Remuneración integral anual (RIA)	90
3.3. Conceptos no remunerativos	90
3.4. Composición y tipos de remuneración	94
3.4.1. <i>La remuneración principal</i>	96
3.4.2. <i>Los complementos remunerativos</i>	96
3.5. Formalidad del pago	96
3.6. Protección jurídica de la remuneración	98
3.6.1. <i>La intangibilidad</i>	98
3.6.2. <i>La prioridad del pago del crédito laboral</i>	99
3.7. Tributos y aportes que gravan la remuneración	101
3.8. Beneficios económicos establecidos por mandato legal	101
3.8.1. <i>Asignación familiar</i>	101
3.8.2. <i>Gratificaciones legales y bonificación extraordinaria</i>	103
3.8.3. <i>Compensación por tiempo de servicios</i>	107
3.8.4. <i>Participación en las utilidades</i>	112
3.8.5. <i>Otros (seguro de vida ley)</i>	117
3.9. La jornada de trabajo y los descansos remunerados	118
3.9.1. <i>Concepto de jornada y horario de trabajo</i>	118
3.9.2. <i>Descansos remunerados establecidos en la legislación peruana</i>	125
4. La suspensión del contrato de trabajo	132
4.1. Prescripción y caducidad	134
5. Preguntas	136
CAPÍTULO 3	
LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO	137
1. Por voluntad de una de las partes	138
1.1. La renuncia	138
1.2. El despido	140
1.3. La tipología y consecuencias del despido según la legislación y la jurisprudencia	140

1.4. El despido sustentado en la capacidad del trabajador	145
1.5. El despido sustentado en la conducta del trabajador	149
1.6. El procedimiento de despido	154
1.7. Los supuestos de nulidad de despido previstos por ley	156
2. Por voluntad de ambas partes	156
2.1. El mutuo disenso	156
2.2. El vencimiento del plazo en los contratos sujetos a término	157
3. Por causas ajenas a la voluntad de las partes	158
3.1. El fallecimiento del trabajador o del empleador persona natural	158
3.2. La invalidez absoluta permanente	159
3.3. La jubilación	159
3.4. Por causas objetivas: terminación colectiva de los contratos de trabajo	161
4. Preguntas	163
BIBLIOGRAFÍA	165
VOLÚMENES PUBLICADOS	169

ABREVIATURAS

LPCL	Texto Único Ordenado del decreto legislativo 728, Ley de productividad y competitividad laboral, aprobado por decreto supremo 003-97-TR
CTS	Compensación por tiempo de servicios
TC	Tribunal Constitucional del Perú
RLPCL	Reglamento de la LPCL, aprobado por decreto supremo 001-96-TR
SUNAFIL	Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral

Fondo Editorial PUCP

PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse como un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

Lo «Esencial del Derecho» también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

El proyecto es realizado por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Fondo Editorial PUCP

INTRODUCCIÓN

EL SURGIMIENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Con la Revolución Industrial, iniciada en Inglaterra a mediados del siglo XVIII, las relaciones de trabajo evolucionaron de la esclavitud de la Edad Antigua o de la servidumbre de la Edad Media y el trabajo agrícola tradicional en la gleba, a un fenómeno nuevo que daba paso al maquinismo y la producción de bienes a gran escala en centros de trabajo. Estos concentraban a importantes cantidades de trabajadores bajo la dirección del empresario, que decidía con base exclusiva a su propia voluntad las condiciones en que se llevaba a cabo el proceso productivo. Se asiste, pues, al tránsito del campesino o del artesano al del obrero en las fábricas.

La Revolución Industrial coincide con el auge de la libertad de contratación y el individualismo, conforme al cual se atribuye al obrero la capacidad de ofrecer su fuerza de trabajo según sus propios intereses. Así, hasta finales del siglo XIX la contratación de mano de obra se ejecutaba a través de contratos civiles, lo que suponía igualdad entre las partes.

Sin embargo, el elemento característico de dicha relación contractual era, precisamente, lo contrario, esto es, la desigualdad entre los contratantes, que se derivaba de la asimetría entre el empresario, dueño del capital, y el trabajador, titular de su fuerza de trabajo. Así, mientras el empleador estaba en capacidad de imponer sus propias condiciones en el contrato en razón del desbalance entre la oferta y demanda de trabajadores, estos no tenían

más opción que someterse a ellas en atención a que su subsistencia y la de su familia dependían de la obtención de un trabajo remunerado.

Esta situación se hace crítica por la imposición de jornadas de trabajo excesivas y falta de condiciones mínimas de seguridad y salubridad en la prestación de los servicios. A esta situación se denominó la «cuestión social», que desde distintos sectores cuestionaba las condiciones de trabajo a la que eran sometidos los trabajadores.

Surgen así dos ideologías en relación con este fenómeno: el socialismo propugnado por Karl Marx, basado en la lucha de clases; y el socialcristianismo basado en la doctrina social de la Iglesia católica expuesta en la encíclica *Rerum Novarum* del papa León XIII, que ponía en el centro de la cuestión la reafirmación de principios éticos y religiosos en las relaciones de trabajo.

Las protestas sociales, las movilizaciones a través de organizaciones de trabajadores y el rechazo al *statu quo* fueron evidenciando que el sistema socioeconómico liberal era incapaz de dar una respuesta satisfactoria a la convulsión social que ya se avizoraba.

Se inicia entonces un movimiento que objetaba que las obligaciones que resultaban de una relación de trabajo quedasen sujetas a la libre decisión de las partes y, en cambio, va tomando cuerpo la exigencia de condiciones mínimas de empleo destinadas a compensar la desigualdad en la relación entre trabajadores y empleadores. Surge así la necesidad de la intervención del Estado, que sustituía la libre voluntad de las partes para dar paso a normas protectoras de obligatorio cumplimiento en el marco de una figura nueva: el contrato de trabajo.

En este libro abordaremos de manera sucinta los aspectos esenciales de la regulación peruana en materia del derecho individual del trabajo para el régimen laboral de la actividad privada. Hemos agrupado esos aspectos en tres capítulos: (i) el inicio de la relación de trabajo (formas de contratación de personal en el Perú); (ii) el desarrollo de la relación de trabajo; y, (iii) la extinción del contrato de trabajo.

CAPÍTULO 1

EL INICIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

En este capítulo brindaremos los apuntes básicos que permitan determinar cuándo estamos ante un contrato de trabajo —de manera de distinguirlo de una locación de servicios—, así como mecanismos de contratación de personal en el Perú —directa e indirecta—, algunos pactos típicos que se incluyen en los contratos de trabajo y las formas de contratación no laboral admitidas en nuestro ordenamiento.

1. EL CONTRATO DE TRABAJO

1.1. Elementos esenciales del contrato de trabajo

1.1.1. La prestación personal de servicios

El contrato de trabajo implica la puesta a disposición de la fuerza de trabajo de un individuo para que un tercero haga uso de ella bajo su dirección. Así, el trabajador presta sus servicios por cuenta ajena, esto es, por cuenta de su empleador. Estos servicios los debe ejecutar personalmente; esto es, sin delegarlos a una tercera persona.

Este es un elemento relevante para la identificación de la naturaleza jurídica de los servicios: si se contrata a una persona para ejecutar una tarea, pero esta puede ser realizada por un tercero, los servicios se encontrarán regidos por las normas propias del derecho civil. De ahí que en el ámbito

laboral la relación sea, *per se*, personalísima, habida cuenta de que el empleador contrata a la persona por sus cualidades personales y porque pretende que sea esta, —a quien evaluará durante el periodo de prueba— y no otra la que realice las actividades materia del contrato.

El elemento personal del contrato de trabajo ha sido reconocido por el artículo 5 de la LPCL, en el que expresamente se señala que para que los servicios puedan ser considerados de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa por el trabajador en su calidad de persona natural. La única excepción a esta regla está referida a aquellos casos en los que, por la naturaleza de las labores, sea usual el apoyo de familiares directos del trabajador.

1.1.2. La remuneración

El trabajador recibe una retribución económica por la prestación de sus servicios. A esta contraprestación se le denomina «remuneración», la cual puede otorgarse en dinero o en especie.

El artículo 6 de la LPCL ha otorgado un carácter omnicomprendido al concepto de remuneración, de modo que —en términos generales y con prescindencia de la denominación que se le otorgue— todo lo que percibe el trabajador como retribución de sus servicios califica como remuneración, sea en dinero o en especie, y siempre que sea de libre disposición.

Sin embargo, el concepto remuneración dista de ser unívoco, de manera que en todos los supuestos los mismos pagos sean considerados como remuneración para efectos de establecer la base de cálculo para determinadas prestaciones. A modo de ejemplo, las remuneraciones en efectivo y en especie —estas últimas debidamente justipreciadas— deben ser consideradas para establecer la remuneración computable para el pago de la CTS. No obstante, la remuneración en especie no es base de cálculo para establecer la remuneración sobre la cual se paga la contribución al sistema privado de pensiones.

A su vez, es importante precisar que existirán supuestos en los que el bien entregado al trabajador no necesariamente implica plena su

irrestricida disposición, pero sí el goce de una ventaja patrimonial o el ahorro en determinado gasto que correspondería asumir al trabajador y, por esta razón, dicho beneficio también calificará como remuneración. Por ejemplo, el pago de la membresía mensual a un gimnasio, aun cuando se otorgue con restricciones que limiten su libre disposición, como podría ser que el beneficio sea personal, intransferible y solo válido en determinada cadena de locales.

Veremos más adelante que existen conceptos a los que por mandato expreso de la ley se les ha privado de naturaleza remuneratoria, a pesar de que por su tipificación jurídica y doctrinaria correspondería atribuirles un carácter salarial. Lo relevante en este punto es destacar que la contraprestación que percibe el trabajador por la realización de su actividad es considerada como remuneración y que este es otro elemento esencial del contrato de trabajo.

1.1.3. La subordinación

La subordinación es el elemento diferenciador entre un contrato de trabajo y cualquier otra forma de contratación, en particular la locación de servicios, regida por el derecho civil.

Ojeda Avilés (2007) da cuenta de las diversas teorías que se han postulado para tipificar al vínculo laboral, desde la ajenidad de los frutos del trabajo, hasta la dependencia económica, pero ninguna de estas proporciona los elementos necesarios para diferenciar la contratación civil de la contratación laboral. Ojeda, por tanto, concluye que es la subordinación el elemento que realmente distingue al contrato de trabajo del arrendamiento o locación de servicios, toda vez que a través de este elemento se efectúa un control detallado sobre la prestación de servicios que ejecuta el trabajador y que incluso se extiende hasta su propio comportamiento.

La subordinación es entendida como la sujeción jurídica del trabajador al ejercicio de determinadas facultades por parte del empleador. Es precisamente por el estado de sujeción en el que se encuentra el trabajador

que el derecho del trabajo ha construido un andamiaje protector y pluridimensional en favor de la parte débil de la relación laboral. Así, el ordenamiento reconoce derechos indisponibles y por ende de imperativo cumplimiento, sean estos de origen heterónimo —normas legales— o de origen autónomo, conforme opera con las estipulaciones previstas en un convenio colectivo. Además, otorga rango constitucional al ejercicio de derechos individuales y colectivos —sindicalización, negociación colectiva y huelga— a la vez que organiza e implementa un aparato público de fiscalización del adecuado cumplimiento de los derechos laborales a través de las actuaciones de inspección.

De esta forma, subordinación y poder de dirección constituyen el anverso y reverso de una misma moneda, sobre cuya base, dentro de ciertos límites, el empleador goza de la potestad de dirigir, controlar y fiscalizar las labores que realizan los trabajadores e, incluso, sancionar las inconductas en las que incurran (art. 9 LPCL). Estas facultades, notoriamente, no pueden ser ejercidas en el marco de relaciones de naturaleza civil, donde ambas partes se relacionan en un plano de igualdad.

1.2. La vigencia del principio de primacía de la realidad o la presunción de laboralidad en el Perú

Cuando se verifica la existencia de los tres elementos esenciales descritos —prestación de servicios personal, remunerada y subordinada— se tipifica un contrato de trabajo, con prescindencia de la denominación que se le haya otorgado a la figura contractual e, incluso, a pesar de que las partes hayan estipulado expresamente que su naturaleza es civil. De esta manera, se aplica un concepto básico y transversal a toda la legislación laboral: el principio de primacía de la realidad, el que, como su nombre indica, alude a prevalencia de los hechos sobre las formas y documentos que se hayan celebrado.

Nuestro ordenamiento recoge este principio, el cual, aplicado a la configuración de un contrato de trabajo, establece que, presentes los referidos elementos esenciales, se presumirá no solo la existencia de un

contrato de trabajo, sino uno de naturaleza indeterminada, según el artículo 4 de la LPCL. Bajo los alcances de esta disposición, la carga de la prueba corría por parte de quien alegaba haber tenido la calidad de trabajador, quien debía acreditar que en su prestación de servicios se verificaba la existencia de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, y, en particular, la subordinación jurídica a quien señalase como su empleador.

Así, el inciso 1 del artículo 27 de la hoy derogada Ley Procesal del Trabajo, ley 26636¹, establecía expresamente esa carga probatoria. De esta manera, en el ámbito procesal, era el demandante quien tenía que demostrar su condición de trabajador y aportar todo el material probatorio necesario para acreditar no solo la prestación personal de servicios y la retribución percibida por estos, sino elementos de prueba —o por lo menos indicios suficientes— de que sus actividades se ejecutaban bajo la subordinación de quien era señalado como empleador.

Con base en ese esquema, la norma sustantiva (art. 4 LPCL) y la norma procesal (inc. 1 art. 27 ley 26636) guardaban plena coincidencia, toda vez que era necesario demostrar en juicio la prestación personal de servicios, la remuneración y la subordinación para que se considere acreditada la existencia de un contrato de trabajo.

La promulgación de nueva Ley Procesal del Trabajo² supuso un cambio en las reglas procesales al instaurarse la denominada presunción de laboralidad. Conforme a esta, el demandante solo requiere demostrar en juicio la prestación personal de servicios a favor de quien aquel señala como su empleador para que se presuma la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario (art. 23.2 ley 29497).

De esta manera se introdujo una presunción *iuris tantum* de la existencia de un contrato de trabajo y con ello se invirtió la carga de la

¹ Cabe precisar que aún existen procesos judiciales que se tramitan bajo esta norma procesal e incluso existen cortes superiores de justicia que todavía no han implementado la nueva Ley Procesal del Trabajo.

² Ley 29247, publicada el 15 de enero de 2010.

prueba hacia aquel que es señalado como empleador. Sobre la base de esta nueva regla procesal se ha producido una modificación tácita de la presunción establecida en la norma sustantiva. En efecto, mientras por un lado en la norma sustantiva se exige la verificación de los tres elementos esenciales (prestación personal, remuneración y subordinación), por otro, la norma procesal solo exige uno de estos (la prestación personal de servicios) para que se considere, en principio, acreditada la existencia de un contrato de trabajo.

Así, el que es sindicado como patrono debe acreditar que los servicios prestados no han sido subordinados. Podría estimarse que este esquema introduce en nuestras reglas procesales en materia laboral una suerte de prueba diabólica, es decir, la necesidad de probar hechos negativos o que no se han configurado. Empero, en rigor, ello no es así. Para demostrar que la relación que mantuvo con el demandante no ha sido de naturaleza laboral, el emplazado deberá acreditar en el proceso un hecho positivo; esto es, que los servicios que contrató con el demandante fueron realizados de manera independiente, sin estar sujeto a algún tipo de subordinación jurídica.

2. MECANISMOS DE CONTRATACIÓN DE PERSONAL EN EL PERÚ

Nuestro ordenamiento prevé dos formas de contratación de personal: (i) contratación directa, en la que existe una relación inmediata entre el empleador y el trabajador; y (ii) contratación indirecta, en la que opera un mecanismo de triangulación mediante el cual un tercero actúa como empleador para que los servicios sean prestados en el centro de trabajo de una empresa usuaria o principal.

En este apartado brindaremos los alcances indispensables a tener en cuenta en cada tipo de contratación.

2.1. Contratación directa: tipos de contratos de trabajo

2.1.1. Contrato indefinido

La duración del contrato de trabajo está directamente vinculada a la necesidad del empleador de contar con la mano de obra que requiere para realizar la actividad económica que desarrolla. Así, como quiera que se presume que esta actividad tiende a prolongarse indefinidamente en el tiempo, la contratación del personal debe, en principio, ser de plazo indefinido. Este criterio corresponde al denominado principio de continuidad de la relación laboral, pues a ser el contrato de trabajo uno de tracto de sucesivo, no se agota en con la ejecución de un determinado acto, sino que tiende a prolongarse en el tiempo (Plá Rodríguez, 1978).

De esta manera, por regla general, nuestra legislación ha establecido que la contratación de personal debe celebrarse de manera indefinida, lo que suele conceptuarse como estabilidad laboral de entrada; esto es, la preferencia de la contratación a plazo indefinido sobre la contratación temporal. De esta forma, la contratación temporal o a plazo determinado operará solo a título de excepción y con cargo a que medien causas justificadas.

De ahí que la contratación a plazo indefinido opere de manera libre —sin formalidades— y que una vez verificada la existencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo se presumirá la existencia de una contratación laboral a plazo indeterminado, lo cual constituye el contrato de trabajo típico. Inversamente, la contratación sujeta a plazo requiere acreditar la causa que lo justifique y se sujeta a determinadas formalidades de forma y fondo, lo cual constituye el contrato de trabajo atípico (Raso Delgue, 2009).

2.1.2. Contrato sujeto a modalidad

La contratación atípica determina la celebración de contratos sujetos a modalidad cuando existe causa objetiva que justifique la contratación temporal para cada modalidad contractual. En materia de forma, la

ley establece que deben celebrarse por escrito (art. 4 LPCL) y detallarse expresamente la causa que sustenta su celebración, su plazo y las demás condiciones de la relación laboral, siendo estos requisitos de validez de la contratación temporal (art. 72 LPCL). En lo relativo a su vigencia, la ley regula los plazos aplicables a cada modalidad contractual. Pueden celebrarse contratos bajo distintas modalidades con el mismo trabajador siempre que la causa se encuentre justificada y que en conjunto la duración máxima no supere los cinco años (art. 74 LPCL).

Dado que la contratación temporal opera a título de excepción, debe encontrarse debidamente causada. Así, debe encuadrarse en alguna de las nueve modalidades de contratación temporal legalmente establecidas o nominadas, a las que se agrega una cláusula abierta innominada, siempre que medie causa objetiva no tipificada en las modalidades nominadas.

Los contratos temporales de trabajo —o sujetos a modalidad— constituyen el mecanismo usual de contratación inicial en nuestro medio, más allá de que su efectiva adecuación a los supuestos previstos en la LPCL resulta en numerosos casos muy cuestionable, conforme dan cuenta múltiples fiscalizaciones llevadas a cabo por SUNAFIL o pronunciamientos judiciales sobre la desnaturalización en la que se ha incurrido en los casos concretos. No obstante, el sector empresarial sigue recurriendo a su uso masivo, lo que tendría su origen en el particular esquema de estabilidad laboral que opera en el país, conforme al cual la desvinculación individual o el cese colectivo enfrentan serias dificultades, según analizaremos en el capítulo 3. De ahí que, en los hechos, los empleadores vienen utilizando los contratos temporales como una válvula de escape a dicha situación.

Los contratos sujetos a modalidad han sido calificados en la LPCL como: (i) contratos de naturaleza temporal; (ii) contratos de naturaleza accidental; y (iii) contratos de obra o servicio.

2.1.2.1. Contratación de naturaleza temporal

Por inicio o lanzamiento de nueva actividad

Se admite la contratación temporal cuando se produce el inicio o lanzamiento de una nueva actividad. Así, por inicio de actividad se entiende al comienzo mismo de las actividades operativas de la empresa, la apertura de nuevos establecimientos, el ingreso a nuevos mercados e, incluso, el incremento de las actividades ya existentes en la empresa. La duración máxima de este tipo de contrato de trabajo es de tres años (art. 57 LPCL).

Respecto a la duración de este contrato debe acotarse que frecuentemente se confunde la interpretación del inicio del plazo de duración del contrato. En efecto, el plazo de tres años debe computarse desde que se configura el hecho objetivo previsto en la norma y no desde que el trabajador ingresa a la empresa. En otras palabras, resultará válido recurrir a esta modalidad de contratación temporal mientras subsista o se mantenga vigente la respectiva causa objetiva y solo hasta un máximo de tres años.

Así, por ejemplo, si el primero de enero de 2014 una empresa abrió un nuevo establecimiento, podría contratar personal bajo la modalidad de inicio de actividades hasta el día 31 de diciembre de 2016 como máximo. Por tanto, si el primero de enero de 2016 la empresa contrató personal para que preste sus servicios en el nuevo establecimiento, la temporalidad solo estaría justificada hasta el 31 de diciembre de 2016, y no con posterioridad. Empero, podría continuar utilizándose este tipo de contrato si en la empresa se verifica la existencia de otra causa objetiva que lo justifique o, inclusive, recurrir a otra modalidad de contrato de trabajo de cumplir con los requisitos establecidos por ley.

Por necesidades del mercado

Pueden celebrarse contratos sujetos a la modalidad de necesidades del mercado cuando sea necesario atender variaciones sustanciales de la demanda en el mercado, aun cuando se trate de las actividades ordinarias

de la empresa, pero que no pueden ser atendidas por su personal permanente (art. 58 LPCL).

Nuestra legislación exige que dicho incremento sea temporal e imprevisible del ciclo normal de la producción de la empresa, con excepción de los incrementos cíclicos o estacionarios. Se permite la utilización de este contrato hasta por un plazo máximo de cinco años.

El TC ha reiterado que en este tipo de contratos debe verificarse el elemento de imprevisibilidad, vale decir, que el incremento de las actividades no era posible de prever debido a una situación del mercado completamente ajena a una común proyección empresarial del empleador³.

La principal diferencia entre el incremento de actividades que puede sustentar un contrato por inicio o incremento de actividad y el que justifica el contrato por necesidades del mercado radica en que, en el primero, el incremento responde a una decisión o proyección interna de la empresa; en cambio, en el segundo, estamos ante un incremento que no depende de la empresa, sino de una situación externa y coyuntural de carácter imprevisible.

Ahora bien, es difícil sustentar con un mínimo de rigor que un incremento temporal, coyuntural e imprevisible de las necesidades de producción puedan justificar una contratación temporal por un plazo de hasta de cinco años. Cabe tener en cuenta que el texto original de la LPCL previó que esta modalidad contractual debía tener un plazo máximo de seis meses; vale decir, un plazo que resultaba consistente con la imprevisibilidad y la naturaleza coyuntural que sustenta esta modalidad contractual. No obstante, cuando se produjo la modificación del texto original de la LPCL mediante la ley 26513 se introdujo la extensión de este plazo a cinco años, con lo cual se afectó su razonabilidad y coherencia, error que se mantiene inalterable hasta el presente.

³ STC 00232-2010-PA/TC.

Por reconversión empresarial

Este tipo de contrato está previsto para los supuestos de sustitución, ampliación o modificación de las actividades de la empresa, o cuando se implemente un proceso de carácter tecnológico que implique la implementación de nuevas maquinarias, equipos, instalaciones, tecnologías, entre otras. Su plazo máximo es de dos años (art. 59 LPCL).

A diferencia de los dos supuestos ya descritos, esta modalidad contractual no ha sido profusamente utilizada, eventualmente porque los procesos de reingeniería de las actividades productivas de la empresa —en los que esta modalidad podría resultar nítidamente configurada— suelen plantearse como uno de sus objetivos la racionalización del personal antes que la contratación de personal temporal adicional.

2.1.2.2. Contratación de naturaleza accidental

Contrato ocasional

Este contrato responde a necesidades transitorias de la empresa distintas de las actividades productivas habituales que esta desarrolla. Su duración máxima es de seis meses al año (art. 60 LPCL).

A modo de ejemplo, una empresa dedicada exclusivamente a la fabricación de calzado escolar recibe un pedido de botas mineras, esto es, de productos que no corresponden a su producción ordinaria y para los cuales resulta necesario que contrate al personal adicional requerido para atender dicho pedido.

Contrato de suplencia

Este contrato está destinado al reemplazo temporal de un trabajador incurso en un supuesto de suspensión de su contrato de trabajo. La duración del contrato será la que resulte necesaria según las circunstancias (art. 61 LPCL).

Así, presupone la existencia de un trabajador suplente y un trabajador suplido, de modo tal que la relación de trabajo del suplente se mantenga

durante el periodo que se prolongue la suspensión del contrato de trabajo del suplido.

De igual manera, se podrá utilizar esta modalidad contractual cuando un trabajador estable, por razones de orden administrativo, deba desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo.

Un típico ejemplo de utilización de este contrato se verifica en los casos de licencias por descansos pre y posnatal.

Contrato de emergencia

En este supuesto la contratación temporal se justifica por la necesidad de atender una situación de caso fortuito o fuerza mayor. Su duración está vinculada a la duración de la emergencia (art. 62 LPCL).

Es el caso, por ejemplo, de un centro de trabajo que ha sufrido una inundación y por lo tanto requiere contratar trabajadores destinados a recuperar la capacidad productiva de la empresa.

2.1.2.3. Contratos para obra o servicio

Contrato para obra determinada o servicio específico

Este tipo de contrato faculta la contratación temporal por el tiempo que sea necesario para la culminación de una obra o servicio específico. Su duración está vinculada a la terminación de la obra o servicio (art. 63 LPCL).

A modo de ejemplo, es el caso de la contratación de un programador de sistemas a cargo de implementar un sistema uniforme de registro y archivo de documentación contable en la empresa. O la contratación de personal destinado a instalar paneles eléctricos en una planta fabril.

Cabe mencionar el criterio sostenido en las casaciones 009-2004-Lima y 1004-2004-Tacna, que han estimado que este plazo puede extenderse hasta por ocho años. Entendemos que el criterio en mención ha pretendido salir al frente de quienes han estimado que como quiera que la acotada norma establece que la duración de esta modalidad contractual está vinculada a la terminación de la obra o servicio, renuevan el contrato

una y otra vez por periodos particularmente extensos. Así, los fallos en mención apuntarían a poner coto a esta situación.

Ahora bien, y más allá de nuestra opinión sobre las particularidades de nuestro régimen laboral, en particular en materia de estabilidad laboral —sobre lo que volveremos más adelante—, creemos que un análisis sistemático de nuestro ordenamiento vigente nos debe llevar a concluir que al tratarse de un régimen de excepción no cabría una interpretación por la cual un contrato temporal pueda ser objeto de continuas renovaciones al extremo de tornar en permanente la temporalidad. Así, si bien la duración de este contrato se encuentra vinculada a la duración de la obra, estimamos que esta debe estar sujeta al plazo máximo de contratación modal previsto en el artículo 74 de la LPCL; es decir, cinco años, norma común aplicable al cómputo conjunto de todos los contratos modales.

A su vez, suele considerarse que esta modalidad contractual se encuentra adecuadamente tipificada si el contrato especifica el detalle de las actividades o responsabilidades encomendadas, no obstante que lo que se requiere precisar es que las labores son temporales porque tienen un inicio y un fin, o son materia de un encargo concreto pasible de ser medido, como sucede con los ejemplos que hemos indicado anteriormente.

Contrato intermitente

Este contrato está previsto para la contratación de personal destinado a la ejecución de actividades permanentes que son discontinuas por su naturaleza. En estricto, no se trata de un contrato temporal, puesto que la necesidad es permanente.

A modo de ejemplo, es el caso del profesor de un curso que solo se dicta en un semestre del año.

El trabajador goza de un derecho preferencial para su recontractación, lo cual puede pactarse en el contrato primigenio (art. 64 LPCL). El empleador debe notificar al trabajador sobre el reinicio de las actividades productivas y el trabajador debe hacer valer su derecho preferencial para la readmisión dentro de los cinco días de notificado (art. 79 RLPCL).

Debido a que propiamente este es un contrato de naturaleza permanente, no se incurriría en causal de desnaturalización de este por exceso del plazo de cinco años, lo que ha sido ya reconocido por el TC⁴.

Contrato de temporada

Este contrato tiene por objeto que el empresario y el trabajador acuerden que este último atienda necesidades propias del giro de la empresa que se cumplen solo en determinadas épocas del año y tienden a repetirse en periodos equivalentes en cada ciclo (arts. 67 a 71 LPCL).

Verbigracia, es el caso de las labores agrícolas que solo se realizan en época de lluvias o en establecimientos comerciales que solo operan durante el verano en las zonas de playas.

Igualmente, en este supuesto se genera un derecho de preferencia para la recontractación para las temporadas siguientes si el trabajador es contratado durante dos temporadas seguidas o tres alternadas.

2.1.2.4. De los otros contratos sujetos a modalidad

Nuestra legislación no ha establecido un sistema *numerus clausus* para los contratos sujetos a modalidad. Por el contrario, el artículo 82 de la LPCL ha previsto que puede utilizarse cualquier otro contrato sujeto a modalidad innominado, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que deba prestarse. Un ejemplo podría verificarse en la contratación de personal durante el periodo de cierre de una empresa, pues, por lo general, se siguen realizando diversas actividades administrativas conforme va avanzando el proceso de liquidación definitiva de la empresa.

2.1.2.5. Desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad

La ley ha señalado diversos supuestos de desnaturalización de la contratación sujeta a modalidad que una vez configurados determinan

⁴ Fundamento jurídico 2 de la sentencia recaída en el Exp. 01209-2011-AA/TC.

que el personal contratado a plazo temporal sea considerado a plazo indefinido (art. 77 LPCL).

Así, pues, se desnaturalizan los contratos sujetos a modalidad cuando (i) el trabajador continúa laborando luego de la fecha de vencimiento del plazo señalado en su contrato de trabajo o de sus prórrogas, o si éstas últimas exceden el plazo máximo establecido para la respectiva modalidad; (ii) el trabajador continúa laborando luego de concluida la obra determinada o el servicio específico, o continúa laborando sin que se haya producido la renovación del contrato; (iii) el titular del puesto sustituido no se reincorpora luego de vencido el término del plazo legal o convencional y el suplente continúa laborando; (iv) por simulación o fraude a la ley, lo cual se produce cuando no existe causa objetiva que sustente la contratación temporal.

Del mismo modo, no podrá contratarse a plazo fijo o utilizarse un contrato sujeto a modalidad respecto de trabajadores que hayan contado con un contrato a plazo indefinido, salvo que haya transcurrido un año desde la terminación de su vínculo a plazo indeterminado (art. 78 LPCL).

2.1.2.6. Derechos y beneficios

Los trabajadores con contratos sujetos a modalidad gozan de los mismos derechos establecidos por ley, pacto o costumbre aplicables a los trabajadores contratados a plazo indeterminado y a la estabilidad laboral durante el plazo de su contrato una vez superado el periodo de prueba.

2.1.3. Contratación a tiempo parcial

El trabajo a tiempo parcial está referido a toda aquella actividad que debe ejecutarse en una jornada reducida, esto es, menor al máximo legal o a la jornada ordinaria vigente en la empresa, sin perjuicio de que nuestro ordenamiento ha establecido que la jornada debe alcanzar un mínimo de cuatro horas diarias en promedio como requisito para gozar de determinados beneficios laborales.

Así, pues, existirán trabajadores a tiempo parcial que tendrán derechos reducidos o simplemente no gozarán algunos derechos; en cambio, existirán otros que gozarán de todos sus derechos como si se tratara de trabajadores que prestan servicios a jornada completa. Solamente para los primeros nuestra legislación ha establecido algunas formalidades.

En efecto, el artículo 4 de la LPCL establece expresamente que «[...] también pueden celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna». De este artículo se advierte que la contratación a tiempo parcial exige la forma escrita, sin que resulte necesario justificar una causa objetiva para esta opción. Una segunda formalidad aplicable consiste en que el respectivo contrato debe ser puesto en conocimiento de la Autoridad de Trabajo (art. 13 RLPCL⁵).

Esta formalidad de registro, como la que concierne a los contratos de teletrabajo que se verán en el siguiente acápite, resulta claramente desfasada luego de que, en aras de la simplificación administrativa, se eliminase la obligación de registrar los contratos sujetos a modalidad ante la autoridad administrativa de trabajo (DL 1246).

No obstante, hasta aquí no puede precisarse a qué tipo de contrato a tiempo parcial se está refiriendo la ley. Para ello, debemos remitirnos a lo que prevé el artículo 22 de la LPCL, el cual señala que para el despido de un trabajador que labore cuatro o más horas diarias de trabajo para un mismo empleador será necesaria la existencia de una causa justa prevista en la ley y debidamente comprobada. *Contrario sensu*, si un trabajador labora

⁵ La referencia al RLPCL exige determinadas precisiones. En rigor, el referido reglamento es el del decreto legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo. Sin embargo, con la promulgación del decreto legislativo 855 se dispuso la separación de la Ley de Fomento del Empleo en dos textos normativos, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) y la Ley de Formación y Promoción Laboral. Ello hacía necesario separar igualmente en dos textos el reglamento a fin de mantener consistencia entre ambas normas, reordenándose la referencia a la numeración de los correspondientes artículos. Ello no se ha producido hasta el presente, por lo que la concordancia entre la LPCL y el reglamento solo puede efectuarse por la referencia a la materia.

menos de las horas indicadas, no gozará de protección ante el despido sin causa justificada, es decir, no tendrá derecho a la estabilidad laboral.

El artículo 11 del RLPCL señala: «Los trabajadores a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor». En tal virtud, aquellos empleadores que contraten personal para que laboren una jornada inferior a cuatro horas deberán cumplir con las dos formalidades antes señaladas.

Ahora bien, para determinar si se cumple o no con el requisito de cuatro o más horas diarias de labor, el artículo 12 del RLPCL establece la siguiente pauta: «Se considera cumplido el requisito de cuatro (4) horas en los casos en la jornada semanal del trabajador dividida entre seis (6) o cinco (días), según corresponda, resulte en promedio no menor de cuatro (4) horas diarias».

Esta disposición ha generado diversas interpretaciones. Así, se ha estimado que la referencia a «según corresponda» implica dividir: (i) el total de horas de jornada del trabajador entre los días de jornada que el mismo trabajador cumple en la semana⁶; o (ii) dividir el total de horas entre los días de trabajo que se labora en el centro de trabajo.

Bajo la primera interpretación, si el trabajador labora ocho horas diarias durante los dos primeros días de la semana, y siete horas y media el tercer día, completando 23 horas y 30 minutos durante la semana, se podría considerar que cumple una jornada a tiempo completo, pues, en promedio, laboraría más de cuatro horas diarias en cada uno de los tres días de su jornada semanal. No compartimos esta interpretación y más bien, nos inclinamos por la segunda.

En efecto, el artículo 12 del RLPCL debe leerse sistemáticamente con el artículo 4 de la LPCL, pues el objeto de la norma no es limitar la contratación a tiempo parcial. De este modo, bajo la primera interpretación, podría llegarse al extremo de concluir que a un trabajador

⁶ Según la Casación Laboral 18749-2016-Lima.

que labore 8 horas en un solo día a la semana también le corresponderían todos los beneficios previstos en el régimen laboral de la actividad privada para quienes laboran a jornada completa. Por consiguiente, estimamos que la segunda interpretación es la adecuada, vale decir, que debe dividirse el total de horas laboradas durante la semana por el trabajador entre los días de trabajo que correspondan a la jornada ordinaria del centro de trabajo, ya sea que se trate de cinco o seis días a la semana.

Bajo esta operación aritmética, se determinará si el trabajador labora a jornada completa o a tiempo parcial. En este último supuesto le corresponderá un derecho vacacional reducido (seis días conforme al Convenio OIT 52, ratificado por el Perú); descanso semanal (de manera que cuente con un mínimo de 24 horas de descanso a la semana); descanso remunerado en los feriados no laborables; gratificaciones de julio y diciembre; asignación familiar; seguro de vida ley; seguridad y salud en el trabajo; contribuciones, retenciones y derechos derivados de la seguridad social en materia de salud y pensiones; libertad sindical; y, pago proporcional de la remuneración mínima vital y de la participación en las utilidades (en función a las horas trabajadas).

Dicho en otros términos, le corresponderán todos los beneficios que prevé el régimen laboral de la actividad privada —algunos de ellos reconocidos de manera proporcional—, incluido el acceso a mecanismos procesales (administrativos y judiciales) de defensa. Sin embargo, no le asistirá el derecho a aquellos beneficios para los cuales es requisito cumplir con una jornada mínima de cuatro horas diarias, esto es, estabilidad laboral y compensación por tiempo de servicios.

La jornada a tiempo parcial permite una dosis de flexibilidad en el manejo de las relaciones laborales y permite atender necesidades específicas, tanto de las empresas como de los trabajadores. Así, centros de trabajo que solo operan determinados días de la semana o solo durante unas pocas horas del día (por ejemplo, restaurantes campestres, aerolíneas con pocas frecuencias semanales y que solo requieren agentes de aeropuerto por unas cuantas horas durante ciertos días) o trabajadores con ocupaciones

adicionales a las laborales (estudios, necesidades familiares, etcétera) encuentran en la prestación de servicios a tiempo parcial una forma de conciliar situaciones particulares.

2.1.4. Teletrabajo

El teletrabajo se encuentra regulado en nuestro país por la ley 30036 y su reglamento, aprobado por el decreto supremo 017-2015-TR, que lo definen como una forma de prestación de servicios en la que, mediante el uso de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC), no se requiere la presencia física del trabajador en el centro de trabajo. Así, el empleador efectúa la supervisión y la fiscalización de las actividades del teletrabajador a través de las TIC.

Uno de los principios esenciales del teletrabajo es su carácter voluntario y reversible. En efecto, el teletrabajo está condicionado al acuerdo de partes, por lo que ninguna parte puede imponerlo a la otra, sin perjuicio que esta modalidad no puede ser utilizada con el objeto de disminuir o afectar los derechos y beneficios del trabajador⁷. El teletrabajo puede convenirse a plazo determinado o indeterminado.

A su vez, la reversibilidad del teletrabajo puede efectuarse: (i) por acuerdo entre el trabajador y el empleador; (ii) por decisión unilateral del empleador en uso de facultad directriz, debiendo sustentar las razones por las cuales el teletrabajo no cumplió con las expectativas u objetivos trazados; o (iii) por decisión del teletrabajador, pero el empleador podrá negar la reversión en uso de su facultad directriz, debiendo sustentar por escrito las razones por las que rechaza la solicitud.

El contrato de teletrabajo se sujeta a una formalidad específica, vale decir, debe celebrarse por escrito y ser registrado ante la autoridad administrativa de trabajo. En el contrato deben indicarse expresamente los medios informáticos o TIC que se utilizarán para la prestación del servicio, y si estos serán asumidos por el empleador o por el trabajador.

⁷ Artículo 4 del decreto supremo 017-2015-TR.

En este último supuesto, debe pactarse la forma en la que el empleador procederá a reembolsar o asumir los gastos por su utilización, la jornada de trabajo aplicable, la forma cómo se realizará la supervisión y fiscalización de las actividades del teletrabajador, entre otros.

Resulta de particular importancia estipular con precisión las condiciones a las que se sujetará el teletrabajo, de manera que el teletrabajador pueda diferenciar sus actividades laborales de sus actividades personales, sin que las primeras se entremezclen con las segundas o la utilización de las TIC constituya una injerencia ilegítima en su intimidad personal y familiar.

Por esta razón, nuestra legislación ha puesto énfasis en que los teletrabajadores gozan de igualdad de derechos que los trabajadores que ejecutan sus actividades dentro del centro de trabajo, tales como seguridad y salud en el trabajo o libertad sindical, entre otros. La única diferencia radicará en la obligación de concurrir al centro de trabajo⁸.

Finalmente, el teletrabajador podrá cuestionar u objetar la modalidad del teletrabajo mediante cualquiera de los mecanismos procesales (administrativos y judiciales) que la ley prevé, es decir, formulando una denuncia ante la SUNAFIL o iniciando un proceso judicial en la vía respectiva.

El teletrabajo se perfila como una modalidad de utilización creciente, impulsada por la necesidad del trabajador de conciliar su vida familiar con su vida laboral, o evitar traslados entre la vivienda y el centro de trabajo en ciudades de grave congestión vehicular y serio déficit de transporte público, así como para enfrentar los elevados costos que implica el crecimiento de la infraestructura del centro de trabajo. Sin embargo, es claro que el teletrabajo resulta factible para determinados puestos de trabajo y no para otros y que está aún por determinarse si el trabajo en aislamiento que implica este régimen conlleva perjuicios para la salud psicológica del trabajador.

⁸ Artículo 5 de la ley 30036 y artículo 6 del decreto supremo 017-2015-TR.

2.2. Contratación indirecta

Se entiende que existe una contratación indirecta del personal si entre el trabajador que ejecuta el servicio y la empresa que se beneficia del mismo existe un tercero, que tiene la calidad de empleador directo de dicho personal. Así, y dependiendo de si el beneficiario solo pretende la provisión de personal o la prestación de un servicio, estaremos frente a una intermediación laboral o una tercerización de servicios. Dicho en otros términos, en la intermediación laboral predomina la provisión de mano de obra, mientras que en la tercerización con destaque de personal —que es la que tiene relevancia para efectos laborales— encontramos a una empresa operando dentro de las instalaciones de otra, con todos sus atributos, esto es, recursos financieros, técnicos y materiales, en el que la mano de obra es solo uno de los componentes del servicio que se brinda.

2.2.1. *Intermediación laboral*

En la figura de la intermediación laboral participan tres actores: (i) el trabajador, (ii) la intermediaria y (iii) el usuario del servicio. Tradicionalmente, la intermediaria ha estado constituida por agencias de empleo destinadas a la colocación de trabajadores en determinados puestos de trabajo.

El usuario de este servicio recurría al intermediario para que este le proporcione trabajadores a ser destacados a sus instalaciones para que cumplan con determinado servicio. En este esquema, el empleador del personal es el intermediario y el usuario tiene la potestad de dirigir la actividad del personal que le ha sido destacado.

Sin embargo, este esquema de contratación podría alentar la evasión de la contratación directa y hacer impracticable el ejercicio de derechos fundamentales de los trabajadores. Como hemos indicado en otro lugar, debe evitarse que los trabajadores sean destacados en las empresas usuarias como «trabajadores de segunda categoría», lo cual podría vulnerar su derecho a la igualdad y a la no discriminación. Por esta razón, resultaba

necesario limitar la utilización irrestricta de la intermediación laboral, y de ahí que nuestro sistema prevé límites porcentuales y establece expresamente los supuestos para los cuales es factible recurrir a la intermediación laboral. De otro modo, podrían resultar afectados no solo derechos individuales sino incluso aquellos de naturaleza colectiva, habida cuenta de que los trabajadores intermediados —usualmente contratados a plazo fijo en función al plazo del contrato celebrado entre la empresa usuaria y la empresa de intermediación laboral— difícilmente ejercen su derecho a la libertad sindical (Ferro Delgado, 2001).

Inicialmente, a través del texto original de la LPCL, se estableció que la intermediación laboral solo podría brindarse a través de empresas de servicios temporales y empresas de servicios complementarios debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Posteriormente, se promulga la ley 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y las cooperativas de trabajadores (en adelante Ley de intermediación laboral), en la que se establecen requisitos de forma y de fondo que regulan esta modalidad de contratación⁹.

Así, en su artículo 1 se estableció expresamente que el objeto de la norma era «[...] regular la intermediación laboral del régimen laboral de la actividad privada, así como cautelar adecuadamente los derechos de los trabajadores». De esta forma, se previó que solo podrían prestar servicios de intermediación laboral aquellas empresas que se constituyan como tales de acuerdo a la Ley general de sociedades, o las cooperativas de trabajadores de acuerdo a la Ley de cooperativas.

Asimismo, se dispuso que la intermediación laboral solo procederá en los supuestos de temporalidad, complementariedad y especialización, y se

⁹ Las cooperativas de trabajadores en las que el único capital con el que cuentan está constituido por la fuerza de trabajo de sus integrantes que son destacados a prestar servicios en empresas, no son, en opinión de quien escribe, sino encubrimientos de relaciones labores directas, que proliferaron intensamente en nuestro medio hasta que la ley 27626 puso coto a esta gruesa distorsión de las relaciones laborales en nuestro país (Ferro Delgado, 2001).

prohíbe expresamente su utilización para la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria (art. 3). Sin embargo, fue recién con la publicación del reglamento de la Ley de intermediación laboral, aprobado por decreto supremo 003-2002-TR, que se precisó qué debía entenderse por actividad principal, actividad complementaria y actividad de alta especialización¹⁰.

Se definió a la actividad principal como aquella que comprende a todas las actividades que forman parte del proceso o ciclo productivo de la empresa usuaria, incluyendo aquellas sin cuya ejecución se alteraría u obstaculizaría su desarrollo. Como puede apreciarse, se estableció una especie de cláusula abierta para que en cada caso concreto pudiera determinarse si para una particular empresa usuaria una actividad califica como actividad principal o complementaria.

Por su parte, se delimitó a la actividad complementaria como toda aquella actividad que no resulta consustancial al ciclo productivo o core business de la empresa usuaria, y cuya ausencia o inejecución no interrumpe la actividad principal, tales como la vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza. Se parte así del supuesto de que se trata de actividades que no resultan indispensables para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria.

Respecto a las actividades de alta especialización, el reglamento señaló que son aquellas actividades auxiliares, secundarias o no vinculadas a la actividad principal, que requieren un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, y se precisa como ejemplos a las actividades de mantenimiento y saneamiento especializados.

La intermediación laboral podría ser mal utilizada y afectar, como ya se adelantó, el ejercicio de derechos colectivos; de ahí que se haya establecido que será nula la intermediación que tenga por objeto o efecto la vulneración de los derechos colectivos de los trabajadores¹¹.

¹⁰ Artículo 1 del decreto supremo 003-2002-TR.

¹¹ Artículo 4 ley 27626.

La infracción a los supuestos habilitantes para la utilización de la intermediación laboral determina que se entienda que el personal que ha sido destacado a la empresa usuaria cuenta con un vínculo laboral directo con esta última¹².

A continuación, analizaremos brevemente cada forma de intermediación laboral, así como los requisitos cualitativos y cuantitativos aplicables a dichas modalidades.

2.2.1.1. Intermediación laboral de actividades temporales

Como ya señalamos, la ley prohibió expresamente la utilización de este mecanismo de contratación laboral para cubrir la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria. *Contrario sensu*, podría entenderse que existe una autorización para utilizar la intermediación laboral para actividades principales temporales. Sin embargo, la ley elimina esa posibilidad¹³ al establecer que solo podría admitirse este mecanismo de contratación indirecta de personal en caso se verifique: (i) la necesidad transitoria de atender necesidades accidentales u ocasionales distintas a la actividad habitual de la empresa, durante un periodo no mayor a seis meses en el año; y (ii) la necesidad reemplazar al titular de un puesto con el contrato de trabajo suspendido, previstos en el título II de la LPCL (los cuales hemos tratado en el punto 2.1.2.2 del presente capítulo, referido al contrato ocasional y al contrato de suplencia, dentro de la contratación de naturaleza accidental).

De esta manera, nuestra legislación acotó el requisito cualitativo que habilita la intermediación laboral de actividades temporales y, con ello, preservó la eficiencia que el régimen pretende. Pongamos, por ejemplo, la necesidad de reemplazar a una asistente administrativa que debe salir de descanso pre y posnatal. La empresa tendría que recurrir a un proceso de selección y contratación del reemplazo y seguidamente proceder a su

¹² Artículo 5 ley 27626 y artículo 14 del decreto supremo 003-2002-TR.

¹³ Artículo 11.5 ley 27626 y art. 11.1 de la Ley de intermediación laboral.

entrenamiento conforme a los requisitos del puesto. Para el momento en que esta persona se encuentre debidamente capacitada para el adecuado cumplimiento de sus labores es previsible que se encuentre próxima la conclusión de la suspensión del contrato de trabajo de la titular del puesto. De ahí que sea más eficiente y productivo que la empresa usuaria recurra a una empresa de intermediación laboral que ya cuente con personal calificado y experimentado en dichas labores y en aptitud de incorporarse de inmediato a cubrir la ausencia, lo que al obviar el proceso de reclutamiento y selección hace más eficaz el proceso de reemplazo requerido por la empresa.

Sin embargo, es un error frecuente estimar que es válido recurrir a esta modalidad de intermediación para cubrir las necesidades temporales de trabajadores en la empresa usuaria, por ejemplo, para ejecutar algún proyecto o servicio específico o para atender un requerimiento de mayor personal durante determinada época del año. Como ya se adelantó, la intermediación laboral de servicios temporales solo opera respecto de labores ocasionales tal como están definidas en la LPCL o labores de suplencia.

Ahora bien, en la intermediación laboral de actividades temporales el personal destacado a las instalaciones de la empresa usuaria se encontrará bajo el poder de dirección de esta última. Con ello se verifica lo que comentábamos al inicio de este apartado, esto es, que se producirá una suerte de poder de dirección compartido entre la empresa de intermediación laboral de servicios temporales, en la que se encuentra registrado el trabajador destacado, y la empresa usuaria, que, en los hechos, dirigirá la actividad del trabajador. No obstante, este ejercicio compartido del poder de dirección no constituye una causal de desnaturalización de la intermediación laboral, pues resulta consustancial a la naturaleza de estos servicios, además de corresponder al esquema que prevé la ley.

De otro lado, la ley prevé requisitos cuantitativos, pues señala que en este supuesto de intermediación laboral el número de trabajadores destacados no podrá superar el 20% del total de trabajadores de la empresa

usuaria (art. 6 ley 27626). La infracción a este porcentaje limitativo también constituye una causal de desnaturalización de la intermediación laboral (art. 14 DS 003-2002-TR).

2.2.1.2. Intermediación laboral de actividades complementarias

Como ya se ha adelantado, nuestra legislación permite la intermediación laboral para la realización de actividades complementarias de las empresas usuarias; es decir, para aquellas funciones que no resultan inherentes a su proceso productivo y cuya inejecución no impide el desarrollo de la actividad principal. En el reglamento de la Ley de intermediación laboral se señalan diversos ejemplos de actividades complementarias, tales como vigilancia, seguridad, reparaciones, mantenimiento y limpieza.

Este supuesto de intermediación laboral es considerado por un sector de la doctrina nacional como una forma de tercerización o subcontratación de servicios. Se señala incluso que en la provisión de servicios complementarios no se produce el desdoblamiento del poder de dirección del empleador, y en tal virtud debería encuadrarse en la tercerización de servicios y no en la figura de la intermediación laboral (Villavicencio Ríos, 2004).

En efecto, tal podría haber sido la opción legislativa, pero nuestro ordenamiento ha optado por considerar que cabe la posibilidad de que opere un poder de dirección compartido —como es frecuente constatar en los servicios de limpieza— y en ese contexto establece que resultará de aplicación el porcentaje limitativo del 20% previsto en el artículo 6 de la Ley de intermediación laboral. Entendemos que la razón de esta limitación se basa en el hecho de que, si la empresa usuaria está ejerciendo su poder de dirección sobre los trabajadores intermediados, estaría operando una suerte de reemplazo de trabajadores que podrían ser propios de la empresa usuaria. De ahí que el legislador haya preferido limitar ese supuesto mediante el límite del 20% en referencia. Inversamente, si la empresa de intermediación laboral de servicios complementarios opera con plena autonomía técnica y responsabilidad por el desarrollo de sus labores, no se

estaríamos ante el escenario de sustitución de personal propio de la empresa usuaria y por ende no resultaría necesaria la limitación porcentual del 20%.

Puede estimarse que este último supuesto debe corresponder más bien a una tercerización de servicios o, como señala Renato Mejía Madrid, una «tercerización blanda» (2014, pp. 102-103), pero cabe recordar que a la fecha de promulgación de la Ley de intermediación laboral se carecía de una legislación que regulara integralmente la tercerización de servicios, lo que recién se produciría con la promulgación de la ley 29245.

En síntesis, en la intermediación laboral de actividades complementarias (i) no se aplica el porcentaje limitativo si la empresa asume plena autonomía técnica y responsabilidad en la ejecución de las actividades; y (ii) se aplica el porcentaje limitativo si la empresa de intermediación se limita a proporcionar personal a la empresa usuaria cuya dirección es asumida en parte por esta última.

En este sentido, cuando el reglamento de la Ley de intermediación laboral define a la intermediación laboral de servicios complementarios, estimamos que ha optado por un esquema que no se ajusta al establecido en la ley y, por ende, carece de legalidad. En efecto, el artículo 1 del reglamento ha equiparado la intermediación laboral de actividades complementarias con la de las actividades de alta especialización en los siguientes términos: «Consiste en prestar servicios complementarios o especializados por una persona jurídica, que destaca a su personal a una empresa usuaria, para desarrollar labores complementarias o altamente especializadas, en las que esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado». Así, el reglamento ha obviado el distingo previsto en la ley respecto a la aplicación o no del límite porcentual del 20% que hemos comentado, según los servicios sean prestados bajo el poder de dirección compartido con la empresa usuaria o con autonomía técnica por parte de la empresa de intermediación de servicios complementarios. Por su parte, en la empresa de intermediación de servicios especializados, por su propia naturaleza, no cabe que la empresa usuaria ejerza su poder de dirección (art. 11.3 ley 27626). De ahí que el reglamento yerre al equiparar

dos tipos de intermediación laboral a los que la ley no había concedido igual tratamiento.

Finalmente, se ha sostenido que las actividades complementarias señaladas en el reglamento de la Ley de intermediación laboral deben entenderse como un listado cerrado, de modo tal que se elimine la dicotomía de determinar cuándo estamos o no ante una intermediación laboral de actividades complementarias o una tercerización de actividades complementarias (Mejía Madrid, 2014).

No compartimos esta tesis, pues el análisis de la complementariedad de una actividad dependerá del caso concreto, vale decir, de las actividades que califiquen como principales o inherentes al proceso productivo que realice la empresa usuaria. Por ejemplo, para una empresa que se dedica a prestar servicios de vigilancia resulta evidente que la vigilancia constituye su actividad principal, sin perjuicio de que esta haya sido calificada como complementaria en el reglamento de la Ley de intermediación laboral. El mismo criterio se aplicaría en el caso de una empresa de mensajería externa.

2.2.1.3. Intermediación laboral de actividades altamente especializadas

Sobre este tipo de intermediación laboral no cabe sino compartir lo señalado por los autores antes citados (Villavicencio Ríos, 2004; Mejía Madrid, 2014), pues, en rigor, no se estaría ante una mera provisión de mano de obra. Por el contrario, como ya se ha adelantado, la Ley de intermediación laboral ha señalado expresamente que en este caso la empresa usuaria carece de facultades de dirección y control sobre dicho personal (art. 11 ley 27626), las cuales recaen exclusivamente en el contratista.

Por esta razón, podría estimarse que una vez promulgada la ley 29245, que regula los servicios de tercerización, ha quedado implícitamente derogada la regulación que sobre la intermediación de labores altamente especializada preveía la ley 27626, habida cuenta de que esta figura ha resultado, básicamente, subsumida en la Ley de tercerización.

2.2.1.4. Algunas formalidades esenciales en la intermediación laboral

Las empresas temporales de servicios —complementarios y especializados—, así como las cooperativas de trabajadores deben inscribirse en el Registro Nacional de Empresas y Entidades de Intermediación Laboral (RENEEIL) creado por el artículo 9 de la Ley de intermediación laboral. De este modo, solo podrá contratarse la intermediación laboral con aquellas empresas o cooperativas de trabajadores que cuenten con el registro vigente en el RENEEL (art. 13 ley 27626).

Las empresas de intermediación laboral y cooperativas de trabajadores están obligadas a registrar ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo los contratos que suscriban con las empresas usuarias, así como los contratos que celebren con los trabajadores que sean destacados (art. 17 ley 27626). Nuestra legislación exige que las empresas de intermediación laboral registren los contratos celebrados con la empresa usuaria ante la autoridad administrativa de trabajo.

De otro lado, es frecuente que el personal destacado a la empresa usuaria haya sido objeto de un contrato sujeto a modalidad vinculado al contrato de locación de servicios celebrado entre la empresa usuaria y la empresa de intermediación laboral, lo cual operará como la causa que justifica el contrato. Así, antes que un término fijo, la vigencia del plazo suele estar condicionada a la subsistencia del contrato celebrado entre ambas empresas.

Adicionalmente, se ha establecido que tanto las empresas de intermediación laboral como las cooperativas de trabajadores deberán otorgar una carta fianza cada vez que suscriban un contrato de locación de servicios con empresas usuarias, a fin de garantizar los derechos laborales y de seguridad social del personal que sea destacado (art. 24 ley 27626). La carta fianza puede ser individual o global, vale decir, sea para garantizar un solo contrato de servicios o para la totalidad de los contratos que celebre la empresa de intermediación laboral o la cooperativa de trabajadores. Inclusive, esta carta fianza puede ser a nombre de la empresa usuaria —por lo general, se otorgan cartas fianzas bancarias— o a nombre del Ministerio

de Trabajo y Promoción del Empleo. En este caso, la fianza debe garantizar el pago de un mes de las remuneraciones del personal destacado, así como la parte proporcional de los derechos laborales y previsionales aplicables. La fianza puede ser también otorgada a favor de la empresa usuaria conforme a los términos que esta acuerde con la empresa de intermediación laboral (arts. 17 al 19, DS 003-2002-TR).

2.1.1.5. La responsabilidad solidaria

Nuestra legislación ha establecido la responsabilidad solidaria de las empresas usuarias de intermediación laboral por todos aquellos derechos laborales y obligaciones de la seguridad social que no sean cubiertos por la carta fianza otorgada por la empresa de intermediación laboral o cooperativas de trabajadores (art. 25 ley 27626). Esta responsabilidad solidaria solo alcanza a aquellos derechos y obligaciones que se hayan generado durante el plazo de duración del destaje de los trabajadores.

El reglamento de la Ley de intermediación laboral precisó que la responsabilidad solidaria alcanza a los derechos laborales de origen legal o colectivo que le pudieran corresponder a los trabajadores que hayan sido destacados a las instalaciones de las empresas usuarias (art. 26 DS 003-2002-TR).

Conforme a esta regulación, los beneficios acordados mediante contratos individuales o colectivos de trabajo celebrados entre la empresa de intermediación laboral y el trabajador destacado no se encuentran cubiertos por la solidaridad, previsiblemente para prevenir situaciones irregulares: un acuerdo que haya establecido beneficios particularmente onerosos podría dar lugar a que la solidaridad se convierta en un instrumento destinado a que se otorguen beneficios indebidos a costa de la empresa usuaria sobre la base de convenios maliciosos.

2.1.1.6. Extensión de beneficios al personal destacado

La intermediación laboral no está concebida para obtener mano de obra barata en relación con los costos laborales que representan los

trabajadores propios de la empresa usuaria. Para ello se ha establecido que deben extenderse a los trabajadores destacados las remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorga de manera general a su propio personal. Empero, no se producirá dicha extensión cuando los beneficios sean otorgados en función de determinadas cualidades personales o particulares de los puestos de trabajo de los trabajadores de la empresa usuaria, así como cuando en esta no exista personal que realice las mismas funciones que cumple el personal que ha sido destacado (art. 5 DS 003-2002-TR).

Esta disposición pretende, pues, equiparar las condiciones de trabajo del personal destacado cuando en la empresa usuaria existan trabajadores que realicen las mismas actividades y la única diferencia se sustente en que unos forman parte de la planilla de la empresa usuaria y los otros pertenezcan a la empresa de intermediación laboral. Con ello se busca evitar que en la empresa usuaria coexistan trabajadores que, realizando una misma actividad, pasen a ser una suerte de personal de «segunda categoría» que percibe remuneraciones y condiciones de trabajo inferiores a las que rigen para el personal de la empresa usuaria.

2.2.2. Tercerización de actividades principales y complementarias

2.2.2.1. De actividades principales

La tercerización de servicios es una «[...] forma de organización de la actividad empresarial, en virtud de la cual una empresa —que denominaremos empresa principal— decide no realizar directamente ciertas actividades, optando por desplazarlas a otras empresas o personas individuales —a quien llamaremos empresas auxiliares— con quienes establece a tal efecto contratos de variado tipo, civiles o mercantiles» (Rodríguez Piñero, 1980, p. 69).

Asimismo, nuestra legislación, y específicamente el artículo 1 del DS 006-2008-TR, reglamento de la Ley de tercerización, propone una definición de tercerización: «[...] es una forma de organización empresarial

por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma».

De la comparación de ambas definiciones se advierte una diferencia destacable relacionada con el tipo de actividad empresarial a tercerizar, siendo que, desde una perspectiva doctrinaria, es posible tercerizar cualquier tipo de actividad empresarial, pues no existe limitación alguna sobre el particular; mientras desde la definición legal solo es posible tercerizar la actividad principal.

La ley 29245, que regula la tercerización de servicios y el decreto legislativo 1038, que precisa sus alcances, no prevén dicha limitación. Fue el reglamento el que estableció que la tercerización de actividades complementarias no se encuentra bajo el ámbito de aplicación de dichos dispositivos al señalar que: «[...] comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal [...]» (artículo 2 DS 006-2008-TR).

El tema es polémico y justifica un análisis detallado, el cual trataremos más adelante al desarrollar lo relativo a la tercerización de actividades complementarias.

Ahora bien, al regular los alcances de la tercerización de servicios, el decreto legislativo 1038 precisa que para encontrarse en el ámbito de aplicación de esta normativa, el desplazamiento o destaque del personal de la empresa contratista al local de la empresa principal debe ser permanente y continuo, lo que implica que se extienda durante más de un tercio de los días laborados del plazo pactado en el contrato de tercerización o que exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivo o no, dentro de un semestre (art. 6 DS 006-2008-TR).

Elementos esenciales y característicos de la tercerización de servicios principales

La tercerización de servicios está sujeta al cumplimiento de determinados requisitos por parte de la empresa tercerizadora (art. 2 ley 29245):

- i) Debe ejecutar el servicio contratado por cuenta y riesgo propios;
- ii) Debe contar con los recursos financieros, técnicos o materiales necesarios para ejecutar el servicio contratado;
- iii) Debe dirigir de manera exclusiva y excluyente al personal que desplace al local de la empresa principal para la ejecución del servicio contratado; y,
- iv) Debe asumir plena responsabilidad por la ejecución del servicio contratado.

Los requisitos señalados precedentemente son copulativos, por lo que la inexistencia de cualquiera de ellos desvirtúa la tercerización de servicios (art. 3 DS 006-2008-TR).

Asimismo, el segundo párrafo del artículo segundo de la ley 29245 prevé otros elementos que, si bien no son esenciales, resultan característicos de la tercerización de servicios y son indiciarios de la existencia de autonomía empresarial por parte de la empresa tercerizadora. A saber:

- Pluralidad de clientes;
- Equipamiento propio;
- Capital invertido para la prestación de los servicios o la ejecución de la obra contratada; y,
- Retribución por la obra o servicio contratado.

No obstante, los elementos señalados deberán ser analizados en cada caso, tomando en consideración la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora.

En relación con la pluralidad de clientes, el artículo 4 del reglamento de la Ley de tercerización recoge tres supuestos de excepción de este elemento: (i) cuando el servicio objeto de tercerización solo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora; (ii) cuando exista un pacto de exclusividad y este

sea razonable; y (iii) cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la microempresa.

Asimismo, respecto al equipamiento propio, el numeral 4.3 del artículo 4 del reglamento de la Ley de tercerización señala que se entiende que la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento cuando las herramientas o equipos que utiliza son de su propiedad o están bajo su administración y responsabilidad. Adicionalmente, en el segundo párrafo de dicha disposición se ha establecido que, cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral.

De esta forma, ha quedado precisado que el equipamiento propio requerido para la tercerización no necesariamente implica que este sea de propiedad de la tercerizadora, sino que, incluso, pueden pertenecer a la empresa principal. Ciertamente, cabe preguntarse si ello no implica entonces que la tercerización pase a ser una mera provisión de personal. Empero, un análisis casuístico nos lleva a una conclusión contraria con base en un principio de razonabilidad acertadamente invocado por el dispositivo para que esta opción resulte viable. Pongamos, por ejemplo, el caso de un yacimiento minero ubicado en un lugar remoto que cuenta con un local destinado a posta médica que forma parte de su infraestructura y que se encuentra debidamente equipado para su operación y que, por ende, es de su propiedad. El servicio médico suele estar a cargo de clínicas establecidas que destacan a médicos y enfermeras y las cuales, dotadas de instrumentos, equipos menores y farmacia, se encargan de la administración y operación integral de la posta durante el plazo del contrato de tercerización celebrado con la empresa principal. En este contexto, si los equipos médicos mayores fuesen de propiedad de la tercerizadora habría que desmontarlos y retirarlos cada vez que se cambie de tercerizadora, lo que, claramente, no sería razonable.

Finalmente, el numeral 4.4 del artículo 4 del reglamento de la Ley de tercerización establece que para acreditar la validez de una tercerización de servicios se podrán aportar otros elementos de juicio o indicios destinados a demostrar que el servicio ha sido prestado de manera autónoma y que no se trata de una simple provisión de personal. Así, por ejemplo, la separación física y funcional de los trabajadores de la empresa principal y la tercerizadora, la existencia de una organización autónoma de soporte a las actividades objeto de la tercerización, la tenencia y utilización por parte de la empresa tercerizadora de habilidades, experiencia, métodos, secretos industriales, certificaciones, calificaciones o, en general, activos intangibles volcados sobre la actividad objeto de tercerización con los que no cuente la empresa principal, entre otros.

Derechos de los trabajadores de las empresas tercerizadoras

La tercerización de servicios no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores que son destacados. En consecuencia, los trabajadores de las empresas tercerizadoras tienen los mismos derechos y beneficios que los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

En tal virtud, la subordinación de los trabajadores desplazados se mantiene respecto de la tercerizadora, lo cual debe constar por escrito en el contrato de tercerización y debe especificarse cuál es la actividad empresarial por ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.

El artículo 7 de la Ley de tercerización establece que los trabajadores de las empresas que prestan servicio de tercerización gozan de los siguientes derechos:

1. Iguales derechos que los trabajadores contratados a plazo indeterminado. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización, respecto de su empleador.

2. Todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa vigente.
3. La tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad no pueden ser utilizadas con la intención de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical.
4. Interponer denuncias ante la autoridad administrativa de trabajo o recurrir al Poder Judicial para efectuar reclamos relacionados con cualquier aspecto de la relación laboral que mantienen o mantuvieron con la empresa tercerizadora o, de ser el caso, cuestionar la naturaleza del vínculo con la empresa principal.

Derecho de información y contenido de los contratos de trabajo

Al inicio de la ejecución del contrato de tercerización de servicios, la empresa tercerizadora tiene la obligación de brindar información, por escrito, a los trabajadores encargados de la ejecución de la obra o servicio, a sus representantes, a las organizaciones sindicales y a los trabajadores de la empresa principal, sobre lo siguiente:

1. La identidad de la empresa principal, incluyendo la denominación o razón social de esta, su domicilio y número de registro único del contribuyente.
2. Las actividades que son objeto del contrato de tercerización de servicios celebrado con la empresa principal, cuya ejecución se llevará a cabo en el centro de trabajo o de operaciones de la misma.
3. El lugar donde se ejecutarán las actividades objeto del contrato de tercerización.

El incumplimiento de esta obligación constituye una infracción administrativa que puede ser sancionada por SUNAFIL (art. 6 Ley de tercerización).

En relación con la información antes señalada se han establecido las siguientes precisiones:

- La información se encuentra referida a la actividad empresarial a ejecutar y a la unidad productiva o ámbito de la empresa principal en la que la misma será realizada. Podrá ser incluida en los contratos de trabajo o transmitida a los trabajadores, sus representantes y sus organizaciones sindicales mediante una comunicación escrita antes de hacer efectivo el desplazamiento.
- En el caso de los trabajadores de la empresa principal, la comunicación en referencia se cumple a través de su empleador.
- La empresa principal deberá informar a la organización sindical o, en su defecto, a los delegados que representen a sus trabajadores, acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como de las actividades que estos realizarán, dentro de los cinco días siguientes al mes calendario en que se produjo el desplazamiento o dentro de las veinticuatro horas de la solicitud que sea efectuada por parte de la organización sindical (art. 8 DS 006-2008-TR).

Desnaturalización

Los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos que la ley establece y que impliquen una simple provisión de personal originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora sean considerados como trabajadores de la empresa principal (art. 8 ley 29245).

A mayor detalle, el contrato de tercerización de servicios puede desnaturalizarse en los siguientes supuestos (art. 5 DS 006-2008-TR):

1. De la verificación y análisis razonable de los elementos característicos de la tercerización, cuando se evidencie la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.
2. Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.

3. En caso de que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo de treinta días de producida la cancelación del registro.

Responsabilidad solidaria de la empresa principal

La empresa principal es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación del desplazamiento (art. 9 Ley de tercerización).

Asimismo, la empresa tercerizadora mantiene la responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral, la que actualmente se extiende por cuatro años luego de concluido el vínculo laboral. En el presente caso, el cómputo se inicia al finalizar el desplazamiento.

De conformidad con lo establecido en el artículo 7 del reglamento de la Ley de tercerización, la responsabilidad alcanza al empresario principal, al contratista y al subcontratista, quienes son deudores solidarios frente al trabajador o a la entidad de previsión social.

La extensión de responsabilidad comprende únicamente a los incumplimientos que se produzcan durante el periodo del desplazamiento.

1. **Ámbito de la solidaridad.** La responsabilidad solidaria estará relacionada únicamente con las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral (art. 3 decreto legislativo 1038).

Las obligaciones laborales establecidas por norma legal incluyen el pago de las remuneraciones ordinarias y de los beneficios e indemnizaciones laborales previstas por la ley.

En el caso de las obligaciones de previsión social, estas incluyen las contribuciones y aportes que debe retener o pagar el empleador al Seguro Social de Salud, o al sistema pensionario público o privado.

2. Derecho de repetición. La empresa principal que se vea obligada a asumir obligaciones de la tercerizadora por razón de la solidaridad establecida, tiene derecho de repetición contra esta, y adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra (art. 4 decreto legislativo 1038).

2.2.2.2. De actividades complementarias

Definición y discusión legal

Conforme se ha señalado previamente, la Ley de tercerización, el decreto legislativo 1038 y su reglamento regulan la tercerización de actividades principales con destaque de personal.

Pues bien, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de tercerización y su reglamento, la tercerización de servicios se encontraba regulada en el artículo 4 del reglamento de la Ley de intermediación laboral, aprobado mediante decreto supremo 003-2002-TR. Dicho artículo no establecía diferencia alguna respecto de las actividades que podían ser objeto de tercerización.

No obstante, se cuestionó la legalidad del referido artículo en tanto incorporaba la figura de la tercerización a través del reglamento de la Ley de intermediación laboral, la a que no había sido objeto de regulación en la Ley de intermediación laboral. De ahí que se considerara que el referido artículo contravenía lo regulado en la ley al incorporar una figura distinta a la intermediación laboral.

Sin embargo, en la acción popular 1949-2004-LIMA, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la República se pronunció por la legalidad del referido artículo:

Sexto: Que de lo expuesto, es de concluir que el artículo 4º del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, no regula una institución ajena a la Ley Número 27626, sino que por el contrario, el espíritu y sentido de la norma reglamentaria cuestionada al precisar supuestos de tercerización de la mano de obra, ha sido el de establecer criterios de identificación y diferenciación entre esta y la intermediación laboral, no pretendiendo

de ninguna manera regular aquella, no evidenciándose por tanto la alegada contravención a la jerarquía de la ley.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley de tercerización y su reglamento, se limitó el ámbito de aplicación de la tercerización de servicios. No obstante, el artículo 4 del decreto supremo 003-2002-TR, mediante el cual se regula la tercerización de servicios complementarios, mantuvo su vigencia.

Precisamente, dicha vigencia ha sido confirmada mediante la casación 2414-2014-Lima, la cual establece lo siguiente:

Décimo: [...] que la interpretación correcta del artículo 4º del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, debe ser la siguiente: «El artículo 4º del Decreto Supremo N° 002-2003-TR, establece formas de tercerización de servicios cuya validez constitucional ha sido reconocida por el Poder Judicial al resolver los Procesos de Acción Popular Nos. 1949-2004, 764-2011 y 1607-2012-LIMA; en congruencia, toda forma de contratación de servicios respetando las reglas contenidas en la citada norma legal, no produce la infracción alguna del ordenamiento laboral vigente [...]

Décimo Segundo: [...] *Es oportuno señalar la plena vigencia del artículo 4º del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, al haberse declarado infundada la Acción Popular interpuesta contra la citada norma, aduciendo que contraviene lo dispuesto en la ley 27626, según ejecutoria 1949-2004 [...]*» (énfasis añadido).

Con base en este razonamiento, la tercerización de actividades complementarias se encontraría regulada por el artículo 4 del decreto supremo 002-2003-TR y los artículos del Código Civil que regulan el contrato de locación de servicios. Así, aspectos básicos de la tercerización, como la determinación de los requisitos esenciales para su validez o la cautela de los derechos laborales de los trabajadores destacados a través de la solidaridad entre la empresa principal y la tercerizadora, dejarían de ser exigibles. A ello se agrega que, conforme a esta tesis, a la tercerización de

servicios le resultarían de aplicación, por una parte, el marco normativo antes citado y por otra, la Ley de tercerización 29245, su reglamento y el decreto legislativo 1038, según se trate, respectivamente, de la tercerización de servicios de actividades complementarias o principales.

Esta materia, en particular, también ha sido objeto de un pronunciamiento de la Corte Suprema. Así, mediante la ejecutoria suprema AP 764-2011-Lima, la Corte Suprema de Justicia de la República resolvió el proceso de acción popular iniciado por la supuesta ilegalidad del artículo 2 del reglamento de la Ley de tercerización y se ratificó que este tiene como único y limitado ámbito a los procesos de tercerización que recaen sobre actividades principales:

Quinto: Que en nuestra legislación, la Tercerización se encuentra definida en el artículo 2 de la Ley 29245 [...] en virtud al cual, se entiende por tercerización a la contratación de empresas que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores se encuentren bajo su exclusiva subordinación, que para efectos de determinar el primer aspecto de la alegación *de haberse reducido el ámbito de operatividad de la Ley 29245, pues el artículo 2° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR estaría delimitando la tercerización únicamente a la actividad principal de las empresas usuarias, debe advertirse que la «Tercerización»* constituye una figura jurídica que se distingue de la Intermediación Laboral regulada a través de la Ley 27626 [...], toda vez que en aquella se presta un servicio integral bajo cuenta, costo y riesgo de la empresa que brinda servicios, en tanto que de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 3° de la Ley 27626, los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa, *de manera tal que al delimitar el artículo 2° del Reglamento la tercerización únicamente a la actividad principal de las empresas usuarias, guarda perfecta armonía con el espíritu de la Ley que viene*

reglamentando, dado que en caso de referirse a actividades que no se relacionan con la actividad principal de la empresa estaría refiriéndose a la intermediación laboral regulada por una normatividad ajena a la Ley 29245» (énfasis añadido).

Discrepamos de este pronunciamiento. No todas las actividades complementarias en la empresa principal o usuaria califican como intermediación laboral. A modo de ejemplo, el servicio de reparaciones de un centro fabril podrá calificar como un mero suministro de personal si el servicio está básicamente orientado a la provisión de mano de obra. Pero la empresa usuaria o principal puede requerir que el servicio de reparaciones sea brindado por un contratista que asuma responsabilidad por su labor, que use sus propios equipos especializados y que adquiriera los repuestos y materiales necesarios, y en el que la mano de obra a ser destacada sea solo un componente más del servicio a ser brindado. En este escenario nos encontraremos ante la tercerización de un servicio complementario, habida cuenta de que estarán presentes los elementos esenciales de la tercerización.

En efecto, es claro que en un caso como el descrito el elemento central del servicio no estará constituido por el mero destaque de personal y por ende no calificaría como una intermediación de servicios complementarios regida por la Ley de intermediación laboral. Empero, siguiendo la línea de interpretación del fallo de la Corte Suprema, tampoco resultaría de aplicación la Ley de tercerización, lo que en buena cuenta significaría que los servicios contratados entre la empresa principal y el contratista estarían regidos por el Código Civil.

Estimamos, por ende, que ese planteamiento no solo resiente la sistematicidad y lógica interna del ordenamiento legal en materia de tercerización, sino que creemos que el acotado artículo 4 ha sido objeto de derogación implícita con la promulgación de la Ley de tercerización, en atención a que esta regula integralmente esta modalidad de servicios, esto es, tanto para las actividades principales como las complementarias de la empresa principal. Repárese que la Ley de tercerización no establece esa

diferencia respecto a su alcance, sino que es recién con la promulgación de su reglamento que se introduce ese distingo, al pretenderse que su ámbito se limita a las actividades principales y no así a las complementarias.

De ahí que estimamos que los pronunciamientos judiciales antes citados debieron: (i) optar por inaplicar la referida norma reglamentaria prevista en el artículo 1 del decreto supremo 006-2008-TR; y, (ii) concluir que la Ley de tercerización abarca por igual tanto a tercerización de actividades principales como complementarias.

3. PACTOS TÍPICOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO

3.1. Periodo de prueba

El objeto del periodo de prueba estaría orientado a que las partes se conozcan entre sí, de manera que el empleador evalúe la idoneidad del trabajador y estas características y condiciones de trabajo, antes de pasar a un vínculo laboral con vocación de permanencia en el tiempo. Empero, en rigor, el periodo de prueba es fundamentalmente un derecho del empleador destinado a verificar las competencias, capacidades y cualidades del trabajador contratado para cumplir con las funciones materia de su contrato de trabajo.

En efecto, el periodo de prueba faculta al empleador a prescindir de los servicios del trabajador si estimase que este no cumple con sus expectativas o no reúne las cualidades requeridas, y sin estar obligado a justificar o fundamentar su decisión ni resarcir al trabajador por la terminación de su contrato de trabajo. La desvinculación no está sujeta a formalidades, aunque la forma escrita y la constancia de recepción por el destinatario contribuyen a demostrar que el cese se produjo durante la vigencia del periodo de prueba.

Transcurrido el periodo de prueba el trabajador automáticamente adquiere la protección legal contra el despido injustificado, es decir, que su desvinculación requiere causa justa de extinción del contrato de trabajo, pasible de ser demostrada fehacientemente, a riesgo de tener que asumirse

la contingencia de un mandato judicial de reposición o de pago de una indemnización. Así, el cumplimiento del periodo de prueba constituye una condición para que el trabajador adquiera el derecho a la estabilidad laboral de salida.

En cambio, respecto al trabajador, la desvinculación es expeditiva, con la única salvedad de que vencido el periodo de prueba debe cumplir con cursar un preaviso de treinta días al empleador. Ello, ciertamente, no podría ser de otra forma, en salvaguarda de la garantía de la libertad de trabajo, derecho fundamental que lo distingue del trabajo sometido a esclavitud de épocas pretéritas.

El periodo de prueba legal es de tres meses, se inicia el primer día de prestación de los servicios por parte del trabajador y no requiere acuerdo entre las partes en cuanto opera de pleno derecho. De producirse la suspensión del contrato de trabajo durante la vigencia del periodo de prueba se interrumpirá igualmente su cómputo y se reiniciará una vez que se haya producido la reincorporación. No corresponderá, sin embargo, dicha acumulación en caso de que el reingreso se haya producido a un puesto notoria y cualitativamente distinto del previamente ocupado o cuando el reingreso se produzca pasados tres años del cese (art. 10 LPCL y arts. 16 y 17 RLPCL).

Estimamos acertada esta regulación. De una parte, busca poner coto a una situación que se producía con frecuencia en el pasado, mediante la cual se pretendía superar el periodo de prueba a través de ausencias justificadas con certificados médicos y a una antigua disposición, previa a la instauración del régimen de estabilidad laboral que nos rige, que establecía la prohibición de desvincular a trabajadores enfermos. A su vez, el periodo de prueba no consiste en el mero transcurso de un lapso de tres meses sino en la comprobación objetiva de la idoneidad del trabajador, lo que se verifica mediante el cumplimiento efectivo de sus servicios.

En lo relativo al reingreso, cabe acotar que, si el trabajador ya prestó previamente servicios en la empresa en un puesto análogo al previamente ocupado, es claro que si es recontratado es porque ya se conoce de su

aptitud, y de ahí carecería de razonabilidad que vuelva a ser sometido al periodo de prueba. Sin embargo, ese mismo razonamiento no resulta aplicable si el reingreso se produce en un puesto claramente distinto al anterior y para el cual el trabajador no ha demostrado su idoneidad. Análogo raciocinio operará si al momento del reingreso, así sea para un puesto similar al del pasado, ha transcurrido un plazo prudencial desde el cese —que la ley ha estimado en tres años— toda vez que no es infrecuente que las personas experimenten cambios significativos en su desempeño con el simple transcurso del tiempo.

Ahora bien, en caso de que el puesto requiera de una especial capacitación o periodo de adaptación, o para el caso de trabajadores de confianza, se podrá ampliar por escrito dicho periodo hasta un plazo máximo de seis meses. Asimismo, el periodo de prueba será de un año para el personal de dirección (art. 10 LPCL).

Por tratarse de un derecho que básicamente atañe al empleador, es factible que renuncie a este o convenga en reducir su extensión. Esta figura, si bien no es frecuente, se presenta en supuestos en que el trabajador goza de capacidad de negociación con su futuro empleador, por ejemplo, cuando este está tratando de atraerlo a su organización mediante la renuncia a su actual puesto de trabajo.

Por último, y si bien hemos indicado que el empleador no está obligado a demostrar la causa de la desvinculación durante el periodo de prueba, creemos que podría quedar obligado a ello si el trabajador invoca, con fundamento y verosimilitud, que su separación ha obedecido a motivos discriminatorios, tales como su orientación sexual o su religión.

3.2. Exclusividad

Como ya se señaló en el capítulo 1, son tres los elementos esenciales de todo contrato de trabajo: (i) prestación personal, (ii) remunerada y (iii) subordinada. La exclusividad no es uno de ellos, ya que conforme a la libertad de trabajo toda persona puede optar por el pluriempleo,

pero admite acuerdo en contrario mediante los denominados pactos de exclusividad o dedicación exclusiva.

Como señalan Alcázar Ortiz y De Val Tena (1995), mediante este tipo de pactos el empresario pretende que su trabajador concentre todos sus esfuerzos en la ejecución de la actividad para la que ha sido contratado, con lo que se restringe su libertad de tener más de un empleador y se previene la competencia desleal. Señalan así que esta limitación o restricción a la libertad de trabajo suele ser retribuida de manera específica. En el derecho comparado, se constata regulación de esa naturaleza, tal como sucede, por ejemplo, en la legislación española¹⁴.

Nuestra legislación no ha previsto regulación alguna respecto a este tipo de pactos y, de celebrarse, la ausencia de una compensación específica no acarrearía la nulidad del pacto. Puede estimarse, incluso, que su compensación ya habría sido prevista por las partes a través de la remuneración ordinaria estipulada.

Sin perjuicio de ello, para que sea una obligación exigible al trabajador deberá ser materia de pacto expreso, ya que de otro modo deberá privilegiarse el derecho a la libertad de trabajo.

3.3. Confidencialidad

En principio, la confidencialidad corresponde a los deberes propios de la buena fe laboral, conforme a la cual, y en general, el trabajador debe abstenerse de causar daños al empleador, que surgirían si divulgase información confidencial de la empresa.

Al igual que sucede con el caso anterior, el deber de confidencialidad carece de regulación expresa en nuestro ordenamiento.

De este modo, por el solo su contrato de trabajo el trabajador asume la obligación de guardar confidencialidad respecto a determinadas actividades, funciones o documentación reservada de la empresa que

¹⁴ El artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores prevé que el pacto de dedicación exclusiva implica que el trabajador reciba una compensación económica.

conozca con ocasión de su relación de trabajo, y de ahí que el pacto no tendría que ser expreso. No obstante, la confidencialidad suele formalizarse mediante acuerdos específicos respecto de aquellos trabajadores o funcionarios que por la naturaleza de las actividades o especialización acceden a información particularmente sensible. Sin que se trate de una regla inexorable, el deber de confidencialidad suele ser directamente proporcional a la jerarquía del trabajador: a mayor nivel o especialización, mayor su deber de confidencialidad.

En estos supuestos es usual que se señale con cierto nivel de detalle cuál es la información respecto de la cual deberá mantenerse reserva y el plazo de vigencia de la obligación, incluso por una cantidad de años luego de concluido el contrato de trabajo, previéndose que de comprobarse su incumplimiento podrá reclamarse una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

3.4. No competencia

Al pacto de no competencia se le aplican las mismas condiciones señaladas para el pacto de dedicación exclusiva, vale decir, tendría que ser materia de pacto expreso, habida cuenta de que importa una restricción a la libertad de trabajo. Al igual que en los casos anteriores, este pacto tampoco se encuentra contemplado en nuestra legislación.

El pacto de no competencia es más frecuente con trabajadores especializados o funcionarios que acceden a información reservada o particulares técnicas de producción o fórmulas, y de ahí que suele venir acompañado del pacto de confidencialidad, en la medida que lo que se pretende con ambos es evitar que se un competidor obtenga ventajas del *know how* que la empresa ha transmitido al trabajador.

Cabe acotar que el trabajador que desea mantener un empleo anterior o continuar ejerciendo una actividad previa suele plantear, al momento de su contratación, que en lugar del pacto de exclusividad se compromete al pacto de no competencia y confidencialidad, vía mediante la cual se atiende el planteamiento del empleador.

Es preciso distinguir la oportunidad en que debe cumplirse el pacto de no competencia. Mientras se mantenga vigente el vínculo laboral, cabe esperar su debida observancia y estipularlo en tales términos no ofrecería mayores resistencias. Distinto es el caso cuando es planteado con ocasión de la negociación de un convenio de mutuo disenso. En ese contexto es previsible la negativa del trabajador, en particular por parte de aquellos técnicos o funcionarios especializados que esperan recolocarse en alguna empresa del mismo sector al cual han estado vinculados y en el que la experiencia obtenida contribuye a su empleabilidad.

3.5. Permanencia

El profesor Durán López (1985) sostiene que mediante el pacto de permanencia el trabajador se compromete a continuar prestando servicios para su empleador, con lo cual recorta su potestad de extinguir unilateral e injustificadamente la relación laboral. Así, enervaría el pacto si el trabajador incurre en causa justificada para su desvinculación, como por ejemplo sucedería si es objeto de un despido indirecto por la comisión de un acto de hostilidad.

Por lo general, este tipo de pactos se celebran cuando la desvinculación por iniciativa del trabajador causa perjuicios al empleador. Es el caso de los estudios de especialización del trabajador que son financiados por la empresa con la expectativa de que estos le reditúen directa o indirectamente. Así, el pacto de permanencia está vinculado al costo económico asumido por la empresa y, al mismo tiempo, apunta a evitar ventajas indebidas al competidor. En efecto, este podría verse beneficiado si en lugar de invertir en la especialización de su personal se limita a contratar al personal previamente calificado por su competidor.

Si bien este pacto tampoco está regulado en nuestro ordenamiento, el acuerdo tendría que ser expreso por razones de probanza y gozar de proporcionalidad entre el costo asumido por la empresa y el plazo de permanencia pactado, ya que de otro modo cabría recurrir al Código Civil para cuestionar su validez por excesiva onerosidad de la prestación.

Por ende, debe mediar una justificación técnica y económica para este tipo de pactos (Durán López, 1985).

Su incumplimiento puede estar sujeto a una condición resolutoria respecto de algún beneficio pactado o dar lugar al pago de una indemnización por los respectivos daños y perjuicios.

3.6. Preservación del buen nombre

En los convenios de extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso o en las transacciones judiciales o extrajudiciales no es infrecuente que alguna, o ambas, partes, señalen la necesidad de pactar esta estipulación, de manera que no se afecte la imagen o reputación de la contraparte de forma oral, escrita, audiovisual o por cualquier otro medio o vía.

Empero, ello no implica una obligación de la empresa de extender certificados de trabajo que resulten falsos o inexactos, sin perjuicio de que nuestro ordenamiento establece que solo a solicitud del trabajador se indicará en estos la apreciación del empleador sobre su conducta o rendimiento (tercera disposición complementaria del RLPCL). Un certificado de trabajo inexacto no solo implica afectar consideraciones éticas elementales sino eventuales responsabilidades ante terceros, quienes, por haber sido inducidos a error, podrían reclamar una reparación por los daños ocasionados.

4. CONTRATACIÓN NO LABORAL

4.1. Modalidades formativas

La capacitación para el trabajo es un tema sustancial que impacta transversalmente el mercado de trabajo, habida cuenta de que la formación laboral que contribuye a la empleabilidad del individuo no solo se imparte de manera teórica en las aulas, sino que debe complementarse con la formación práctica en escenarios reales de trabajo.

De esta forma, resulta indispensable articular la formación teórica que imparten los centros de capacitación técnica o profesional con la

que privilegia el entrenamiento práctico en situaciones reales de trabajo que brindan los centros de trabajo. Ese entrenamiento práctico debe ser estimulado mediante un canal de doble vía, en el que, de una parte, la empresa que lo patrocina perciba ventajas concretas en asumir dicho entrenamiento, y de otra, que el beneficiario del entrenamiento goce de determinados derechos básicos que le permitan mantenerse en el programa.

Sobre la base de premisas, la legislación regula las modalidades formativas para incentivar la formación técnica o profesional a través de exigencias precisas que deben cumplir los centros de trabajo para garantizar una capacitación práctica con derechos y no un mecanismo para agenciarse personal a bajo costo. Así, en la medida en que la legislación vigente en materia de modalidades formativas sea debidamente observada, estas no calificarán como relaciones de trabajo.

Ciertamente, el esquema exige un delicado equilibrio entre el incentivo a la capacitación práctica, el costo involucrado y la fiscalización de su legalidad. A mayor costo, menos incentivo tendrá la empresa en brindar la formación. Derechos de muy escasa significación previsiblemente ocasionarían deserciones de los beneficiarios. Una débil fiscalización constituiría un estímulo para que individuos que supuestamente se encuentran en entrenamiento en el centro de trabajo estén en realidad reemplazando sistemáticamente a trabajadores que deberían gozar de todos sus derechos laborales.

Veamos ahora las distintas modalidades formativas laborales establecidas por la ley 28518, Ley de modalidades formativas laborales, y su reglamento aprobado por decreto supremo 007-2005-TR.

4.1.1. Modalidad formativa de aprendizaje

El aprendizaje ha sido definido como la modalidad que se caracteriza, esencialmente, por la complementación en la empresa de la formación recibida previamente en centros de formación profesional. Para este efecto, se requiere la celebración de un convenio de aprendizaje entre el centro de

formación profesional, el aprendiz y la empresa. Estos convenios pueden celebrarse con personas mayores de catorce años.

Aprendizaje con predominio en la empresa

En esta modalidad el proceso formativo se realiza principalmente en la empresa, con espacios definidos y programados en el centro de formación profesional. Para este efecto, se requiere la suscripción de un convenio de aprendizaje entre la empresa patrocinadora, el aprendiz —que debe haber concluido como mínimo sus estudios primarios— y el centro de formación profesional. La duración del convenio debe guardar relación directa con la extensión de todo el proceso formativo.

La jornada formativa se establece en el propio convenio, pero no puede superar las ocho horas diarias o 48 horas semanales, ni la subvención económica mensual puede ser inferior a una remuneración mínima vital, siempre que se cumpla con la jornada máxima prevista para esta modalidad.

El tiempo de duración del convenio es proporcional a la duración de la formación y al nivel de calificación del aprendiz.

Aprendizaje con predominio en el centro de formación profesional: prácticas preprofesionales

Esta modalidad permite que mientras se cuente con la condición de estudiante de un centro de formación profesional, este pueda aplicar sus conocimientos y aptitudes en situaciones reales de trabajo. Para este efecto, debe celebrarse un convenio de aprendizaje entre la empresa, la persona en formación y el centro de formación.

La jornada formativa no puede ser mayor a seis horas diarias o treinta horas semanales. La subvención económica mensual no puede ser inferior a una remuneración mínima vital, siempre que se cumpla con la jornada máxima prevista para esta modalidad.

Al igual que en el caso anterior, el tiempo de duración del convenio es proporcional a la duración de la formación y al nivel de calificación de la ocupación.

Práctica profesional

Esta es una modalidad que consolida el aprendizaje adquirido en un centro de formación profesional en una situación real de trabajo. Se materializa a través de un convenio de práctica profesional que es suscrito por el egresado de un centro de formación profesional y una empresa. El tiempo máximo de duración de este convenio no puede superar los doce meses. Para este efecto, el egresado debe ser presentado por el centro de formación profesional o por la respectiva universidad. La universidad o el centro de formación profesional debe contar con un registro en el que lleve la cuenta del número de veces que el egresado optó por esta modalidad formativa, hasta que se cumpla con el periodo máximo establecido por ley.

La jornada formativa en esta modalidad no puede superar las ocho horas diarias o 48 horas semanales. La subvención económica mensual no puede ser inferior a una remuneración mínima vital, siempre que se cumple con la jornada máxima prevista para esta modalidad.

Cabe destacar que las labores que realice el beneficiario de esta modalidad deben estar directamente relacionadas con las áreas que correspondan a su formación académica y comprende a los egresados que aún no cuenten con el título profesional.

4.1.2. Capacitación laboral juvenil

Esta modalidad formativa también se caracteriza por que el proceso formativo se ejecuta en las unidades productivas de la empresa con el fin de que los beneficiarios puedan enfrentar situaciones reales de trabajo. La diferencia estriba en que en este supuesto no ha existido una formación profesional o técnica previa y está orientado a jóvenes de entre 16 y 23 años, que no hayan culminado o interrumpieron su educación básica o

que, habiéndola culminado, no siguieron estudios superiores, sean técnicos o universitarios.

El objetivo de esta modalidad formativa es incorporar en el mercado de trabajo a los beneficiarios en una ocupación específica, las cuales se clasifican en: (i) ocupaciones básicas, de poca calificación o poca o ninguna complejidad asociadas a niveles de menor responsabilidad; y, (ii) ocupaciones operativas que requieren mayor calificación y mayores niveles de responsabilidad.

Nuestra legislación exige la suscripción de un convenio de capacitación laboral juvenil, en el cual la empresa se obliga a brindar facilidades al beneficiario para que este realice su aprendizaje práctico durante un determinado periodo. Este convenio debe contener un programa específico de aprendizaje que tiene que haber sido previamente definido por la empresa.

El número máximo de beneficiarios que pueden ser contratados bajo esta modalidad formativa no puede exceder al 20% del total del área u ocupación específica ni al 20% del total de trabajadores de la empresa. Este porcentaje puede incrementarse hasta en un 10% adicional, siempre que la empresa decida incorporar dentro de este porcentaje a beneficiarios que padezcan alguna discapacidad debidamente acreditada ante el Consejo Nacional de Integración de la Persona con Discapacidad o por jóvenes madres con responsabilidades familiares.

El convenio de capacitación laboral juvenil debe tener una duración que se adecúe a la naturaleza de la ocupación específica a desempeñar. Así, pues, no puede ser mayor a seis meses en ocupaciones de poca o de poca o ninguna complejidad y niveles menores de responsabilidad, prorrogables hasta por un periodo similar. En los casos de ocupaciones que requieran mayores calificaciones del beneficiario, complejidad y responsabilidad, el plazo no podrá ser superior a veinticuatro meses. En ningún caso los periodos de capacitación laboral podrán exceder de doce o veinticuatro meses, según corresponda, en la misma empresa.

La jornada formativa no podrá ser superior a las ocho horas diarias o 48 horas semanales. Tratándose de adolescentes entre 15 y 17 años de edad, la jornada no excederá de seis horas diarias ni de 36 horas semanales.

4.1.3. Pasantía

Esta modalidad formativa se realiza en las unidades productivas de la empresa y tiene por objetivo involucrar al beneficiario con el mercado de trabajo con el fin de que refuerce, implemente y contraste la formación teórica recibida en un centro de formación profesional, además de tener en cuenta las posibilidades de empleo existentes en determinada actividad. Los beneficiarios de esta modalidad formativa son los estudiantes de últimos grados de educación secundaria que tengan catorce o más años de edad.

Se formaliza esta modalidad formativa a través de la celebración de un convenio de pasantía entre la empresa, el beneficiario y un centro de formación profesional o centro educativo debidamente facultado por el Ministerio de Educación. El convenio no puede tener una duración superior a tres meses. De esta forma, la empresa se obliga a brindar todas las facilidades necesarias para que ejecute tareas productivas, teniendo en cuenta un plan específico de pasantía previamente definido por el centro de formación profesional y el programa que sustente la modalidad.

Los beneficiarios que se encuentren cursando estudios secundarios podrán tener una jornada formativa de pasantía de dos a cuatro horas diarias, de dos a tres veces por semana, y no más de dos meses en las unidades productivas de la empresa. Para los pasantes mayores de dieciocho años, la jornada formativa no podrá superar las ocho horas diarias o 48 horas semanales.

4.1.4. Reinserción laboral

La modalidad formativa de reinserción laboral —como su nombre lo dice— permite la actualización de trabajadores no ocupados de entre 45 y 65 años con el fin de que se incorporen en unidades productivas

de las empresas y así puedan recalificar sus conocimientos y habilidades en situaciones reales de trabajo. Con ello se busca otorgar empleabilidad a desempleados de los sectores público o privado que se encuentren en situación de desempleo prolongado mayor a doce meses continuos y que previamente hayan prestado servicios como empleados u obreros.

Como todas las modalidades formativas, esta también exige la celebración de un convenio de actualización para la reinserción laboral, en virtud de la cual la empresa se obliga a brindar todas las facilidades necesarias para que al beneficiario se actualice de manera práctica durante el periodo que dure el convenio, el que no podrá tener un plazo superior a doce meses prorrogables a veinticuatro, cuando ello esté así previsto y se encuentre justificado.

Este convenio debe contener, a su vez, un plan de entrenamiento y actualización para la reinserción laboral, el cual debe ser definido de común acuerdo entre la empresa y el beneficiario. Se trata, pues, de un plan personalizado que debe ser elaborado en un plazo máximo de quince días calendarios. Al término de este periodo, la empresa deberá presentar el referido plan e informar sobre su ejecución a la autoridad administrativa de trabajo.

El adulto que pretenda ser beneficiario de esta modalidad formativa deberá acreditar que se encuentra en una situación de desempleo prologando; esto es, por lo menos, durante doce meses previos a la fecha de celebración del convenio, además de demostrar que no ha accedido a esta modalidad formativa con anterioridad.

El número de beneficiarios de esta modalidad no puede exceder al 20% del total del área u ocupación específica ni del 10% del total de trabajadores de la empresa con vinculación laboral directa. Nuestra legislación permite que se incremente este porcentaje hasta en un 10% adicional, siempre y cuando este último porcentaje esté compuesto exclusivamente por personas con discapacidad debidamente acreditada ante el CONADIS.

La jornada formativa en esta modalidad no podrá ser mayor a ocho horas diarias o 48 horas semanales.

4.1.5. *Obligaciones de las empresas*

Entre otras obligaciones, las empresas que emplean beneficiarios de modalidades formativas deben observar lo siguiente:

- a) Otorgar el descanso semanal y feriados laborales debidamente subvencionados;
- b) Otorgar un descanso de quince días debidamente subvencionado cuando la duración de la modalidad formativa sea superior a doce meses;
- c) Otorgar una subvención adicional equivalente a media subvención económica mensual por cada seis meses continuos de modalidad formativa;
- d) Contratar un seguro a través de EsSalud o un seguro privado que otorgue cobertura frente a riesgos de enfermedad y accidentes por un monto equivalente a catorce subvenciones en caso de enfermedad y treinta por accidente;
- e) Pagar puntualmente la subvención económica mensual convenida con el beneficiario. La subvención económica no podrá ser inferior a una remuneración mínima vital cuando se cumpla la jornada máxima prevista para cada modalidad formativa. De ser jornadas formativas inferiores a los máximos previstos, podrá convenirse una subvención inferior que sea proporcional a la jornada¹⁵.

Repárese que algunos de los beneficios descritos son similares a los derechos laborales ordinarios (descanso semanal obligatorio y feriados)

¹⁵ En el caso de las pasantías para estudiantes de educación secundaria, la subvención económica no puede ser inferior al 5% de la RMV. En los demás casos de pasantías, no puede ser inferior al 30% de la RMV, salvo en los casos que la pasantía forme parte de un curso obligatorio requerido por el centro de formación profesional, en cuyo caso el pasante no recibirá subvención alguna. Para la modalidad formativa de actualización para la reinserción laboral, la subvención mensual no puede ser menor a dos RMV.

o a han sido establecidos con menor costo (vacaciones de quince días; gratificaciones reducidas al 50% y seguro de salud con un tope de cobertura).

4.1.6. Desnaturalización de las modalidades formativas

Se considera que existe una relación de trabajo entre el beneficiario de la modalidad formativa y la empresa si se verifica alguno de los siguientes supuestos:

- a) Inexistencia de convenio de modalidad formativa;
- b) Ausencia de capacitación en la ocupación específica o el desarrollo de actividades del beneficiario distintas a los estudios técnicos o profesionales cursados por este;
- c) La continuación de la modalidad formativa después de la fecha de vencimiento estipulada en el respectivo convenio o de su prórroga o si excede el plazo establecido en la ley;
- d) Incluir como beneficiario de una modalidad formativa a personas que tengan una relación laboral con la empresa contratante, ya sea que se trate en forma directa o de cualquier forma de intermediación, salvo que se incorpore a una actividad diferente;
- e) La presentación de documentación falsa ante la autoridad administrativa de trabajo para superar los porcentajes limitativos acogidos a los incrementos previstos para personas con discapacidad, o para acogerse a otro tipo de beneficios previstos para las respectivas modalidades formativas;
- f) La existencia de simulación o fraude a ley que determine la desnaturalización de la modalidad formativa; y,
- g) El exceso de los porcentajes limitativos establecidos.

4.2. Contratos de locación de servicios

Nuestro Código Civil de 1984, en su artículo 1764, regula el contrato de locación de servicios, cuya característica esencial es la prestación de una actividad que el locador realiza sin estar subordinado a su comitente, a cambio de una retribución. A través de este contrato pueden brindarse servicios materiales e intelectuales, y se exige que el locador preste personalmente el servicio, para lo cual puede valerse de auxiliares o sustitutos bajo su propia dirección y responsabilidad, siempre que así se encuentre permitido por el contrato, los usos y las costumbres o no sea incompatible con la naturaleza de la prestación.

Como puede verse, este es un contrato de naturaleza civil que escapa a las fronteras del derecho del trabajo única y exclusivamente porque la prestación convenida se realiza sin que exista una relación de subordinación jurídica. La subordinación, entonces, continúa delimitando en nuestro ordenamiento el hito que define cuándo estamos frente a un contrato regulado bajo las normas del derecho civil y cuándo debe aplicarse el marco protector del derecho del trabajo.

En la primera parte de este capítulo desarrollamos los elementos propios de la subordinación y los mecanismos de facilitación probatoria previstos por nuestra legislación procesal para acreditar cuándo, en los hechos, se está ante una relación de trabajo y no ante una relación civil, por más que exista un contrato escrito de locación de servicios. Sin embargo, la evolución natural del mercado de trabajo y la inserción de nuevas tecnologías hacen cada vez más ardua la delimitación de las fronteras entre lo civil y lo laboral con base en los mismos conceptos clásicos que en el pasado han distinguido las relaciones de trabajo independientes de las dependientes. Así, es frecuente la constatación de zonas grises y líneas difusas en determinados servicios personales.

La clásica relación de trabajo —personal, remunerada y subordinada— se enfrenta a la aparición de nuevos métodos de trabajo y empleo en los que la «subordinación» es sustituida por conceptos tales como la dependencia

económica, la relación de socios de negocio, el facilitador empresarial, el gestor de ventas, entre otros. Así, pues, en otros ordenamientos se constatan nuevos esquemas de organización de negocio, en los que las personas se vinculan de otra manera con un empresario, sin que exista la clásica subordinación jurídica. Esto ha generado el surgimiento de una nueva categoría jurídica denominada «parasubordinación».

Como señala Caparrós (2009), al anteponerse el prefijo «para» al sustantivo «subordinación» se pretende dotar de contenido a aquellas situaciones que, sin ser exactamente subordinadas, se asemejan a estas; vale decir, relaciones cercanas a lo que clásicamente se conoce como relaciones de trabajo. Este mismo autor sostiene que este concepto, esencialmente doctrinario, tiene como primer antecedente la ley italiana 533 del 11 de agosto de 1973, que se emitió para regular las relaciones de agencia, de representación comercial y otro tipo de relaciones de colaboración en situaciones de prestación de trabajo continuada y coordinada, de preferencia personal, aunque sin que tengan carácter subordinado.

Nuestro mercado de trabajo no es ajeno a la aparición de estas nuevas formas de organización empresariales. No obstante, estas nuevas modalidades exigen renovados criterios de análisis, que redefinan los conceptos tradicionales de autonomía y subordinación jurídica que prevalecen en nuestros operadores jurídicos y, en particular, en las autoridades administrativas y judiciales. A modo de ejemplo, se viene discutiendo en algunas latitudes la naturaleza de la relación de los choferes de taxi que operan a través de plataformas por aplicativo o la de los transportistas dueños de un único vehículo que trabajan a tiempo completo para un solo cliente y que son monitoreados, por vía electrónica, en tiempo real durante todo el trayecto contratado, entre otros casos.

Estos son retos contemporáneos para el derecho del trabajo, el cual debe continuar esclareciendo la delimitación entre sus fronteras y nuevas formas de relaciones de colaboración empresarial.

5. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son los elementos esenciales de todo contrato de trabajo?
2. ¿Cómo operan la presunción de laboralidad y el principio de primacía de la realidad para la acreditación del contrato de trabajo?
3. ¿Qué consecuencia genera la ausencia de causa objetiva en la contratación temporal?
4. ¿En qué casos no es factible recurrir a la intermediación laboral y a la tercerización de servicios?
5. ¿Cuáles son los tipos de contratación no laboral admitidos por nuestra legislación y en qué supuestos?

CAPÍTULO 2

EL DESARROLLO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

En este capítulo se revisarán diversos derechos cuya vigencia se mantiene durante la relación de trabajo, así como aquellos que son propios de la persona del trabajador. En rigor, y adoptando la precisa clasificación adoptada por el profesor Palomeque (1991), estos se pueden clasificar entre derechos laborales inespecíficos y derechos laborales específicos. De esta manera, examinaremos la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador y cómo estos se conjugan con las facultades propias del poder de dirección del empleador. Asimismo, nos detendremos brevemente en cada uno de los derechos laborales específicos previstos en la legislación laboral peruana.

Seguidamente, trataremos la regulación tanto de la suspensión del contrato de trabajo como de la prescripción y la caducidad en el ámbito laboral como mecanismos de extinción de las obligaciones.

1. VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

Todos los individuos nacemos con igualdad de derechos que nos son inherentes por el solo hecho de ser personas, lo que comúnmente se denomina derechos humanos. Un sector de la doctrina estima que cuando estos son recogidos en los textos constitucionales, estamos frente a derechos fundamentales (Rodríguez Mancini, 2007).

La persona que libremente decide incorporarse o iniciar una relación de trabajo no pierde sus derechos fundamentales. Sin embargo, el ejercicio de estos derechos se verá matizado por el hecho de encontrarse bajo una relación de dependencia o de subordinación frente a su empleador. Es el caso, por ejemplo, del trabajador que se ve obligado a utilizar una determinada vestimenta o uniforme con ocasión de la prestación de sus servicios, con lo cual, de alguna manera, ve limitada su libertad de decidir sobre su propia imagen.

No obstante, el poder de dirección del empleador en esta materia está condicionado al respeto y garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores, por lo que no podrá restringirse su ejercicio de manera absoluta. De ahí el artículo 23 de nuestra Constitución prevea que «ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador».

Ahora bien, esta dicotomía no está exenta de colisiones, cada vez que se contraponen una disposición del empleador —sustentada en su facultad directriz— con algún derecho fundamental del trabajador. En este escenario, y si bien se trata de una técnica de uso jurisdiccional, deberá recurrirse al test de proporcionalidad, conforme a los subexámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial establecida por el TC. Para este efecto, la medida por implementarse debe garantizar un objetivo constitucionalmente legítimo, tendrá que ser idónea a dicho objetivo, ser la única medida por adoptar para garantizar dicho objetivo y, por último, ser proporcional a la injerencia o restricción del derecho fundamental o constitucional en conflicto.

Un ejemplo puede contribuir a aclarar el tema. Pongamos el caso de un restaurante que emite una directiva en virtud de la cual todo el personal, masculino o femenino, encargado de preparar las comidas, está obligado a llevar el cabello recogido por razones de higiene. Esa medida incide directamente en el derecho a la imagen y personalidad del trabajador, por lo que cabe evaluar su legitimidad. Efectuando el

análisis o test de proporcionalidad, advertiremos que, desde nuestra perspectiva, dicha medida no lesionaría indebidamente los referidos derechos fundamentales del trabajador, habida cuenta de que en el marco del derecho organizativo que la libertad de empresa confiere al empleador —derecho constitucionalmente reconocido— la afectación que genera la directiva del empleador en la imagen del trabajador resulta idónea al objetivo de preservación de la higiene en la preparación de las comidas, y no resulta desproporcional pues no se afecta el derecho del trabajador a llevar el cabello en la forma que lo desee, con la única salvedad de mantenerlo recogido en el momento de atención a los clientes.

2. DERECHOS Y FACULTADES DEL EMPLEADOR: EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR

El poder de dirección del empleador encuentra sustento constitucional en el derecho a la libertad de empresa, reconocido en el artículo 59 de la Constitución, en virtud del cual toda persona (natural o jurídica) tiene derecho a emprender una actividad (lucrativa o no) en el territorio nacional, en el marco del modelo de economía social de mercado adoptado por nuestra ley fundamental. De esta forma, como titular de la actividad y respecto del personal que el empleador contrate para ejecutarla, gozará de diversas facultades de organización, reglamentación, fiscalización y sanción que integran el denominado poder de dirección del empleador.

2.1. Manifestaciones del poder de dirección

Las facultades que emanan del poder de dirección del empleador han sido expresamente recogidas en nuestro ordenamiento (art. 9 LPCL) en la forma siguiente:

Art. 9°. Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección del empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la

ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones.

Clásicamente, el poder de dirección implica el ejercicio de las siguientes facultades:

1. Organización. Esta facultad permite al empleador establecer de manera unilateral la forma cómo se distribuirán y ejecutarán las labores en el centro de trabajo. En otras palabras, decide el qué, cuándo, cómo, dónde y con qué se realizan las actividades.
2. Reglamentación. El empleador puede dictar y emitir normas de imperativo cumplimiento que estime necesarias para la realización de las actividades, las que pudiendo ser verbales, suelen plasmarse en políticas internas, manuales de descripción de funciones, procedimientos aplicables a cada actividad, reglamentos internos de trabajo, directivas, entre otras.
3. Supervisión y sanción. El empleador tiene la facultad de vigilar el adecuado cumplimiento de las obligaciones laborales de sus trabajadores. Por ende, de verificar algún incumplimiento, tiene la potestad de aplicar medidas disciplinarias para corregir la conducta del personal, valiéndose de amonestaciones verbales o escritas, suspensiones y, de ser el caso, el despido.

En palabras del profesor Fernández Rueda (1997), este poder de dirección determina que el empleador cuente con una potestad unilateral que no requerirá aceptación o consentimiento del trabajador. Se trata, entonces, de un poder legítimo que tiene carácter funcional para garantizar los fines institucionales de la empresa y atender las exigencias propias de las actividades que esta ejecuta.

2.2. *Ius variandi*

El contrato de trabajo determina una relación sinalagmática de derechos y obligaciones recíprocas entre el empleador y el trabajador en el marco de un vínculo jurídico de tracto sucesivo. Esta continuidad en el tiempo hace indispensable que la empresa pueda adecuarse a los constantes cambios a los que se ve expuesta por las exigencias del mercado en el marco de una economía globalizada. De otro modo, si se viese impedida de implementar cambios indispensables en la organización, regulación y fiscalización de las labores en el centro de trabajo se habrá afectado no solo su capacidad de adaptación, sino incluso su posibilidad de competir en el mercado y asegurar su permanencia en aquel.

A esta prerrogativa del empleador se le denomina *ius variandi*. Conforme a esta, está facultado a introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, pero condicionado a que estas medidas se ajusten a una exigencia de razonabilidad y se sustenten en las necesidades del centro de trabajo (art. 9 LPCL). Tal como sucede con las facultades emanadas del poder de dirección, el *ius variandi* es ejercido unilateralmente por el empleador.

El profesor Ermida Uriarte (1989) acota que son elementos constitutivos o característicos del *ius variandi* los siguientes: (i) se trata de una potestad o facultad que puede ser o no ejercida por el empleador; (ii) es unilateral, al ser atribuida únicamente al empleador; (iii) permite introducir variaciones menores en el contrato de trabajo; (iv) opera dentro de específicos límites; y, (v) recae sobre las modalidades de la prestación del servicio del trabajador.

Así, para Ermida Uriarte, el *ius variandi* debe versar sobre elementos accidentales o menores del contrato de trabajo, y no incidir sobre elementos esenciales. De lo contrario, señala, nos encontraremos ante una alteración del contrato de trabajo, y no frente a un ejercicio legítimo del *ius variandi*. A su vez, no debe causar perjuicio al trabajador.

Estos aspectos, a nuestro entender, no son los que ha recogido el marco normativo vigente en el país, el cual admite el *ius variandi* cuando esté sustentado en razones objetivas y se ajusten a la razonabilidad.

En efecto, si bien la ley peruana tipifica como acto de hostilidad la reducción de la remuneración o de la categoría —lo que implicaría que se trata de aspectos vedados al ejercicio del *ius variandi*— caben diversos supuestos en los que la reducción de la remuneración puede sustentarse en causas objetivas y no necesariamente ser contrarias a la razonabilidad, como sucede respecto de las remuneraciones sujetas a condición. Tal sería el caso de la empresa que reconoce a sus trabajadores mineros de socavón una bonificación especial por trabajar en el subsuelo. Por necesidades operativas de la empresa claramente demostrables, y en ejercicio de su facultad *ius variandi*, un trabajador es reubicado a trabajar en la superficie. Así, por tratarse de una remuneración sujeta a condición, se suspenderá el pago en referencia, sin que ello constituya —conforme establece nuestro ordenamiento (art. 49 RLPCL)— un acto de hostilidad, no obstante se ha producido una afectación sobre la remuneración, un aspecto esencial del contrato de trabajo, y ciertamente se ha causado un perjuicio económico.

Otro ejemplo estaría dado por la modificación del horario de trabajo por un periodo no mayor a una hora, que nuestro ordenamiento reconoce como facultad del empleador (art. 6 texto único ordenado de la Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo, aprobado por decreto supremo 007-2002-TR). Asumamos el caso de un local comercial que requiere retrasar en una hora el ingreso y salida del personal porque ha comprobado que con ello contaría con mayor afluencia de público y mejorarían sus ventas. Sin embargo, diversos vendedores acreditan que ello les causa perjuicio porque afectan las actividades que venían cumpliendo el término de la jornada. Empero, conforme a la norma citada en último término, ese factor no impedirá el ejercicio de la facultad *ius variandi* en referencia.

Límites al poder de dirección

Sin perjuicio a lo señalado, debe tenerse presente que cualquier medida organizativa del empleador deberá observar el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, ya que en caso contrario importaría un ejercicio ilegítimo del poder dirección o de la facultad *ius variandi*.

Así, por ejemplo, el empleador no podrá cambiar de turno de trabajo a los trabajadores a un turno que resulte menos atractivo para el personal como represalia por su afiliación sindical, habida cuenta de que la Constitución garantiza el derecho a la libertad sindical.

Ahora bien, en el derecho laboral opera lo que en el derecho tributario se conoce como el principio *solve et repete*; vale decir, que el trabajador se encontrará obligado a acatar la orden del empleador, así la estime ilícita, con cargo a que podrá cuestionarla posteriormente. Para este efecto se parte de la presunción de licitud de las órdenes del empleador vinculadas al cumplimiento de sus labores, ya que de otro modo el trabajador pasaría a ser el propio definidor de sus obligaciones y de su contenido, con lo cual se neutralizaría la eficacia del poder de dirección del empleador. En este escenario, la carga de la prueba recae en el trabajador, quien deberá demostrar la improcedencia de la disposición de la empresa. Lo contrario ocurre cuando la disposición que emana del empleador se refiere a conductas privadas del trabajador —su imagen personal, por ejemplo—, supuesto en el cual no operará la referida presunción de legitimidad, trasladándose al empleador la carga de la prueba sobre su validez.

No obstante, podrán presentarse situaciones en las que el empleador emita directivas u órdenes manifiestamente ilegales o ilícitas, respecto de las cuales el trabajador tendrá el derecho a resistir o desobedecer. Para este efecto, Ermida Uriarte (1989) ha precisado que el derecho de resistencia, «*resistentiae*» o «*resistendi*», por parte del trabajador solo podrá materializarse cuando la medida u orden del empleador requiera un hacer de aquel, pues en otros supuestos la medida será ilegítima desde que es adoptada por el empleador.

A modo de ejemplo, una empresa dedicada a la limpieza de vidrios de edificios requiere a su personal que efectúe esta actividad sin contar con los implementos de seguridad necesarios, lo que pone en riesgo la vida e integridad física de sus trabajadores. Estos podrían, válidamente, resistirse a obedecer las órdenes de su empleador haciendo ejercicio del *ius resistendi*.

2.3. La imputación de actos de hostilidad

Nuestra legislación ha establecido un mecanismo de defensa del trabajador frente a medidas o conductas adoptadas por el empleador. Así, pues, el trabajador que estime que una de estas medidas no resulta legítima o merma su dignidad personal podrá imputar al empleador la comisión de un acto de hostilidad y solicitar el cese inmediato del acto.

Ciertamente, nuestra legislación ha tipificado una diversidad de conductas que constituyen actos de hostilidad del empleador —y no un ejercicio legítimo del poder de dirección o de *ius variandi*— y que pueden equipararse al despido. Ello no significa que sean las únicas conductas pasibles de ser tipificadas como acto de hostilidad, sino que se trata de aquellas que son equiparables al despido, o como también se le denomina, despido indirecto.

En efecto, dentro de las conductas equiparables al despido, el artículo 30 de la LPCL ha previsto las siguientes: (i) la falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobadas; (ii) la reducción de la remuneración o de la categoría; (iii) el traslado del trabajador a un lugar distinto de aquel en el que regularmente preste servicios con el propósito de causarle un perjuicio; (iv) la inobservancia de medidas de higiene y seguridad que puede afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador; (v) el acto de violencia o la falta grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia; (vi) los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole; (vii) los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la

dignidad del trabajador; (viii) y la negativa injustificada a realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad.

De la regulación prevista en la LPCL, parecería que existe un *numerus clausus* o relación cerrada de conductas equiparables al despido. No obstante, al incorporarse como parte de este tipo de actos todas aquellas conductas que afecten la dignidad del trabajador, es claro que podrán subsumirse un sinnúmero de comportamientos del empleador lesivos de este derecho fundamental. Por ende, podremos concluir que el artículo 30 de la LPCL no constituye, en rigor, una lista taxativa de supuestos o conductas que pueden equipararse al despido.

Ahora bien, nuestra legislación ha previsto que, de verificarse alguna de estas conductas, el trabajador deberá emplazar por escrito a su empleador e imputarle el acto de hostilidad correspondiente. El empleador contará con un plazo no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta.

Si, desde la perspectiva del trabajador, el empleador no ha enmendado su conducta o sus descargos resultan insuficientes, el artículo 35 de la LPCL franquea al trabajador dos alternativas: (i) interponer una demanda de cese de actos de hostilidad o (ii) considerarse indirectamente despedido y solicitar el pago de la indemnización por despido arbitrario.

El plazo de caducidad previsto por ley para presentar las demandas antes indicadas es de treinta días naturales desde la fecha en la que se produjo el hecho. El plazo se suspende por: (i) la imposibilidad material de accionar ante un tribunal peruano por encontrarse el trabajador fuera el territorio nacional e impedido de ingresar a él o (ii) por falta de funcionamiento del Poder Judicial (art. 36 LPCL).

Sin embargo, mediante el acuerdo 01-99 el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral estableció que el plazo de caducidad debe computarse en días hábiles. Para ello se basa en que el acotado artículo 36 de la LPCL establece que el que el plazo de caducidad se interrumpe por falta de funcionamiento del Poder Judicial. Así, como quiera que el artículo 247 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que no hay despacho judicial

los días sábados, domingos y feriados no laborables (así como los días de duelo nacional y judicial, el día de inicio del año judicial y el Día del juez), ergo, durante esos días se suspende el cómputo del plazo de caducidad.

No compartimos este razonamiento. Repárese en que las hipótesis (i) y (ii) del artículo 36 de la LPCL antes indicadas aluden a situaciones de fuerza mayor, como es el caso del trabajador impedido de retornar al Perú (por ejemplo, en el marco de un destierro ordenado por mandato de un gobierno de facto), o de la suspensión de labores por huelga de los trabajadores del Poder Judicial, como sucede con cierta frecuencia. A ello se agrega que la ley estableció un plazo de caducidad que no admite interrupción, salvo que sea imposible reclamar ante un tribunal peruano, conforme establecen los artículos 2004 y 2005 del Código Civil, lo que es consistente con los supuestos de fuerza mayor antes señalados.

De ahí que parece cualitativamente distinto el caso de los días en que simplemente no hay despacho judicial por tratarse de días no hábiles, como es el caso de los días sábado, domingo y feriados. Estos supuestos, pues, no son equivalentes a la imposibilidad de reclamar ante un juez peruano, sino que por ser perfectamente previsibles y de público conocimiento, obligan a la parte a tenerlos en cuenta para la actuación oportuna, sin perjuicio de que, de coincidir el vencimiento del plazo de caducidad con día inhábil, este vencerá el primer día hábil siguiente, conforme a la regla del inciso 5 del artículo 183 del Código Civil.

De ahí que no estimamos válido pretender que allí donde la ley dice días naturales pueda leerse días hábiles.

Una segunda distorsión en el cómputo del plazo de caducidad la encontramos en el artículo 57 del reglamento de la LPCL, al establecer que el plazo de caducidad para presentar la demanda contra el acto de hostilidad es de treinta días naturales computados desde el día siguiente de vencido el plazo para que el empleador efectúe su descargo o enmiende su conducta, según corresponda. No obstante, la LPCL ha establecido que dicho plazo se calcula desde que se produjo el hecho.

Este diferente tratamiento no solo es contrario a la norma de mayor jerarquía, sino que da lugar a que se reabran plazos para acciones que ya han caducado. Pongamos el caso de una rebaja de categoría que ya operó hace varios meses, pero que el afectado recién se anima a cuestionar. Así, una forma de reactivar el plazo de caducidad ya transcurrido consistiría en proceder a imputar el acto de hostilidad al empleador para que efectúe sus descargos, lo que dará lugar a que recién se inicie el cómputo del plazo de caducidad, no obstante la antigüedad de la medida.

3. DERECHOS ESPECÍFICOS DEL TRABAJADOR

En este acápite repasaremos y comentaremos aquellos derechos que son propios y exclusivos de la condición de trabajador. Por esta razón, la doctrina los ha denominado derechos específicos del trabajador.

3.1. La remuneración

Hemos visto en el capítulo primero que la remuneración es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo. Si no se verifica este elemento, no podríamos encontrarnos dentro de una relación contractual que califique como un contrato de trabajo. No obstante, su esencialidad no radica en que la ausencia de acuerdo entre las partes sobre su monto pudiese determinar la inexistencia de un contrato de trabajo, ya que en tal supuesto resultará de aplicación, por lo menos, la remuneración mínima vital, sin perjuicio que el juez podría estimar sumas mayores conforme al monto pagado a otros trabajadores homólogos en la empresa o en la actividad.

En torno al concepto de remuneración se han planteado múltiples teorías, desde la que postula que su naturaleza es estrictamente de contraprestación; aquella que predica que se adeuda por la sola puesta a disposición de la fuerza de trabajo; o las que invocan el carácter social de la remuneración, en virtud de la cual calificará como tal toda ganancia o ingreso destinado a la subsistencia del trabajador y su familia (Ferro Delgado, 1998a).

En esta materia importa analizar la naturaleza jurídica de la remuneración. Podría acotarse que su carácter de contraprestación no agota sus alcances, habida cuenta de que en la relación de trabajo se presentan múltiples supuestos en los que el empleador abona sumas de naturaleza remunerativa cuyo sustento no corresponde en estricto a la prestación de las labores, como corresponde a los supuestos de suspensión imperfecta del contrato de trabajo, como la remuneración vacacional, días feriados, etcétera, o a condiciones subjetivas del trabajador, como la asignación familiar legal (ley 25129). Así, dos trabajadores que realizan la misma labor percibirán remuneraciones distintas si uno tiene carga familiar y el otro no.

A su vez, si existe un supuesto de fuerza mayor que autoriza al trabajador a la suspensión temporal perfecta del contrato de trabajo (art. 15 LPCL), la sola puesta a disposición de la fuerza de trabajo no necesariamente determina el pago de la remuneración.

De otro lado, el carácter social de la remuneración enfatiza que «se incluye dentro de esta categoría toda renta o ganancia del trabajador destinados a su subsistencia y la de su familia, quedando con ello incluidos beneficios de orientación previsional» (Ferro Delgado, 1998a, p. 12).

Por su parte, el TC ha precisado que nuestra Constitución ha adoptado una concepción totalizadora de la remuneración y se ha adecuado a lo previsto en el artículo primero del Convenio 100 de la OIT, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor¹. De ahí que en el artículo 24 de la Constitución se haya reconocido expresamente que «el trabajador tiene derecho a percibir una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual».

Desde nuestra perspectiva, la naturaleza jurídica de la remuneración cuenta con una doble vertiente: como contraprestación y como obligación. En tal virtud, el sustrato básico de la remuneración se explica como consecuencia de la prestación efectiva de servicios, de manera que en

¹ Fundamento jurídico 14 de la STC 00020-2002-AI/TC.

ausencia de esta solo se adeudará la remuneración cuando la fuente del derecho así lo establezca, esto es, cuando medie un mandato legal expreso (vacaciones, feriados, etcétera), o una obligación convencional prevista en el contrato individual o colectivo de trabajo. A su vez, el hecho de que se otorguen remuneraciones que no se encuentran vinculadas a la prestación de servicios es un correlato de esa concepción totalizadora a que alude el acotado artículo 24 de la Constitución y de ahí que prestaciones vinculadas a las condiciones subjetivas del trabajador tengan naturaleza de contraprestación.

Nuestra legislación ha adoptado la tesis de contraprestación, puesto que el artículo 6 de la LPCL ha previsto que calificará como remuneración todo aquello que percibe el trabajador por sus servicios, ya sea en dinero o en especie, siempre que sea de su libre disposición. Este último concepto deberá matizarse. A modo de ejemplo, si se entrega una vivienda para que sea exclusivamente utilizada como casa-habitación por el trabajador y su familia, este no podrá disponer libremente del inmueble o arrendarlo a terceros. No obstante, gozará de libre disposición conforme al título con el que el bien le ha sido conferido sujeto a las consiguientes restricciones previstas para el goce del beneficio.

De ahí que en la determinación de la naturaleza jurídica de la remuneración se recurre también al concepto de ventaja patrimonial, el que igualmente se encuentra recogido en nuestra legislación (inc. i del texto único ordenado del decreto legislativo 650, Ley de compensación por tiempo de servicios, aprobado por decreto supremo 001-97-TR, Ley de CTS).

Así, en términos generales, es pacíficamente aceptado que, salvo los supuestos expresamente excluidos por mandato legal, calificará como remunerativo cualquier concepto sea en dinero o en especie que se otorgue al trabajador y le genere una ventaja patrimonial, esto es, incluso que le represente un ahorro de algún gasto propio o que sea de cargo del trabajador.

Empero, habrá determinados beneficios que el empleador concede a sus trabajadores que no necesariamente están destinados a materializarse en una prestación efectiva y se pueden limitar a ser solo potenciales, como la posibilidad de acudir a la asesoría legal de la empresa para absolver consultas básicas o la concurrencia en compañía de familiares a instalaciones deportivas de propiedad de la empresa. Si bien estos supuestos —y otros análogos— constituyen ventajas patrimoniales, su naturaleza es ‘parasalarial’, en cuanto se trata de beneficios que no corresponden a contraprestación, ni su goce individual o familiar, en las oportunidades en que se haga efectivo, determina la razonabilidad de establecer un eventual justiprecio.

3.2. Remuneración integral anual (RIA)

Existe la posibilidad de acordar con el trabajador que perciba una remuneración mensual no menor a dos unidades impositivas tributarias (UIT) que su remuneración sea calculada sobre la base de un cómputo anual que comprenda todos los beneficios legales y convencionales aplicables en la empresa, con excepción de la participación en las utilidades (art. 8 LPCL), sin perjuicio de que se deba identificar la porción de la RIA a la que corresponde aplicar exoneraciones o inafectaciones tributarias, como es el caso de la CTS, la cual no está afecta al pago de impuesto a la renta. En consecuencia, debe precisarse la parte de la RIA que corresponde a la CTS para evitar que resulte indebidamente gravada con dicho tributo.

3.3. Conceptos no remunerativos

La ley prevé que existirán ingresos que, aunque en rigor correspondería calificar como remuneración, han sido privados de tal naturaleza y en consecuencia no serán base del cómputo para el pago de beneficios que se calculan con base en la remuneración, como la CTS, las gratificaciones legales, la remuneración vacacional, la remuneración computable para la indemnización por despido arbitrario o para el pago de utilidades, o los aportes y contribuciones a la seguridad social, entre otros.

El tema no es menor en atención a su efecto económico. En nuestro ordenamiento, cada sol que se pague como sueldo determina un efecto colateral de no menos del 50% como resultado de su incidencia en el cálculo de beneficios que se computan sobre la remuneración. Este efecto económico habría orientado al legislador a no otorgar naturaleza remunerativa a determinados conceptos con el fin de incentivar su otorgamiento.

De este modo, el artículo 7 de la LPCL ha dispuesto que no calificarán como remuneración, para ningún efecto, los conceptos previstos en los artículos 19 y 20 de la Ley de CTS. Dentro de estos conceptos tenemos los siguientes:

1. Gratificaciones extraordinarias. En este rubro se encuentran todos aquellos pagos extraordinarios que percibe el trabajador ocasionalmente a título de liberalidad por parte del empleador, o que hayan sido objeto de la convención colectiva de trabajo, o aceptados en los procedimientos de conciliación o mediación, o se encuentren recogidos en un laudo arbitral. Nuestra normativa ha dispuesto que se incluye en este concepto a la bonificación por cierre de pliego.
2. Cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa. Aquí encontramos a la participación legal en las utilidades, la participación voluntaria y la participación adicional en las utilidades.
3. El costo o el valor de las condiciones de trabajo. Dentro de esto concepto se subsumirán todas aquellas herramientas, materiales o implementos que se otorgan para la realización de la actividad laboral. Dicho en otros términos, así como la remuneración se paga *por* el trabajo, las condiciones de trabajo se otorgan *para* el trabajo. Es el caso, por ejemplo, del uniforme que utiliza el personal de una institución bancaria, el cual, si bien representa una ventaja patrimonial para el trabajador en cuanto le ahorra el

gasto de vestimenta, en múltiples ocasiones su objeto está orientado a proyectar una determinada imagen de la empresa en la que se labora. Por ende, el valor de esta condición de trabajo no califica como un concepto remunerativo.

4. La canasta de Navidad o similares. Se trata de un beneficio tradicional por motivo de la festividad navideña, que sin embargo viene migrando a la entrega de vales o cuponerías, tarjetas de regalo (*gifts cards*), entre otras, que cumplen la misma finalidad que una canasta navideña y por ende quedan comprendidas en el concepto, habida cuenta de que la norma incluye «similares».
5. La movilidad. Se ha previsto que no calificará como remuneración computable el valor del transporte, siempre que se encuentre supeditado a la asistencia de trabajo y que razonablemente cubra el traslado, sea que su pago surja de acuerdo individual o colectivo. Inversamente, constituirá remuneración computable si el empleador otorga un monto por movilidad al trabajador, incluso cuando este no ha cumplido con prestar servicios de manera efectiva.
6. Las bonificaciones por educación. En este rubro se encuentran los montos que se otorgan al trabajador para que invierta en su formación o en la de sus hijos que cursen estudios preescolares, superiores, técnicos o universitarios, e incluye todos aquellos gastos que se requieran para el desarrollo de los estudios, tales como uniformes, útiles escolares, y análogos, salvo que exista convenio más favorable para el trabajador. Su monto debe ser razonable y contar con la respectiva sustentación (art. 7 DS 004-97-TR).
7. Las asignaciones o bonificaciones por motivo de circunstancias especiales. En esta categoría se han incluido las asignaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento u otras de semejante naturaleza, así como las que se abonan con ocasión de determinadas festividades, siempre que sean acordadas mediante convenio colectivo. Repárese sobre este último punto

que —conforme al mandato de fomento de la negociación colectiva previsto en el numeral II del artículo 28 de la Constitución— es clara la intención del legislador de propiciar que el pacto colectivo permita alcanzar objetivos recíprocamente beneficiosos para las partes. En efecto, resultará más factible alcanzar el avenimiento en esta materia por el hecho de que al estar desprovisto de carácter remuneratorio el beneficio carecerá de efectos colaterales y por consiguiente su impacto económico será menor.

8. Los bienes de propia producción de la empresa. Respecto de este punto debe precisarse si se trata de la entrega de bienes destinados al consumo directo del trabajador o de su familia y en cantidad razonable, de manera que no se trate del encubrimiento de una remuneración en especie. El típico ejemplo de ese beneficio corresponde al otorgamiento de tarros de leche a los trabajadores de una empresa productora de alimentos lácteos.
9. Montos que se otorguen para el desempeño de las labores. En este grupo se incluyen aquellas sumas de dinero que se otorgan al trabajador para la realización de sus labores, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y, en general, todo aquello que cumpla dicho objeto y no represente una ventaja patrimonial para el trabajador. En esta materia debe enfatizarse que estas sumas deben estar sujetas a rendición de cuentas, ya que de otro modo corresponderían a montos otorgados con carácter de libre disposición y por ende serían de naturaleza remuneratoria.
10. La alimentación otorgada por el empleador. Este concepto abarca la alimentación que es proporcionada como condición de trabajo y resulte indispensable para la prestación del servicio, así como las prestaciones alimentarias que se otorguen bajo la modalidad de suministro indirecto conforme a la ley de la materia.

En este punto es indudable que la alimentación proporcionada por el empleador tendrá la naturaleza de condición de trabajo

cuando no resulta factible o razonable que sea el propio trabajador quien tenga que asumir su alimentación, sea por las dificultades logísticas que ello le ocasionaría o porque el centro de trabajo se encuentra ubicado en lugares remotos y de difícil acceso, como sucede con determinadas operaciones mineras o petroleras, entre otros supuestos.

En cambio, si el centro de trabajo está ubicado en una zona urbana o de fácil acceso, la alimentación otorgada por el empleador constituirá claramente una ventaja patrimonial, dado que el personal ya no tendrá que asumir dicho costo y por ende su naturaleza será remunerativa. Así, deberá ser justipreciada e incidir, por tanto, en el cómputo de todos los beneficios que se calculan con base en la remuneración. A esta prestación alimentaria se le denomina suministro directo.

Sin embargo, si la alimentación es proporcionada mediante suministro indirecto, esto es, a través de empresas proveedoras de alimentos, no tendrá naturaleza remuneratoria. A diferencia del supuesto comentado en el numeral precedente, en este caso no se percibe el sustento jurídico de efectuar el distingo en referencia, habida cuenta de que prácticamente se está estimulando al empleador a tener que contratar la provisión de alimentos a través de alguna de las empresas que brindan este servicio, con el fin de obtener una reducción de sus costos. Dicha situación no puede sino generarnos suspicacias.

3.4. Composición y tipos de remuneración

Sobre este particular, el TC ha desarrollado el contenido esencial del derecho a obtener una remuneración equitativa y suficiente, y ha señalado que este derecho está compuesto por un contenido esencial y un contenido accidental.

De acuerdo con el TC, el contenido esencial abarca los siguientes elementos: (i) acceso, lo que implica la prohibición del trabajo gratuito; (ii) no privación arbitraria del pago de la remuneración; (iii) prioridad frente al pago de otras obligaciones del empleador; (iv) equidad o prohibición de discriminación; y (v) suficiencia, lo que garantiza una cantidad mínima al trabajador, lo que no necesariamente puede identificarse con la remuneración mínima vital.

De otro lado, el TC ha definido que el contenido accidental del derecho al pago de la remuneración está conformado por: (i) la consistencia, esto es, que guarde relación con las condiciones de exigencia, responsabilidad y complejidad del cargo que ocupa el trabajador; y (ii) la intangibilidad, vale decir, que no resulta factible la reducción desproporcional de la remuneración. Abordaremos este último punto más adelante.

En este contexto, corresponde señalar que, salvo para la determinación del monto de la remuneración mínima², nuestra legislación no ha previsto un límite para el pago del salario en especie, como sí ocurre en otras latitudes. Sin embargo, el *quantum* del salario en especie debe ser analizado en función de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En otras palabras, no resultaría razonable que una empresa abone en especie el 100% de la remuneración, así se trate de bienes fácilmente comercializables, toda vez que ello afecta la libre disposición —característica fundamental de la remuneración— y terminaría convirtiendo a los trabajadores en meros comerciantes de los productos que han recibido para recién obtener el dinero necesario para satisfacer sus necesidades, con lo cual se los sujeta a los riesgos propios de una actividad comercial que no les compete ni tienen por qué asumir.

² El artículo 9 de la ley 28051 establece que el justiprecio de la alimentación otorgada al trabajador no puede exceder el 20% del monto de la remuneración ordinaria percibida por el trabajador y que, en ningún caso, podrá superar las dos remuneraciones mínimas vitales.

Veamos ahora como podría estar compuesta la remuneración, ya sea que se trate de remuneración principal, complementaria, de naturaleza fija o variable.

3.4.1. La remuneración principal

Como su nombre lo indica, constituye la fuente fundamental de los ingresos que percibe el trabajador como resultado de su actividad laboral. En otras palabras, es el monto que el trabajador, naturalmente, espera percibir por el desarrollo de sus funciones.

La remuneración principal puede tener distinta naturaleza, esto es, puede ser fija o variable. En el primer caso, el trabajador conoce con exactitud el monto que percibirá por la prestación de sus servicios. Así, a la remuneración principal fija se le suele denominar sueldo o salario básico.

La remuneración principal será variable cuando el monto exacto a ser percibido no está determinado, pero se determina cumplidas las condiciones para su pago, esto es, verificados los parámetros que permiten calcularlo. Típico ejemplo de esta modalidad es el caso de las comisiones que se perciben por la venta o colocación de determinados productos.

3.4.2. Los complementos remunerativos

En este grupo se ubican aquellos montos o conceptos que se otorgan al trabajador, con ocasión de la prestación de sus servicios, pero que no están comprendidos dentro de su remuneración básica, tales como el pago de horas extras, bonificaciones por resultados, entre otros.

3.5. Formalidad del pago

La remuneración puede abonarse directamente por el empleador o a través de tercero. Con la modificación introducida por el decreto supremo 003-2010-TR, se han incorporado reglas precisas para el pago de la remuneración a través del sistema financiero nacional. Así, pues, dentro del plazo de diez días hábiles de iniciado el vínculo laboral, el trabajador

debe comunicar al empleador la empresa del sistema financiero en el que deberán depositarse sus remuneraciones. De no efectuarse dicha comunicación, el empleador queda facultado a efectuar el pago de la remuneración en dinero en cualquier entidad del sistema financiero ubicada en el lugar del centro de trabajo. Igualmente, durante la vigencia de su contrato de trabajo, dentro de los primeros diez días hábiles del mes podrá cambiar la empresa del sistema financiero en la que desea que se le abone su remuneración, para lo cual debe indicar su número de cuenta. En cualquier caso, debe garantizarse la libre disposición y que ello no represente costo alguno al trabajador (art. 18.1 DS 001-98-TR).

De esta manera, si el pago es efectuado directamente por el empleador, este debe acreditarse con la boleta de remuneraciones firmada por el trabajador o con la constancia de depósito en la cuenta de ahorros a nombre del trabajador cuando se realice a través de las empresas del sistema financiero. En ambos casos debe cumplirse con la entrega de la boleta correspondiente.

Ciertamente, la bancarización del pago de las remuneraciones contribuye a combatir la informalidad existente en esta materia, además de facilitar un medio de prueba adicional sobre los montos efectivamente pagados.

La boleta de pago de las remuneraciones debe reflejar exactamente el contenido de la planilla mensual de pagos (PLAME) y ser suscrita por el empleador —la firma del trabajador es opcional—, pero en los casos en que la empresa cuente con más de cien trabajadores, el empleador o su representante legal podrá usar firma digitalizada, la cual tendría que encontrarse previamente registrada ante el registro de firmas a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Ante la falta de implementación del referido registro de firmas, recién con la promulgación del decreto legislativo 1310 del 29 de diciembre de 2016 se permitió la utilización de tecnologías de digitalización para la emisión, remisión y conservación de documentos en materia laboral. Por esta razón, a la fecha, es válido que el empleador pueda sustituir su firma

ológrafa y el sellado manual por la firma digital, conforme a las normas previstas sobre la materia para la utilización de firmas electrónicas (art. 3 decreto legislativo 1310).

3.6. Protección jurídica de la remuneración

Hemos señalado que el TC ha interpretado cuál es el contenido esencial y accidental del derecho constitucional a la remuneración, conforme se encuentra previsto en el artículo 24 de la Constitución. De ahí que el régimen de protección jurídica de este derecho se estructure sobre la base de dos elementos indispensables que configuran su marco protector: la intangibilidad y la prioridad del pago de la remuneración.

3.6.1. La intangibilidad

La remuneración tiene un carácter esencialmente alimentario, al ser esta la principal fuente de ingresos del trabajador. Por tanto, privar del pago de aquella, o reducirla indebidamente, podría poner en peligro no solo la subsistencia del propio trabajador, sino también la de su familia.

Atendiendo a dicho carácter alimentario, nuestro ordenamiento ha dotado a la remuneración de un carácter de intangibilidad, la cual supone la garantía particular de que no será objeto de reducciones inmotivadas o arbitrarias o de cualquier otra índole por parte del empleador o de terceros.

En relación con este carácter, el TC ha sostenido que no se afectará la intangibilidad cuando en el marco de una reestructuración remunerativa se observe que, por un lado, se trate de una medida excepcional, y, de otro que, de producirse una reducción, esta sea proporcional y no suponga una disminución significativa de la remuneración (FJ. 35 STC 00020-2012-AI/TC).

De este modo, en el caso de reducciones de remuneraciones, el TC admite su validez, ya sea de manera consensuada o no consensuada. En el primer caso, conforme a lo previsto en el artículo único de la ley 9463 del 17 de diciembre de 1941, se admite que, de común acuerdo

con el trabajador, se acuerde la reducción de la remuneración, así como la posibilidad de que el trabajador acepte un descuento efectuado por el empleador o disponga de manera anticipada de su remuneración (por ejemplo, descuentos por planilla destinados a amortizar créditos contraídos por el trabajador).

En el segundo caso, esto es, los supuestos de reducciones no consensuadas, se admitirán siempre que estos cuenten con una causa objetiva que los justifique, pues, de lo contrario se configuraría un acto de hostilidad equiparable al despido, tal y como prevé el inciso b) del artículo 30 de la LPCL (reducción de la remuneración). No obstante, el TC ha enfatizado que la reducción no consensuada es un supuesto de particular excepcionalidad, por lo que tendría que justificarse en la necesidad de cumplir objetivos económicos y financieros para garantizar la estabilidad y equilibrio económico del Estado o de una empresa o la necesidad de reorganizar el personal en función a los servicios que brinda el empleador (F.J. 44, STC 00020-2012-AI/TC).

Relacionado con el carácter intangible de las remuneraciones, se encuentra su inembargabilidad, siempre y cuando no excedan de cinco unidades de referencia procesal. De este modo, el exceso solo podrá ser embargado hasta una tercera parte y, de tratarse de obligaciones alimentarias de cargo del trabajador, el embargo resultará factible hasta el 60% del total de sus remuneraciones (inc. 6, art. 648, Código Procesal Civil).

3.6.2. La prioridad del pago del crédito laboral

Como ha señalado el profesor Bronstein (1987), el carácter prioritario o el privilegio del pago de los créditos laborales en los casos de quiebra del empleador es una institución que precede al derecho del trabajo, dado que sus orígenes se remontan, incluso, al Código Napoleón. Así, una eventual quiebra o concurso del empleador pondría en riesgo el pago de sus créditos laborales.

De ahí que diversos ordenamientos e instrumentos internacionales (como el Convenio 95 de la OIT) acogen variados mecanismos destinados a garantizar el pago de los créditos laborales e incluso se les otorga carácter prioritario y sin restricción alguna sobre otros créditos del empleador. A esta última modalidad el referido autor la denomina el superprivilegio del crédito laboral. Es este régimen el que recoge el artículo 24 de la Constitución y que regula el decreto legislativo 856, que establece tanto dicho carácter como el principio de persecutoriedad de los bienes del empleador.

Así, por el primero se ha previsto que los créditos laborales tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador, incluso respecto de créditos anteriores que cuenten con fe registral. Por ende, todos los bienes del empleador se encuentran afectos al pago del íntegro de los créditos laborales. Más aún, esta situación se extiende a quien sustituya total o parcialmente al empleador (art. 2 decreto legislativo 856).

Ahora bien, si el empleador optase por transferir sus bienes a terceros, y de esa forma tratar de eludir el pago del crédito laboral, nuestro ordenamiento ha establecido que tales bienes quedan afectos al pago de dichas obligaciones con carácter persecutorio. En otras palabras, si una tercera persona, natural o jurídica, adquiere algún bien del empleador deudor, el trabajador podrá requerir al juez que se cumpla con el pago de la deuda con cargo a dicho bien.

Sin embargo, para que opere el carácter persecutorio de los bienes del empleador debe configurarse alguno de los tres siguientes supuestos:

- a) El empleador ha sido declarado insolvente y como consecuencia se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa. En este caso, la persecutoriedad alcanza a las transferencias de activos fijos que se hayan producido dentro de los seis meses anteriores a la declaración de insolvencia del acreedor;
- b) Se ha producido disminución o distorsión injustificada de las actividades de la empresa con la finalidad de extinguir las

relaciones laborales del personal, se transfieren los activos fijos para la constitución de nuevas empresas o se abandona el centro de trabajo;

- c) El empleador no cumple en un proceso judicial con designar bienes libres de gravámenes para el pago de los créditos laborales materia del proceso (arts. 3 y 4, decreto legislativo 856).

3.7. Tributos y aportes que gravan la remuneración

La remuneración se encuentra afecta al pago del impuesto a la renta de quinta categoría, aporte a los sistemas previsionales (Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones) y la contribución a la seguridad social en salud, EsSalud. Los dos primeros son de cargo del trabajador y el tercero es de cargo del empleador.

Adicionalmente, si por la naturaleza de las obligaciones laborales el trabajador debe cumplir actividades de riesgo, el empleador deberá contratar el seguro complementario de trabajo de riesgo, cuyo aporte está fijado según el nivel de riesgo de la actividad.

3.8. Beneficios económicos establecidos por mandato legal

3.8.1. Asignación familiar

A partir de la ley 25129, promulgada el 6 de diciembre de 1989, los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada tienen derecho al pago de una asignación familiar equivalente al 10% de la remuneración mínima legal vigente en caso tengan a su cargo hijos menores de edad.

El beneficio es de periodicidad mensual y de naturaleza remunerativa y, por ende, incide en el pago de todos los beneficios laborales cuya base de cálculo es la remuneración, incluidos los aportes y contribuciones a los regímenes de seguridad social en salud y pensiones (art. 3 DS 035-90-TR).

La referida ley previó que solo tendrán derecho a este beneficio aquellos trabajadores cuyas remuneraciones no se regulen a través de convenciones

colectivas de trabajo (art. 1). A su vez, el trabajador deberá acreditar que cuenta con uno o más hijos menores de 18 años; el beneficio puede extenderse hasta los 24 años de edad si se encuentra cursando estudios superiores o universitarios (art. 2 ley 25129 y art. 11 D.S 035-90-TR).

Asimismo, existen reglas particulares que regulan este derecho, tales como: (i) si el padre y la madre son trabajadores del mismo centro de trabajo, ambos tendrán derecho a este beneficio; el trabajador está obligado a acreditar ante el empleador la existencia del hijo o hijos (art. 7 y 9 DS 035-90-TR) y (ii) si el trabajador percibe un concepto de semejante naturaleza, tendrá derecho a optar por el que le represente un mayor beneficio (art. 3 ley 25129).

Así, en atención a que los trabajadores que percibían beneficios establecidos en convenciones colectivas de trabajo no tenían derecho al pago de la asignación familiar, se partía del supuesto de que sobre la base de su autonomía colectiva las partes podían, válidamente, haber optado por pactar ese mismo beneficio u otro distinto, o privilegiar otros pagos diferentes a la asignación familiar, por ejemplo, porque la mayoría de los trabajadores ya no tienen hijos a los cuales alcance el beneficio.

Sin embargo, mediante la casación laboral 2630-2009-Huaura, la Corte Suprema de Justicia de la República estimó que la restricción establecida por el artículo 1 de la ley 25129 atentaba contra el principio del derecho a la igualdad y al mandato de no discriminación y ordenó que se reconozca dicha asignación a trabajadores regidos por negociación colectiva. De esta forma, conforme a este criterio jurisprudencial se estima que los trabajadores sujetos a negociación colectiva también tienen derecho al pago de la asignación familiar, no obstante que la norma legal establece expresa y claramente lo contrario.

De la misma forma, la casación laboral 16409-2014-Junín estableció que así el trabajador no hubiera cumplido con comunicar al empleador que tiene hijo o hijos dependientes, el empleador está obligado al pago de la asignación familiar, pues señala que esta corresponde a todos los trabajadores del régimen laboral privado y constituye un derecho mínimo

necesario protegido por la garantía de irrenunciabilidad prevista en la Constitución. Agregó que la interpretación de la norma legal enunciada debe tener presente los criterios que implícita o explícitamente se encuentran contenidos en el texto constitucional, que reconoce además el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias e igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores.

El fallo en referencia evidencia confusión de conceptos. La irrenunciabilidad prevista en la Constitución está referida a actos dispositivos del trabajador sobre derechos indisponibles, y no a las consecuencias de su acreditación tardía frente al empleador. A su vez, argüir la afectación de derechos vinculados a condiciones de trabajo equitativas o a la igualdad de oportunidades es un recurso manido en diversos fallos para emitir pronunciamientos que se apartan del texto claro y expreso previsto en la ley. Repárese, a su vez, en la ligereza con la que se ordena un reintegro de naturaleza salarial—que podría remontarse dieciocho años— y que obliga a recalcular todos los pagos que toman como base a la remuneración que han podido ser pagados durante ese periodo.

3.8.2. Gratificaciones legales y bonificación extraordinaria

Hasta antes de la promulgación de la ley 25129 del 15 de diciembre de 1989, regía en múltiples centros de trabajo la costumbre de otorgar a sus trabajadores un aguinaldo o pago especial por motivo de Fiestas Patrias y Navidad. Los montos eran variados según la capacidad económica de cada empresa y fluctuaban usualmente entre una semana y un mes de remuneración.

Con la promulgación de la acotada ley se recogió dicha costumbre y se fijó el pago en un nivel que correspondía al mayor monto, esto es, un sueldo mensual en el caso de los empleados y a treinta salarios en el caso de obreros, debiendo abonarse en la primera quincena de julio y diciembre. Así, para las grandes empresas, la ley no constituyó un nuevo costo laboral, pero para la pequeña y microempresa resultaba una carga económica significativa, por lo que contribuía a alentar la informalidad.

Este costo laboral, aunado a otros, dio lugar a que posteriormente se estableciera un régimen especial para dichas empresas, con lo cual se generaron importantes diferencias en los derechos laborales de origen legal aplicables a los trabajadores, según las dimensiones de la empresa en la cual presten servicios.

Posteriormente, mediante la ley 27735 de fecha 28 de mayo de 2002, se incorporaron mayores precisiones a la regulación de este beneficio:

1. Monto. Se precisó que las gratificaciones ascenderían a la remuneración que regularmente percibe el trabajador por la prestación de sus servicios (art. 1 ley 27735 y art. 2 DS 005-2002-TR). De este modo, la gratificación no necesariamente será equivalente al sueldo o remuneración básica del trabajador, sino que debían considerarse todos aquellos conceptos que califiquen como remuneración para todo efecto legal, excepto los ingresos no computables previstos en el artículo 19 del decreto supremo 001-97-TR, que ya hemos analizado.
2. Regularidad de la remuneración. Para efectos de la determinación de la remuneración computable para el pago de la gratificación se estableció que esta se calculará sobre la remuneración regular, entendida como aquella que el trabajador percibe habitualmente por la prestación de sus servicios, aun cuando pueda variar por incrementos u otros motivos. Así, cuando se trate de remuneraciones de naturaleza variable o imprecisa, se cumplirá el requisito de regularidad, cuando se perciban al menos durante tres meses en el semestre correspondiente al pago del beneficio (art. 3 ley 27735).

En este último caso, deberán sumarse todos los montos percibidos en el semestre y dividirse entre seis. El resultado se incorporará a la remuneración computable para el pago de la gratificación.

3. Condiciones. El trabajador debe encontrarse laborando en la oportunidad de pago de las gratificaciones o en uso de su descanso

vacacional, licencia con goce de remuneraciones por el pago de subsidios de la seguridad social o por accidentes de trabajo. Además, debe haber laborado por lo menos un mes completo.

De haber cumplido con este último requisito, pero no así el semestre completo, el trabajador tiene derecho al pago de la gratificación en forma proporcional a los meses calendarios completos efectivamente laborados en el semestre (art. 7 ley 27735). En igual sentido, si la relación laboral con un trabajador se extingue antes de la fecha de pago de las gratificaciones, pero, por lo menos, ha laborado un mes calendario completo en el semestre correspondiente, tendrá derecho al pago de la gratificación trunca (art. 5 DS 005-2002-TR).

4. Oportunidad del pago. El pago debe realizarse dentro de la primera quincena de julio y diciembre, siendo un plazo indisponible para las partes (art. 4 DS 005-2002-TR).
5. Periodo computable. Las gratificaciones deben tomar en cuenta los seis meses anteriores a su fecha de pago. Así, la gratificación de julio considera el periodo comprendido entre enero y junio. Respecto de la gratificación de diciembre, correspondería entonces tomar en cuenta el periodo de junio a noviembre. Ello quedó así plasmado en la versión original del artículo 3.3 del reglamento de la ley 27735, aprobado por decreto supremo 005-2002-TR.

No obstante, algún funcionario del sector trabajo pensó que era una equivocación que el mes de junio sea computado dos veces, esto es, tanto para la gratificación de julio como para la de diciembre y dispuso que se publique una fe de erratas para corregir el supuesto error del artículo 3.3 del reglamento. Así, se pasó a señalar que el periodo computable para la gratificación de diciembre se iniciaba en julio y culminaba en diciembre. A pesar de dicha corrección, el propio reglamento prevé que la remuneración computable para el pago de dicha gratificación es la vigente al 30 de noviembre, tal y como se advierte de lo dispuesto en su artículo 3.2.

Con base en galimatías generado por la fe de erratas indicada, el pago de la gratificación que se efectúa al 15 de diciembre sería solo un pago a cuenta sujeto a una liquidación final a efectuarse luego de concluido el mes de diciembre (luego de que se conozcan los conceptos percibidos durante ese mes que inciden en el cálculo de la gratificación, como sucede con las horas extras, por ejemplo).

Sin embargo, lo exacto es que el artículo 3.2 expresamente señala que la remuneración computable es la vigente al 30 de noviembre, mientras el artículo 3.3 señala que el periodo computable es de julio a diciembre.

Cuando dos normas de derecho se contradicen en el mismo texto legislativo no pueden ambas ser simultáneamente válidas y de ahí que estimemos que deberá recurrirse al método lógico para superar la indicada contradicción: si la gratificación de Navidad de diciembre debe abonarse al 15 de diciembre carece de sentido que deban considerarse para su cálculo pagos efectuados con posterioridad a la fecha en la que el beneficio se haya hecho efectivo y de ahí que, desde nuestra perspectiva, deba descartarse la aplicación de la fe de erratas en referencia.

6. Inafectación de las gratificaciones. Por tratarse de remuneraciones de naturaleza periódica, las gratificaciones legales de julio y diciembre se encontraban afectas tanto al pago de la contribución patronal a EsSalud, como a la deducción del aporte del trabajador a los sistemas previsionales.

Este hecho originó que a nivel legislativo se cuestionara la doble contribución que se realizaba en julio y diciembre al sistema de seguridad social en salud y pensiones, por lo que, el día 1° de mayo de 2009 se promulgó la ley 29351, en la que se estableció que las gratificaciones legales de julio y diciembre solo se encontrarían afectas al pago del impuesto a la renta de quinta categoría, pero no al pago de los aportes y contribuciones a los sistemas de seguridad social en salud y pensiones.

Nuestros legisladores de la época estimaron conveniente que, como los empleadores dejarían de pagar la contribución a la seguridad social en salud por las gratificaciones de julio y diciembre, entonces dicho monto tendría que ser abonado directamente a los trabajadores como una bonificación extraordinaria. Esta bonificación, al igual que las gratificaciones, solo estaría afecta al pago del impuesto a la renta de quinta categoría y no impactaría respecto a los otros beneficios sociales colaterales.

En un primer momento, la ley 29351 estableció que la bonificación extraordinaria se abonaría por un periodo máximo de dos años, pero luego se fue prorrogando hasta que, finalmente, el día 24 de junio de 2015, se promulgó la ley 30334 que otorgó perpetuidad a la entrega de esta bonificación «extraordinaria» tanto en los meses de julio y diciembre (art. 3 ley 30334).

Esta situación ha dado lugar a que desde la perspectiva de diversas autoridades de EsSalud se estime que ese régimen viene agudizando el desfinanciamiento económico de esta entidad y la precariedad de sus servicios.

3.8.3. Compensación por tiempo de servicios

Nos recuerda Morales Corrales (2001) que este beneficio ha tenido vigencia desde inicios del siglo XX y que tuvo su origen en la ley 4916 promulgada el 7 de febrero de 1924. En sus orígenes, acota el referido autor, solo se pagaba si se producía el cese por decisión unilateral del empleador; y, con posteriores dispositivos legales, fue mutando hasta que, finalmente, con la promulgación del decreto legislativo 650 se potenció su naturaleza previsional al establecerse reglas puntuales para que este beneficio sea cobrado por el trabajador, fundamentalmente, al término del vínculo laboral.

A la fecha, la CTS se encuentra regulada, principalmente, por el decreto supremo 001-97-TR, que aprobó el texto único ordenado del

decreto legislativo 650, y su reglamento, aprobado por el decreto supremo 004-97-TR. Con posterioridad a dichas normas generales, el gobierno emitió distintas disposiciones con el objeto de «dinamizar» la economía, y estableció un régimen especial de disponibilidad del monto acumulado que se encuentre depositado en la cuenta CTS del trabajador.

Veamos a continuación las principales características de este beneficio:

1. Finalidad. La CTS fue estructurada como una especie de seguro de desempleo para el trabajador, de modo que este pueda contar con recursos económicos al momento en que se extinga la relación laboral. Esta finalidad se encuentra recogida de manera expresa en el artículo 1 de la Ley de CTS, que señala que este beneficio «tiene la calidad de beneficio social de previsión de las contingencias que origina el cese en el trabajo y de promoción del trabajador y su familia».

En virtud a dicha finalidad, el trabajador no podía disponer libremente de sus fondos de CTS, pues se desvirtuaría su objeto previsional.

Por esta razón, originalmente, la libre disposición con cargo al depósito de CTS e intereses acumulados se limitó a un máximo del 50% depositado en la cuenta del trabajador (arts. 41 y 42, Ley de CTS).

Sin embargo, posteriormente se emitieron una serie de dispositivos legales que autorizaron progresivamente la disponibilidad de los depósitos de la CTS, bajo el argumento de que era necesario reactivar el mercado ante una situación de desaceleración económica que venía presentando el país. De este modo, en la actualidad, los trabajadores pueden disponer de hasta el 100% del excedente de 4 remuneraciones mensuales brutas que se encuentren depositadas en su cuenta CTS (art. 5.1 ley 30334 y art. 8 DS 012-2016-TR). La lógica de este plazo se explicaría en que se ha estimado que ese es el

número de meses que, en términos generales, tarda un trabajador en obtener un nuevo empleo.

La posibilidad de retirar el saldo de la CTS obedece a una constatación fáctica: el trabajador promedio prefiere privilegiar el consumo presente que efectuar un ahorro destinado a superar contingencias futuras derivadas del desempleo. A ello se agrega el malestar que genera entre los trabajadores que la tasa pasiva que las instituciones financieras reconocen por los depósitos de la CTS es significativamente menor que la tasa activa correspondiente a los préstamos que otorgan, más allá del sustento que dicha situación pueda tener conforme a los índices de morosidad que los préstamos bancarios suelen afrontar.

Cabe acotar que esta particularidad ha vuelto a verificarse con los fondos que gestionaban las AFP, destinados a solventar las pensiones una vez que el trabajador alcance la edad de jubilación. Una vez que ley 30425 autorizó la libre disponibilidad de hasta el 95,5% del fondo de pensiones, fueron miles los trabajadores que optaron por el retiro inmediato de sus fondos.

2. Devengue y depósitos. La CTS se devenga desde el primer mes de iniciado el vínculo laboral y, cumplido este requisito, las fracciones de mes se computan por treintavos. Dentro de los primeros quince días de los meses de mayo y noviembre el empleador debe depositar semestralmente el monto de la CTS. Dicho depósito debe efectuarse en la institución financiera libremente elegida por el trabajador (arts. 2, 21 y 22 Ley CTS).

Al inicio del vínculo laboral, el trabajador deberá comunicar por escrito y bajo cargo a su empleador, la institución del sistema financiero en el que se realizarán los depósitos de CTS, así como el tipo de moneda (nacional o extranjera) elegido. De no cumplir con esta obligación, el empleador decidirá la institución en la que efectuará los depósitos (art. 23 Ley de CTS).

3. Requisitos. Tendrán derecho al pago de CTS aquellos trabajadores que cumplan, por lo menos en promedio, una jornada mínima de cuatro horas (art. 4 Ley de CTS). Para este efecto, se cumple con dicho requisito en los casos que la jornada semanal del trabajador, dividida entre seis o cinco días —según corresponda a los días de trabajo que el trabajador cumple en una semana— resulte en un promedio no menor de cuatro horas diarias. A su vez, en caso de jornadas inferiores a cinco días por semana, se tendrá derecho a la CTS siempre que la jornada semanal sea por lo menos de veinte horas a la semana (art. 3 DS 004-97-TR).

Están excluidos del pago de este beneficio aquellos trabajadores cuyas remuneraciones asciendan al 30% o más del importe de las tarifas que paga el público por los servicios que brinda el empleador (art. 5 Ley de CTS). Este régimen es común en determinados servicios, tales como peluquerías, talleres de servicios a vehículos, etcétera.

4. Remuneración computable. La remuneración computable para el pago de este beneficio debe considerar aquellos conceptos que califican como remuneración para todo efecto legal, incluyendo a la remuneración en especie, conforme a lo previsto en el artículo 6 de la LPCL, con excepción de los ingresos no remunerativos previstos en los artículos 19 y 20 de la Ley de CTS, los cuales ya hemos examinado.

Al igual que en el caso de las gratificaciones legales, respecto a las remuneraciones de naturaleza variable o imprecisa debe verificarse previamente el cumplimiento del requisito de regularidad de la remuneración (percepción del concepto por lo menos durante tres meses en el periodo correspondiente). Para su incorporación a la remuneración computable se suman los montos percibidos y el resultado se divide entre seis (art. 16 Ley de CTS).

En el caso de comisionistas, destajeros y todos aquellos que perciban remuneraciones principales imprecisas, la remuneración computable se establece en función del promedio de todos los montos percibidos durante el semestre. En caso el periodo sea menor, la remuneración computable se establecerá a partir del promedio diario de lo percibido en el periodo (art. 17 Ley de CTS).

5. Periodo computable. La CTS se liquida dos veces en el año en función a los periodos semestrales comprendidos entre (i) noviembre y abril, cuyo depósito se efectúa en el mes de mayo; y (ii) entre mayo y octubre, cuyo depósito se efectúa en el mes de noviembre.

La liquidación se efectúa a razón de un dozavo de la remuneración computable por cada mes completo laborado por el trabajador durante los indicados semestres (art. 21 Ley de CTS).

Dentro de los cinco días hábiles siguientes al depósito, el empleador debe cumplir con proporcionar al trabajador una liquidación que contenga y explique el monto que ha sido depositado y cómo se ha determinado (art. 29 Ley de CTS).

6. Intangibilidad. Nuestro ordenamiento ha otorgado una especial protección a la CTS, de tal manera que no puede ser objeto de embargos o retenciones de cualquier índole, salvo procesos por alimentos, en el que se permite afectar este beneficio hasta un monto máximo del 50% (art. 37 Ley de CTS).

Dicho límite, igualmente, se aplica en forma conjunta para los casos de compensación de sumas adeudadas por los trabajadores a sus empleadores, o para el otorgamiento de garantías, préstamos y deudas contraídas con cooperativas de ahorro y crédito, entre otras (art. 40 Ley de CTS y art. 14 DS 004-97-TR).

7. Pago. La CTS se paga al término del vínculo laboral, de manera que recién entonces el trabajador puede retirar las sumas que le han sido depositadas en su cuenta. Para este efecto deberá contar

con la carta de autorización de su empleador en la que se certifique el cese (arts. 44 y 45 Ley de CTS). Con dicha comunicación, la entidad depositaria dispondrá la inmediata liberación de los fondos de CTS del trabajador.

3.8.4. Participación en las utilidades

El derecho a la participación en las utilidades y a cualquier forma de participación en la gestión de la empresa se encuentra reconocido de forma expresa en el artículo 29 de la Constitución. Este derecho se orienta, de una parte, a que el trabajador sea partícipe de las ganancias obtenidas por la empresa y, de otra, a contribuir a que confluyan los intereses del empleador y del trabajador en los resultados económicos que obtenga la empresa al término del ejercicio.

Este beneficio puede alcanzar un importe de hasta dieciocho remuneraciones, vale decir, que puede representar un ingreso de mayor significación económica para el trabajador que el íntegro de la remuneración anual, incluidas las dos gratificaciones legales y la CTS. Empero, puede también generar distorsiones en las políticas remuneratorias de la empresa. A modo de ejemplo, es el caso de la empresa que desea retribuir a sus trabajadores con un pago especial si es que la tasa de accidentes se reduce significativamente y si la productividad alcanza los niveles que se esperan. Ninguno de los objetivos se obtiene —o peor aún, se retrocede respecto a los ratios preexistentes— y, sin embargo, fruto de un hecho coyuntural —como por ejemplo la subida del precio de los minerales que exporta la empresa— debe pagar importantes montos por concepto de participación en las utilidades.

Lo inverso también podría suceder. La empresa espera retribuir con la participación en las utilidades los esfuerzos del personal por haber alcanzado los objetivos indicados. Sin embargo, sus resultados económicos han sido ampliamente negativos por circunstancias propias del mercado.

De ahí que una participación en las utilidades que no necesariamente responde al esfuerzo desplegado en los resultados obtenidos puede dar lugar a gruesas inconsistencias.

En la historia de nuestro país han existido hasta tres formas de participación de los trabajadores: (i) la participación en las utilidades, esto es, la distribución de una parte de la renta líquida del empleador; (ii) la participación de los trabajadores en la gestión o administración de la empresa; y, (iii) la participación en la propiedad de la empresa (Pasco Cosmópolis, 1997a). En el Perú estas formas de participación tuvieron intensa presencia entre los años 1970 y 1991, pero con la Constitución de 1993 y la normativa de desarrollo sobre esta materia, solo se mantiene la participación en las utilidades de la empresa. La regulación relativa al pago de este beneficio se encuentra recogida en los decretos legislativos 677 y 892, la ley 28873, así como en el decreto supremo 009-98-TR.

Revisaremos brevemente algunas de las condiciones previstas para la percepción de este derecho:

1. Empresas obligadas al pago de utilidades. Este beneficio solo resulta exigible si al cierre del ejercicio económico la empresa ha obtenido utilidades y cuenta con veinte o más trabajadores (art. 9 decreto legislativo 677). Para determinar si se cuenta con dicho número de trabajadores se considerará a quienes durante el respectivo ejercicio económico han trabajado para la empresa, sea a plazo indeterminado, a plazo fijo o a tiempo parcial. Así, se suma el número de trabajadores que han prestado servicios para el empleador durante cada mes del año y el resultado se dividirá entre doce, redondeándose a la unidad superior la fracción superior o igual a 0,5 (art. 2 DS 009-98-TR).

La participación está fijada en un porcentaje de la renta anual antes de impuestos, definida en función de las actividades económicas que realice el empleador, a saber: a) 10% las empresas pesqueras y de telecomunicaciones; b) 8% las empresas mineras, de comercio

al por mayor y menor y los restaurantes; y c) 5% las empresas que realizan otro tipo de actividades.

La utilidad considerada para que se genere la obligación de otorgar este beneficio es la utilidad tributaria (no así la contable) luego de haber compensado la pérdida proveniente de ejercicios anteriores, sin que para este efecto pueda incluirse la deducción de la participación en las utilidades de los trabajadores (art. 2 ley 28873).

2. Forma de pago. El porcentaje resultante se distribuye en función a dos variables: 50% en función a los días laborados y 50% en función a las remuneraciones percibidas.

a) Días laborados. El monto (el 50% en referencia) se divide entre la suma total de días laborados por todos los trabajadores y el resultado se multiplica por el número de días laborados por el respectivo trabajador.

Se ha precisado que se entenderá por días real y efectivamente laborados a aquellos en los que el trabajador cumpla efectivamente la jornada ordinaria de la empresa, así como las ausencias que deben ser consideradas como asistencias por mandato legal expreso (art. 4 DS 009-98-TR). Entre dichas ausencias encontramos las siguientes:

Inasistencias consideradas como día efectivamente laborado	Base legal
Permisos y licencias sindicales	Último párrafo art. 32 decreto supremo 010-2003-TR
Días de inasistencia por cierre de local por la comisión de infracciones tributarias. No se aplica para trabajador o trabajadores responsables de la infracción	Penúltimo párrafo art. 183 Código Tributario, decreto supremo 139-99-EF
Días no laborados por el trabajador en caso de despido nulo	Art. 54 reglamento de la Ley de fomento al empleo, decreto supremo 001-96-TR

Hora de lactancia materna	Artículo único de la ley 27403
Días no laborados por suspensión de actividades en una empresa debido a situaciones de caso fortuito y fuerza mayor señaladas por el empleador, que luego no han sido comprobadas por la AAT	Art. 23 reglamento de la Ley de fomento al empleo, decreto supremo 001-96-TR
Días de descanso médico por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, debidamente acreditado por el trabajador, conforme las normas de la Ley de seguridad y salud en el trabajo	Quinta disposición complementaria modificatoria de la ley 29783, Ley de seguridad y salud en el trabajo
Los días de descanso pre y posnatal	Ley 30792 que modificó el artículo 2 del decreto legislativo 892

Remuneraciones percibidas: el monto (el otro 50% en referencia) se divide entre la suma de todas las remuneraciones percibidas por todos los trabajadores durante el ejercicio y el resultado se multiplicará por el total de las remuneraciones percibidas por el trabajador. Para este efecto se considera como remuneración a la definida en el artículo 6 de la LPCL que hemos analizado en el presente capítulo.

Como ya se adelantó, la participación en las utilidades está sujeta a un tope de dieciocho remuneraciones mensuales. Su abono debe hacerse efectivo dentro de los treinta días naturales siguientes al vencimiento del plazo de la presentación de la declaración jurada anual del impuesto a la renta de la empresa, acompañada de una liquidación en que se detalle la forma de cálculo.

A diferencia de lo que sucede con el resto de los créditos laborales, en que en caso de incumplimiento de pago se genera automáticamente la obligación de reconocer el interés laboral,

en la participación en las utilidades el incumplimiento de pago dentro del plazo antes indicado solo genera intereses a partir de que el trabajador intime en mora por escrito al empleador (arts. 6 y 7 decreto legislativo 892).

Cabe destacar que los trabajadores cesados antes de la fecha de pago de la participación en las utilidades también tienen derecho a percibir los montos respectivos dentro del plazo de prescripción establecido por ley; sin embargo, en este último caso no se devengan los intereses moratorios (art. 18 DS 009-98-TR).

- b) Fondo empleo. En caso exista un remanente entre el porcentaje que corresponde distribuir a la empresa según su tipo de actividad y el límite de dieciocho sueldos antes señalado, este debe ser transferido al Fondo Nacional de Capacitación Laboral y de Promoción del Empleo. El fondo es una persona jurídica de derecho privado administrado por un consejo directivo, el cual está integrado por: a) dos representantes del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, b) un representante del Ministerio de Agricultura, c) un representante del Ministerio de la Producción, d) un representante de las empresas generadoras de los remanentes aportados al fondo y e) un representante de los trabajadores de las empresas aportantes al fondo. Hay que reparar en que la mayoría de integrantes del fondo corresponde a representantes del Poder Ejecutivo, por lo que es este finamente el que decide la inversión del fondo sobre la base de un amplio abanico de posibilidades: financiamiento de proyectos, programas de promoción del empleo, mejora de la empleabilidad, capacitación a los trabajadores en derechos fundamentales, entre otros supuestos.

3.8.5. *Otros (seguro de vida ley)*

El trabajador que cumple cuatro años de servicios para un mismo empleador tiene el derecho a que este le contrate una póliza de seguro de vida. Los beneficiarios de este seguro serán el cónyuge o conviviente y los descendientes del trabajador. A falta de estos, corresponderá a sus ascendientes y hermanos menores de dieciocho años (art. 1 decreto legislativo 688).

Sin embargo, y por excepción, se otorga un beneficio sustitutorio consistente en el derecho a cobrar el capital asegurado en lugar del que hubiera correspondido en caso de fallecimiento, cuando el trabajador sufra un accidente que le produzca invalidez total y permanente, entendiéndose por tal a la alienación mental absoluta e incurable, el descerebramiento que impida efectuar el trabajo u ocupación por el resto de la vida, la fractura incurable de la columna vertebral, la pérdida total de la visión de ambos ojos, o de ambas manos, o de ambos pies, o de una mano y un pie (arts. 4 y 5 decreto legislativo 688).

La remuneración asegurable para este seguro está compuesta por todas las sumas mensuales que perciba el trabajador como contraprestación por sus servicios; se excluyen por tanto las gratificaciones, participaciones, compensación vacacional adicional, entre otras (art. 9 decreto legislativo 688).

El monto del beneficio dependerá de la contingencia que sufra el trabajador. Así, en caso de fallecimiento natural, se abonarán 16 remuneraciones que se determinarán sobre la base del promedio percibido por el trabajador durante el trimestre previo al fallecimiento; por fallecimiento a causa de accidente, 32 remuneraciones; y, por invalidez total y permanente, 32 remuneraciones mensuales percibidas por el trabajador a la fecha previa del accidente (art. 12 decreto legislativo 688).

Finalmente, cabe destacar que, si el empleador no cumpliera con la contratación de la póliza y se produce alguno de los siniestros antes detallados, se encontrará obligado a pagar los montos señalados en el párrafo anterior (art. 7 decreto legislativo 688).

3.9. La jornada de trabajo y los descansos remunerados

3.9.1. *Concepto de jornada y horario de trabajo*

Tradicionalmente se ha conceptualizado que el día debe estar dividido en tres segmentos de ocho horas: uno dedicado al trabajo, otro a la recreación y otro al descanso. El tiempo destinado al trabajo, propiamente, la jornada de trabajo, está definido como la duración del tiempo diario y semanal en el que se desarrolla la actividad laboral. En cambio, el horario está comprendido por el tiempo exacto en el que se inicia y termina la jornada diaria de trabajo.

Como recordaba Pasco Cosmópolis (1993), a raíz de una huelga general de trabajadores llevada a cabo del 13 al 15 de enero de 1919, el presidente José Pardo promulgó un decreto supremo que estableció la jornada máxima de trabajo de ocho horas diarias, con lo cual se anticipó al Convenio OIT 1 que fuera adoptado en ese mismo año.

Nuestra Constitución ha establecido expresamente que la jornada ordinaria de trabajo es de 8 horas diarias o de 48 horas semanales, como máximo. Repárese en que los dos límites en referencia no corresponden a una conjunción, vale decir, que podrá superarse el límite de 8 horas diarias con cargo a respetarse el tope de 48 horas semanales. A su vez, pueden establecerse jornadas acumulativas o atípicas, siempre que el promedio de horas laboradas en los respectivos periodos no exceda dicho máximo (art. 25).

En el ámbito legal existen diversas disposiciones que han desarrollado el derecho a la jornada máxima de trabajo, conforme analizaremos brevemente en los siguientes puntos.

3.9.1.1. Tipos de jornada de trabajo. Sistemas acumulativos de trabajo y descanso

- a) Jornada máxima legal. Se rigen por los topes antes indicados (8 horas diarias o 48 horas semanales).

- b) Jornada ordinaria. Es la establecida de manera general para todos los trabajadores del centro de trabajo o para un determinado sector de la empresa. Esta jornada puede implicar el cumplimiento de un número de horas de trabajo igual o menor la jornada máxima de trabajo.
- c) Jornadas acumulativas o atípicas de trabajo y descanso. Existen múltiples actividades económicas que, en razón de la particularidad de la locación en la que ejecutan o la naturaleza de sus servicios no pueden adecuar sus labores a una jornada típica de trabajo, en la que, en términos generales, luego de cumplidas las labores el trabajador goza de ocho horas destinadas a la recreación y ocho horas destinadas al descanso. Así, pues, en los centros de trabajo ubicados en zonas inhóspitas o remotas, en los que el trabajador debe invertir un tiempo excesivo en el traslado, o personal embarcado, entre otros supuestos, cabe la posibilidad de implementar sistemas de acumulación de días de trabajo consecutivo, seguido de días consecutivos de descanso. Así, los periodos de descanso compensan la labor prestada tanto en exceso de ocho horas diarias como durante el día de descanso semanal o durante días feriados.

Nuestra legislación y jurisprudencia establecen que las horas de trabajo comprendidas en los sistemas acumulativos de trabajo y descanso no pueden superar, en promedio, las 8 horas diarias o 48 horas semanales, dentro del periodo correspondiente (art. 25 Constitución; art. 4 DS 007-2002-TR, TUO decreto legislativo 854 Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo, modificado por ley 27671, en adelante, Ley de jornada). A su vez, para determinar el promedio respectivo, la legislación establece que debe dividirse el total de horas laboradas entre el número de días del ciclo o periodo completo, incluyendo los días de descanso (art. 9 DS 008-2002-TR).

Nuestro ordenamiento no ha precisado qué debe entenderse por «periodo correspondiente», por lo que resulta necesario recurrir a la

legislación internacional sobre la materia, vale decir, al Convenio OIT 1, que prevé que cuando el trabajo se efectúe por equipos «la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho horas por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un periodo de tres semanas u otro más corto, no exceda de ocho horas diarias, ni de cuarenta y ocho horas semanales».

El Tribunal Constitucional, en su resolución aclaratoria emitida en el expediente 4635-2004-AA/TC, acogió el criterio previsto en el Convenio OIT 1, de modo tal que, en los casos de regímenes acumulativos de trabajo y descanso, el promedio de horas laboradas debe computarse en un periodo de tres semanas u otro más corto; y que, además, la validez de este tipo de sistemas de trabajo debe quedar sujeta a un test de protección de la jornada máxima de trabajo (F.J. 14 y 15 de la resolución aclaratoria del 11 de mayo de 2006).

Debe destacarse la acogida que en nuestro país han tenido los sistemas acumulativos de trabajo y descanso, en particular en las actividades mineras y petroleras o personal embarcado. En efecto, en atención a que estas operaciones se desarrollan usualmente en locaciones remotas o de difícil acceso, no es factible que el trabajador retorne a su hogar al término de su jornada diaria de trabajo y de ahí que deba permanecer en campamentos ubicados en el propio lugar de las operaciones. A su vez, tampoco resulta razonable estimar que el trabajador pueda asignar ocho horas diarias a la recreación, habida cuenta de que no le resulta factible desplazarse fuera del lugar de trabajo. Así, para este tipo de actividades suelen aplicarse jornadas extendidas de hasta doce horas diarias, que son compensadas con el otorgamiento de días de descanso consecutivo.

Sin embargo, el establecimiento de un sistema acumulativo de trabajo y descanso debe encontrarse sustentado en sólidas razones objetivas que justifiquen su implantación y no así en meras preferencias del empleador.

3.9.1.2. Modificación de horario y jornada de trabajo

Dentro de las facultades que corresponden al poder de dirección del empleador se encuentra la posibilidad de modificar el horario o la jornada de trabajo que cumple el personal. Sin embargo, dependiendo de la magnitud de la modificación, el empleador deberá seguir o no un procedimiento de consulta con el personal involucrado.

En efecto, el empleador está facultado a realizar las siguientes modificaciones: (i) establecer la jornada ordinaria de trabajo, diaria o semanal; (ii) establecer jornadas compensatorias de trabajo, sin exceder las 48 horas por semana; (iii) reducir o ampliar el número de días de la jornada semanal de trabajo, sin exceder las 48 horas por semana; (iv) establecer turnos de trabajo fijos o rotativos, según las necesidades del centro de trabajo; y, (v) establecer y modificar los horarios de trabajo (art. 2 Ley de jornada).

En todos los casos antes mencionados, salvo cuando se modifique el horario de trabajo en menos de una hora, el empleador estará obligado a comunicar la medida a los trabajadores afectados o al sindicato con un plazo no menor a ocho días de anticipación, a efectos de explicar la medida y los motivos que la sustentan. Dentro de dicho plazo, los trabajadores afectados o el sindicato podrían solicitar una reunión con el empleador para proponerle una medida distinta a la inicialmente planteada. Si no se llegase a acuerdo, el empleador podrá implementar la medida y los trabajadores afectados, dentro del plazo de diez días naturales siguientes a su implementación, podrán recurrir al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para que esta entidad se pronuncie sobre la procedencia de la medida (art. 2.2, Ley de jornada).

Creemos que este mismo procedimiento deberá observarse cuando se trate de la extensión de las horas de trabajo hasta los límites de la jornada máxima legal en tanto que suponga una modificación del horario en más de una hora.

En cambio, si se trata de modificaciones del horario de trabajo o en caso de extensión de la jornada de trabajo hasta alcanzar los límites

máximos legales de la jornada que supongan una alteración del horario en cantidad menor a una hora, el empleador está facultado a implementar estas medidas directamente.

La ampliación de la jornada de trabajo determina el incremento proporcional de la remuneración en función al tiempo adicional (art. 3 Ley de jornada).

3.9.1.3. El trabajo en sobretiempo

El trabajo en sobretiempo supone efectuar una labor que exceda la jornada ordinaria vigente en el centro de trabajo, aun cuando se trate de una jornada menor al máximo legal. A su vez, el trabajo en sobretiempo, *per se*, supone una labor de carácter extraordinario, en función a las necesidades existentes en el centro de trabajo.

Por esta razón, nuestra legislación ha establecido que el sobretiempo es voluntario tanto en su otorgamiento por parte del empleador como en su prestación por parte del trabajador. De ahí que el trabajador no se encuentre obligado a prestar labor en sobretiempo, salvo que se presenten situaciones especialmente excepcionales a consecuencia de hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o a los bienes del centro de trabajo o a la continuidad de la actividad productiva (art. 9 Ley de jornada).

Teniendo en cuenta su carácter voluntario, la imposición del trabajo en sobretiempo es considerada una infracción muy grave en materia de relaciones laborales y que, sin perjuicio de la multa que SUNAFIL pueda aplicar, determina que el empleador deberá abonar al trabajador una indemnización económica equivalente al 100% del valor de la hora extra. A modo de ejemplo, si la hora ordinaria tiene un costo de S/. 10,00 y la hora extra S/. 12,50, la sobretasa del 100% en referencia implicará el pago de S/. 25,00 por cada hora extra laborada.

Si bien el trabajo en sobretiempo es voluntario para ambas partes, si el trabajador demuestra haberlo prestado a pesar de no contar con la autorización expresa del empleador, operará una presunción sobre su

autorización tácita, por lo que habrá obligación de retribuir el sobretiempo. Con el propósito de evitar la aplicación de dicha presunción, algunos empleadores optan por establecer mecanismos de autorización y control rigurosos a la vez que prohíben la permanencia del trabajador en las instalaciones de la empresa luego de concluido el horario de trabajo. Sin embargo, si el trabajador solicitase permiso para permanecer en su lugar de trabajo con el fin de realizar actividades personales, dicha presunción resultaría desvirtuada, siempre que ello resulte debidamente acreditado.

El sobretiempo debe ser retribuido con un recargo del 25% del valor hora por las dos primeras horas; y, las siguientes, con el 35% (art. 10 Ley de jornada). Este valor hora se calcula en función a la remuneración ordinaria semanal, quincenal o mensual percibida por el trabajador, incluyendo el valor de la alimentación, salvo aquellas remuneraciones complementarias de naturaleza variable o imprecisa, así como aquellas que se perciban en una periodicidad distinta (art. 11 Ley de jornada). No puede citarse una base de cálculo o sobretasa inferior. De ser así, el pacto incurriría en vicio de nulidad al atentar contra el principio de irrenunciabilidad de derechos. Por el contrario, sí podrían pactarse bases de cálculo y porcentajes que resulten superiores a los parámetros establecidos por ley.

El sobretiempo puede ocurrir antes o después del horario de trabajo establecido por empleador. No obstante, en caso de que el sobretiempo se realice de manera previa o posterior al trabajo nocturno, el valor por hora se calculará teniendo en cuenta la remuneración establecida para la labor en dicho horario. La misma regla se aplicará en caso de que el sobretiempo se realice de manera previa o posterior al horario diurno. Si se trata de un trabajador que realiza horario diurno y nocturno, el sobretiempo se abonará en función al valor hora correspondiente al horario en el que se ejecutó el mismo (art. 23 DS 008-2002-TR).

Nuestra legislación permite que el empleador y el trabajador puedan acordar por escrito compensar el sobretiempo con periodos equivalentes de descanso (art. 10 Ley de jornada). Este descanso compensatorio debe disfrutarse dentro del mes calendario siguiente a la fecha en la que se realizó

el trabajo en sobretiempo, salvo que las partes acuerden, expresamente, compensar en un periodo diferente (art. 26 DS 008-2002-TR). No obstante, si bien las partes pueden acordar un plazo diferente y la ley no ha previsto un plazo determinado, entendemos que el pacto debería sujetarse a un criterio de razonabilidad. A modo de ejemplo, resultaría irrazonable que se acuerde la compensación del sobretiempo al cabo de un año de realizado.

El personal de dirección o de confianza no sujetos a control efectivo del tiempo de trabajo y en general el personal que preste sus servicios en la misma forma no se encuentra sujeto al pago de sobretiempos (art. 5 Ley de jornada y art. 11 DS 008-2002-TR).

3.9.1.4. Horario de refrigerio

Nuestra legislación ha establecido que en los casos de labores en horario corrido el trabajador tendrá derecho a disfrutar su refrigerio en un tiempo no menor de 45 minutos, los cuales no forman parte de la jornada de trabajo, salvo convenio colectivo en contrario (art. 7 Ley de jornada). Este horario tiene por finalidad que la ingesta de la alimentación principal del trabajador coincida con la oportunidad del desayuno, almuerzo o cena. Más aún, el empleador debe otorgar el refrigerio dentro del horario de trabajo, no pudiendo otorgarlo ni antes ni luego de este (arts. 14 y 15 DS 008-2002-TR).

Ahora bien, el periodo de refrigerio fue establecido en nuestro país hace más de cuatro décadas, cuando aún existían jornadas partidas, vale decir, que el personal laboraba determinadas horas en las mañanas y luego acudía a sus domicilios a tomar sus alimentos, para regresar a cumplir con su jornada por la tarde. De ahí que, a inicios de la década de 1970, mediante el decreto ley 18223, se establecieron los horarios corridos con el fin de ahorrar traslados de los trabajadores.

Existe un nivel de debate sobre si corresponde otorgar el periodo de refrigerio cuando la jornada es inferior a cuatro horas diarias. El tema carece de regulación expresa, pero entendemos que si el horario coincide

con el periodo habitual en que se ingiere un alimento principal debería otorgarse el periodo de refrigerio.

A modo de ejemplo, el empleador desea establecer una jornada a tiempo parcial entre las 11:00 a.m. y las 2:50 p.m. Ese horario debería prever un periodo de refrigerio, por ejemplo, entre la 1:00 p.m. y la 1:45, y por ende el horario se extendería hasta las 3:35 p.m.

3.9.1.5. Horario nocturno

El horario nocturno es el que se ejecuta entre las 10:00 p.m. y las 6:00 a.m. Si el empleador ha previsto la realización de labores dentro de este horario, en lo posible, deberá prever que sea rotativo.

Se ha previsto una remuneración mínima por trabajo nocturno, la cual no puede ser inferior a un recargo del 35% de la remuneración mínima vital vigente en la fecha de pago (art. 8 DS 007-2002-TR). Así, nuestro ordenamiento no contempla una sobretasa por cada hora laborada en horario nocturno, sino más bien una remuneración mínima nocturna. En otras palabras, aquel trabajador que labore en dicho horario, no puede percibir una remuneración inferior a la que ha sido fijada por ley.

3.9.2. Descansos remunerados establecidos en la legislación peruana

3.9.2.1. Descanso semanal obligatorio

Por cada semana de trabajo, el trabajador tiene derecho a 24 horas consecutivas de descanso remunerado, el cual debe disfrutarse de manera preferente en día domingo (art. 1 decreto legislativo 713). El monto equivale al de un día de trabajo y se abona de manera directamente proporcional a los días laborados en la respectiva semana (art. 4 decreto legislativo 713).

Si el trabajador labora durante su día de descanso semanal obligatorio y este no ha sido sustituido por otro dentro de la misma semana, el empleador queda obligado a abonar la remuneración correspondiente a la labor efectuada más una sobretasa del 100% (art. 3 decreto legislativo 713).

Debemos enfatizar que se trata de un descanso consecutivo, por lo que el solo hecho que el trabajador labore algunas horas durante su día de descanso semanal obligatorio determinará que, en caso no se opte por abonar la sobretasa respectiva, el empleador se encuentre obligado a otorgar un descanso compensatorio de veinticuatro horas consecutivas.

El día de trabajo sobre el cual se abona el descanso semanal debe calcularse tomando en cuenta la remuneración ordinaria que percibe el trabajador de forma semanal, quincenal o mensual, ya sea en dinero o en especie, incluyendo el valor de la alimentación. No se incluirán las remuneraciones complementarias variables o imprecisas que se abonen en una periodicidad superior a la semanal, quincenal o mensual (art. 4 DS 012-92-TR).

Cabe destacar que existen exclusiones expresas para el otorgamiento de descanso sustitutorio y el pago de la sobretasa en el caso de labor en el día de descanso semanal obligatorio. En efecto, el artículo 5 del reglamento del decreto legislativo 713, aprobado por decreto supremo 012-92-TR, ha establecido que los miembros de una misma familia, los trabajadores que realizan actividades exclusivamente de dirección o inspección, y todos aquellos que realizan sus labores sin fiscalización superior inmediata o que perciban el 30% o más del importe de las tarifas de los servicios que cobra el empleador, no podrán exigir el descanso sustitutorio, ni el pago de la sobretasa por labor en el día de descanso semanal obligatorio.

3.9.2.2. Descanso en días feriados

Nuestra legislación ha establecido el derecho al descanso remunerado en días feriados, expresamente previstos por la ley. Sin perjuicio de ello, y para todos los trabajadores en general, los siguientes son los doce feriados nacionales que deben ser remunerados por el empleador: i) Año Nuevo (1° de enero); ii) Jueves Santo y Viernes Santo; iii) Día del Trabajo (1° de mayo); iv) San Pedro y San Pablo (29 de junio); v) Fiestas Patrias (28 y 29 de julio); vi) Santa Rosa de Lima (30 de agosto); vii) Combate de Angamos

(8 de octubre); viii) Todos los Santos (1° de noviembre); (ix) Inmaculada Concepción (8 de diciembre); y x) Navidad (25 de diciembre).

Estos feriados deben celebrarse en la fecha respectiva. En cambio, en los casos de los feriados no nacionales o gremiales, estos se harán efectivos el día lunes inmediato posterior a su fecha de celebración, aun cuando coincida con el día de descanso del trabajador (art. 7 decreto legislativo 713). En los casos de los feriados trasladables, si hay dos feriados en una misma semana, pero ninguno coincide con el día lunes, estos se harán efectivos los días lunes y martes de la semana siguiente. Si estos feriados coinciden con los días lunes y martes, se disfrutarán en la fecha sin que puedan ser trasladados a la semana siguiente (art. 6 DS 012-92-TR).

Ahora bien, si por los usos y costumbres, los feriados no nacionales o gremiales se celebran en la misma fecha, el empleador puede optar por suspender las labores en el centro de trabajo, con cargo a recuperar las horas en la semana siguiente, o en la oportunidad que se acuerde con el personal. La falta de acuerdo determinará que el empleador fije la fecha en la que se recuperarán las horas dejadas de laborar (art. 7 DS 012-92-TR).

Al igual que la remuneración por el día de descanso semanal obligatorio, el pago de la remuneración por el descanso en días feriados se abonará en forma directamente proporcional a los días laborados durante la semana en la que se celebre el descanso, con excepción del Día del Trabajo, pues este se remunera sin ninguna condición o restricción (art. 8 decreto legislativo 713). En este último caso, si el Día del Trabajo coincide con el día de descanso semanal obligatorio, el trabajador deberá percibir la remuneración por este descanso, así como el respectivo pago por dicho feriado (art. 9 DS 012-92-TR).

En caso el trabajador labore en los días feriados no laborables y no se le otorgue descanso sustitutorio, tendrá derecho a percibir el pago de la remuneración correspondiente a su día de trabajo, con un recargo del 100% del valor hora (art. 9 decreto legislativo 713). Cabe destacar que, a diferencia de las exclusiones previstas respecto a la labor prestada en el

día de descanso semanal obligatorio, respecto de los feriados, la ley o el reglamento no han previsto exclusiones.

3.9.2.3. Descanso anual remunerado

Por cada año calendario completo laborado, el trabajador tiene derecho a treinta días naturales de descanso remunerado. Así, en rigor, el trabajador genera dos derechos en uno: el descanso vacacional y la remuneración vacacional. Este derecho está condicionado al cumplimiento de un récord de asistencia durante el año, en función a la jornada de trabajo que se cumple en el centro de trabajo.

En efecto, conforme a lo previsto en el artículo 10 del decreto legislativo 713, el récord de asistencia es el siguiente: (i) trabajadores con jornada ordinaria de seis días a la semana tendrán que haber realizado labor efectiva por lo menos 260 días en el periodo; (ii) trabajadores con jornada de cinco días a la semana, 210 días; y (iii) en los casos de trabajos de cuatro o tres días a la semana, el trabajador no deberá acumular más de diez ausencias injustificadas en el periodo correspondiente.

Para efectos del cómputo del récord vacacional, se ha previsto que se considerarán como días efectivos de trabajo los siguientes: (i) la jornada ordinaria mínima de cuatro horas; (ii) la jornada cumplida en día de descanso, cualquiera que sea el número de horas laborados; (iii) las horas de trabajo de sobretiempo en número de cuatro o más días; (iv) las inasistencias por enfermedad común, accidentes de trabajo o enfermedad profesional, siempre que no superen sesenta días al año; (v) el descanso previo y posterior al parto; (vi) el permiso sindical; (vii) las faltas o inasistencias autorizadas por ley, convenio individual o colectivo o decisión del empleador; (viii) el periodo vacacional del año anterior; y (ix) los días de huelga legal (art. 12 decreto legislativo 713).

Además de verificar el cumplimiento del récord antes señalado, nuestra legislación exige que el trabajador cumpla con una jornada mínima de cuatro horas diarias en promedio (art. 11 DS 012-92-TR). Ante ello, se entendería que los trabajadores que cumplen con una jornada reducida

o inferior a cuatro horas diarias en promedio no tendrían derecho al descanso anual remunerado. No obstante, y por aplicación directa del artículo 2 del Convenio 52 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Perú y que, por ende, forma parte del derecho nacional, conforme a lo previsto en el artículo 55 de la Constitución, los trabajadores a tiempo parcial tienen derecho a por lo menos seis días laborables después de un año de servicio continuo.

Cabe destacar que el cumplimiento de los requisitos antes señalados es copulativo, es decir, para tener derecho a vacaciones el trabajador debe haber completado un año de servicios y dentro de este, haber cumplido con el récord vacacional aplicable. En caso contrario no se tendrá derecho ni al descanso ni al pago de la remuneración vacacional.

Debe tenerse presente que el decreto legislativo 1405 ha establecido que, por acuerdo de partes, pueden adelantarse días de descanso a cuenta del periodo vacacional que se genere a futuro.

Ahora bien, cabe destacar que el año calendario se computa desde la fecha de ingreso del trabajador o desde la fecha que el empleador determine, en caso este compense la fracción de servicios correspondiente (art. 11 decreto legislativo 713). Como hemos señalado en otro lugar (Ferro Delgado, 1998b), este último supuesto se presenta con frecuencia en empresas que cuentan con un régimen de vacaciones colectivas donde resulta conveniente que el personal inicie y concluya sus periodos vacacionales en una misma fecha, lo que permite el descanso simultáneo y la paralización de las actividades. Para este efecto, será necesario liquidar la fracción de año y mes del trabajador correspondiente al primer año de servicios hasta el mes en que coincida con la oportunidad de las vacaciones colectivas, sobre la base del pago proporcional calculado en función de dozavos y treintavos de la remuneración vacacional.

La oportunidad del descanso vacacional debe ser establecida de común acuerdo con el empleador, para lo cual se tendrán en cuenta las necesidades de la empresa y los intereses del trabajador. No obstante, a falta de acuerdo, decidirá el empleador en uso de su facultad directriz

(art. 14 decreto legislativo 713). Definida la oportunidad del descanso, este se inicia aun cuando coincida con el descanso semanal, feriado o día no laborable en el centro de trabajo (art. 14 DS 012-92-TR).

El descanso vacacional debe disfrutarse de manera ininterrumpida, pero se permite que el empleador autorice al trabajador a que disfrute su descanso por periodos inferiores que no pueden ser menores a siete y ocho días naturales respecto de quince días del descanso vacacional (art. 17 decreto legislativo 713). Sin embargo, como resultado de la modificación dispuesta por el decreto legislativo 1405 del 12 de setiembre de 2018, a solicitud del trabajador este puede fraccionar los restantes quince días en periodos inferiores a siete días calendario, y como mínimo de un día calendario.

El DS 002-2019-TR, de reciente expedición, ha confirmado que el descanso vacacional no debe exceder de 30 días calendario. En relación con la oportunidad de disfrute del descanso vacacional, se ha previsto que esta se definirá de común acuerdo con el trabajador. Sin embargo, a falta de acuerdo, el empleador tendrá la potestad de decidir la oportunidad del goce, pero no respecto del fraccionamiento (art. 7.2. del DS 002-2019-TR). Las partes tienen la facultad de decidir el orden del disfrute del descanso vacacional y se exige que el acuerdo de fraccionamiento se haya celebrado por escrito y de manera previa al disfrute, con expresa indicación de la estructura del fraccionamiento, así como de las fechas de inicio y término.

Nuestra legislación prevé la posibilidad de que el trabajador, por escrito, pueda convenir con su empleador la acumulación de hasta dos periodos vacacionales, siempre y cuando disfrute de, por lo menos, siete días naturales al cabo de un año completo de servicios. En el caso de trabajadores extranjeros, la acumulación puede realizarse por periodos vacacionales de dos o más años (art. 18 decreto legislativo 713). Asimismo, la ley prevé la posibilidad de que el trabajador venda hasta quince días de su periodo vacacional, siempre que exista un acuerdo expreso y por escrito (art. 19 decreto legislativo 713). La reducción del descanso vacacional

solo puede operar respecto al periodo de 15 días calendario que puede disfrutarse en periodos inferiores a 7 días (art. 10 del DS 002-2019-TR).

Si los trabajadores no disfrutan de su descanso vacacional dentro del año inmediatamente posterior a la adquisición del derecho, tendrán derecho a percibir la —mal llamada— «triple remuneración vacacional», a saber: una remuneración por el trabajo realizado, una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado y una indemnización equivalente a la remuneración por no haber disfrutado del descanso (art. 23 decreto legislativo 713). En rigor, de verificarse este supuesto, el empleador percibe una doble remuneración, esto es, la respectiva remuneración vacacional y la indemnización por el descanso adquirido y no gozado, toda vez que la remuneración por el trabajo efectuado ya habría sido abonada por el empleador. En este supuesto, la remuneración que se abonará será la que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad del pago, con lo cual el legislador ha optado por obviar cualquier referencia al pago de intereses laborales, reemplazándolo por la remuneración vigente (Ferro Delgado, 1998b).

No tendrán derecho al pago de la indemnización vacacional los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso de su descanso vacacional (art. 24 DS 012-92-TR). En el ámbito jurisprudencial se ha precisado que los gerentes sí gozan de este derecho, siempre que resulte evidenciado que no tenían poder de decisión en la determinación de la oportunidad del descanso vacacional. Más aún, se ha señalado que esta indemnización resarce el daño que sufre el trabajador por no disfrutar su descanso vacacional de manera oportuna, por lo que el otorgamiento extemporáneo de descanso vacacional no exonerará al empleador de cumplir con su pago.

La remuneración vacacional es equivalente a la que el trabajador hubiera percibido habitual y regularmente de continuar laborando. Para este efecto, se aplicarán los criterios de remuneración computable correspondientes al cálculo de la compensación por tiempo de servicios, con excepción de las remuneraciones de naturaleza periódica, como las

gratificaciones legales u otras de periodicidad trimestral, semestral o anual (art. 16 DS 012-92-TR). Así, el trabajador debe percibir como remuneración vacacional el mismo monto que percibe como remuneración habitual.

Nuestra legislación prevé el reconocimiento del récord trunco vacacional, vale decir, se reconoce al trabajador el pago de una remuneración vacacional trunca cuando este cesa antes de cumplir el año calendario de servicios exigido por ley, pero ha prestado servicios por lo menos durante un mes. Así, el empleador se encuentra obligado a abonar el récord trunco vacacional en función de tantos dozavos y treintavos de la remuneración como meses y días laborados computables hubiese laborado el trabajador (art. 22 decreto legislativo 713 y art. 23 DS 012-92-TR).

Sobre esta materia, el decreto legislativo 1405 ha establecido que, en caso de extinción del vínculo laboral, los días de descanso otorgados por adelanto son compensados con los días de vacaciones truncas. Sin embargo, si los días adelantados exceden a los días de vacaciones truncas adquiridas, no habrá obligación de compensación por el exceso.

4. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La relación laboral es de tracto sucesivo y tiene vocación de permanencia. No obstante, durante su desarrollo, pueden presentarse situaciones que determinen un paréntesis en la ejecución de las obligaciones del empleador o del trabajador. Como señalaba Pasco Cosmópolis (1997b), estas situaciones pueden derivar en la suspensión de la relación laboral, lo que determina que cese temporalmente la ejecución del contrato y, por ende, se exonere al trabajador y, de ser el caso, al empleador del cumplimiento de sus obligaciones.

No obstante, recordaba este autor que la suspensión del contrato de trabajo se caracterizaba esencialmente por, en primer lugar, ser causal —esto es, tiene que existir un motivo o razón suficiente que justifique la suspensión de la relación laboral— y, en segundo lugar, ser temporal;

ergo, no puede extenderse indefinidamente en el tiempo, pues si así fuera se trataría de una extinción de la relación laboral y no de una suspensión.

De forma expresa, nuestra legislación ha previsto que se produce la suspensión del contrato de trabajo cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que ello determine la desaparición de la relación laboral. Así, en rigor, esta corresponde a la suspensión perfecta del contrato de trabajo, al quedar suspendidas las principales obligaciones de las partes. Un ejemplo de suspensión perfecta del contrato de trabajo es la licencia sin goce de haber o la suspensión disciplinaria. En cambio, en la suspensión imperfecta, solo cesa la obligación del trabajador de prestar servicios, pero el empleador continuará obligado al pago de la remuneración (art. 11 LPCL), como es el caso de las vacaciones. No cabrá lo inverso, es decir, la obligación del trabajador de prestar el servicio sin que el empleador quede sujeto al pago de la remuneración.

En nuestro medio, los supuestos de suspensión del contrato de trabajo deben estar previstos por norma expresa y deben enumerarse algunos supuestos concretos, tales como: (i) la invalidez temporal; (ii) la enfermedad y el accidente comprobados; (iii) la maternidad durante el descanso pre y posnatal; (iv) el descanso vacacional; (v) la licencia para desempeñar cargo cívico y para cumplir con el servicio militar; (vi) el permiso y la licencia para el desempeño de cargos sindicales; (vii) la sanción disciplinaria; (viii) el ejercicio del derecho de huelga; (ix) la detención del trabajador, salvo el caso de condena privativa de la libertad; (x) la inhabilitación administrativa o judicial por periodo no superior a tres meses; (xi) el permiso o licencia concedidos por el empleador; y (xii) el caso fortuito y la fuerza mayor (art. 12 LPCL).

Todos estos supuestos de suspensión del contrato de trabajo podrían, a su vez, clasificarse en función de: (i) el ámbito, en tanto afecte a un trabajador, un determinado grupo de trabajadores o la totalidad; (ii) el origen, ya sea que corresponda a la voluntad de una o ambas partes, o a supuestos exógenos, como se trataría del caso fortuito o fuerza mayor; o

(iii) la regularidad, vale decir, por la posibilidad de prever o no cuando se produce la suspensión, como el descanso vacacional o la ocurrencia de un accidente o una enfermedad que origine la invalidez temporal del trabajador (Pasco Cosmópolis, 1997b).

4.1. Prescripción y caducidad

A la fecha rige un criterio jurisprudencial conforme al cual el plazo de prescripción laboral es de cuatro años, contados, invariablemente, desde la fecha de extinción de la relación laboral (art. 1 ley 27321, publicada el 23 de julio de 2000). De esta manera, en el ámbito judicial se ha optado por desconocer lo que expresamente establecía la segunda disposición complementaria, transitoria y final de la ley 27321, en virtud de la cual se preveía una sucesión de los plazos prescriptorios, vale decir, que continuaba operando la prescripción iniciada con anterioridad a la vigencia de la ley 27321.

En efecto, la ley anterior, esto es, la ley 27022, publicada el 23 de diciembre de 1998, estableció un plazo de prescripción de dos años, los cuales se computaban desde la oportunidad en la que extinguía el vínculo laboral. Esta norma, a su vez, también contemplaba una sucesión de plazos prescriptorios, en relación con el plazo contemplado en la ley 26513, el cual era de tres años computables desde la fecha en la que resultaba exigible determinado derecho derivado de la relación laboral.

Podríamos dedicar diversas páginas a explicar cómo opera la sucesión de plazos prescriptorios. Sin embargo, a pesar de la claridad de las normas antes citadas, lo exacto es que, en la práctica, la jurisprudencia laboral ha optado por no discernir la sucesión normativa presente en esta materia y aplicar sin distinguos el plazo contemplado en el artículo 1 de la ley 27321.

En virtud a dicho criterio, es cotidiano que se presenten demandas laborales en las que se reclaman beneficios laborales que se habrían devengado u originado décadas atrás, pero que, como el vínculo laboral se ha extinguido en fecha reciente, el extrabajador aún se encontraría facultado a reclamar, toda vez que la prescripción se computa desde la fecha

de extinción del vínculo y no desde la oportunidad en la que resultaban exigibles dichos derechos.

Este criterio claramente atenta contra la seguridad jurídica, multiplica los litigios e incrementa los costos en los que debe incurrir el empleador para la conservación de documentación de índole laboral. En efecto, a este criterio se añade que los jueces laborales aplican rigurosamente la regla prevista en el literal a) del artículo 23 de la nueva Ley procesal del trabajo, ley 29497, en virtud de la cual corresponde al empleador acreditar el pago y cumplimiento de las obligaciones laborales. Así, llegamos al extremo de que, en el ámbito judicial, se reclamen beneficios de más veinte o treinta años de antigüedad, y el juez laboral exija al empleador que presente documentación con la que demuestre el cumplimiento de estos beneficios a pesar de que, conforme a ley, este solo tenga obligación de conservar la documentación laboral por cinco años (art. 3.4 decreto legislativo 1310). De esta manera, el juez exige al trabajador de su carga probatoria, pues, conforme a lo previsto por ley, es el empleador quien debe aportar la documentación con la que pruebe la existencia de los derechos reclamados.

De otro lado, en el caso del plazo de caducidad, en el ámbito laboral se ha establecido un plazo de treinta días naturales para reclamar el cese de actos de hostilidad o impugnar judicialmente el despido (nulidad o pago de indemnización), conforme a lo previsto en el artículo 36 de la LPCL. No obstante, el criterio judicial ha desvirtuado este plazo, pues, a la fecha, resulta unánime que en todas las instancias judiciales se estime que el plazo de caducidad debe computarse en función de días hábiles y no de días naturales, con lo cual se desconoce el texto expreso y claro de la ley, conforme ya explicamos en el acápite 2.2.3 del presente capítulo.

5. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es el concepto de remuneración que ha adoptado la legislación peruana?
2. ¿Qué ingresos califican como no remunerativos para todo efecto legal?
3. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la CTS?
4. ¿En qué consiste el requisito de regularidad de la remuneración?
5. ¿Hasta qué oportunidad se debe abonar la asignación familiar?
6. ¿Cuáles son los periodos computables para el pago de las gratificaciones legales?
7. ¿Qué empresas se encuentran obligadas a abonar la participación legal en las utilidades?
8. ¿Existen restricciones para la modificación de jornada y horario de trabajo en el Perú?
9. ¿Cómo operan los descansos remunerados en el Perú?

CAPÍTULO 3

LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Como indicamos previamente, la relación de trabajo tiene vocación de permanencia, en virtud de la cual mientras se mantenga la actividad que ejecuta el empleador subsistirá la necesidad de contar con personal a cargo de esta. Por consiguiente, la relación laboral tendría que subsistir durante todo este periodo, lo que no es otra cosa que la vigencia del principio de continuidad.

En este contexto, al ser el trabajo la principal fuente de ingresos o subsistencia del trabajador, el ordenamiento prevé garantías para que la relación laboral se extinga cuando existan causas que lo justifiquen. Así, pues, se germina la estabilidad laboral, la que establece sanciones o penalidades, e incluso la reposición, frente a cualquier tipo de extinción *ad nutum* por parte del empleador, esto es, librada a su exclusiva voluntad.

Recordaba el profesor Ermida Uriarte (1983) que la estabilidad laboral tiene una doble finalidad, pues, por un lado, de manera inmediata, se otorga seguridad al trabajador respecto a su presente, vale decir, se le garantiza su empleo; y, de manera mediata, certeza sobre su futuro, al conocer que solo se extinguirá la relación laboral por causa justificada. A ello se agrega que la estabilidad laboral no solo tiene por función otorgar seguridad al trabajador, sino que además sirve de sustento o base para el ejercicio y eficacia de otros derechos.

La estabilidad laboral, a su vez, tiene dos claras manifestaciones: (i) la estabilidad laboral de entrada, que otorga protección al trabajador frente a la terminación de la relación laboral, la cual, en el caso peruano, se adquiere al superar el periodo de prueba legal; y (ii) la estabilidad laboral de salida, la que confiere protección frente a la terminación de la relación de trabajo.

En este capítulo repasaremos las manifestaciones de la estabilidad laboral en función de los tipos de extinción del contrato de trabajo, toda vez que esta puede depender de la voluntad de una de las partes, de ambas, o razones objetivas previstas en la ley.

1. POR VOLUNTAD DE UNA DE LAS PARTES

En nuestro ordenamiento se ha regulado tanto la decisión del trabajador como del empleador de dar por culminada la relación de trabajo. Cuando es por voluntad del trabajador, estaremos frente a la renuncia; y cuando sea por voluntad del empleador, se tratará del despido.

1.1. La renuncia

La renuncia es un ejercicio del derecho a la libertad de trabajo. Así, el trabajador tiene plena facultad de decidir para quién, dónde y por cuánto tiempo desea prestar servicios. Este derecho, en principio, no debería estar sujeto a ningún tipo de condición y restricción. Sin embargo, el trabajador debe cumplir con determinadas exigencias para hacer efectivo su cese, para evitar que de manera repentina deje de cumplir con sus funciones y afecte el desarrollo de las actividades que ejecuta para su empleador.

Así, pues, el trabajador deberá comunicar al empleador su decisión por escrito con una anticipación no menor a treinta días naturales (art. 18 LPCL). En caso de que no desee permanecer laborando durante ese periodo deberá solicitar, también por escrito, la exoneración del plazo de preaviso e indicar la fecha de su cese.

En este último caso, el empleador tiene facultad de aceptar o no la exoneración del plazo de preaviso en un término de tres días. De no

hacerlo se entenderá que la solicitud ha sido aceptada. Por el contrario, si el empleador rechaza la solicitud, el trabajador se encuentra obligado a continuar prestando servicios hasta que transcurra el plazo de treinta días establecido por ley (art. 27 DS 001-96-TR). Si el trabajador no continuara prestando servicios, podría incurrir en abandono de trabajo, lo cual califica como una causa justa de despido motivada en la conducta del trabajador.

La renuncia es libre y voluntaria; por tanto, corresponde a la decisión del trabajador decidir si desea extinguir su contrato de trabajo por propia iniciativa. No son infrecuentes los procesos judiciales en que los demandantes alegan haber sido coaccionados a renunciar, a pesar de que suscriben los respectivos documentos para el cese. Al respecto, cabe destacar lo resuelto por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la casación laboral 17573-2016-Lambayeque, que ha señalado que la coacción o intimidación debe ser probada por el extrabajador demandante. Para este efecto, se tendría que verificar la ocurrencia de lo siguiente: (i) el uso de alguna amenaza de daño inminente y grave que pueda disminuir la libertad; (ii) que exista un nexo causal entre la intimidación y el consentimiento; y (iii) que la amenaza revista carácter antijurídico. Más aún, el fallo ha precisado que, en materia laboral, la intimidación tendría que tener la intención de manipular la voluntad del trabajador, de manera tal que le genere sentimientos de miedo, incapacidad o temor que lo afecten de manera grave e inminente.

Así, pues, la Corte Suprema ha estimado que, si la renuncia se ve afectada por un vicio de la voluntad, vale decir, error, dolo o intimidación, la consecuencia será la de considerar a este acto jurídico como un acto nulo, carente de efectos jurídicos, por lo que correspondería que se restituyan las cosas al estado anterior a la manifestación de la voluntad. En otras palabras, la renuncia sería inválida y la persona debería retornar a su puesto de trabajo, pero de ningún modo dicha renuncia podría ser considerada como un despido, pues este responde a la voluntad unilateral del empleador.

1.2. El despido

El despido es el ejercicio de la facultad del empleador de dar por terminada la relación laboral que mantiene con determinado trabajador. Sin embargo, frente a esta facultad se erige la garantía de la estabilidad laboral, toda vez que, en último término, esta se concibió para limitar o restringir dicha facultad, de modo que solo pueda ejercerse cuando medie causa justificada.

El modelo de estabilidad laboral vigente en un ordenamiento dependerá de la forma de protección establecida frente a un despido injustificado. Así, si bien se establece una restricción a la facultad de extintiva del empleador, a la misma vez se prevé un mecanismo de reparación cuando esta se ejerza sin mediar causa justificada.

De esta forma, corresponderá a un modelo de estabilidad laboral absoluta cuando se sancione la nulidad del despido injustificado y se disponga la reposición del trabajador (tutela restitutoria); por otro lado, calificará como un modelo de estabilidad laboral relativa cuando los mecanismos de reparación incluyan el pago de un resarcimiento económico (tutela resarcitoria) y no la reposición del trabajador. Ermida Uriarte (1983) señala que esta última categoría se puede subdividir en estabilidad laboral relativa propia e impropia. En la primera, se declarará la nulidad del despido injustificado, pero no se ordena la reposición real del trabajador, sino más bien una reposición ficta y el pago de los beneficios laborales correspondientes. Para este autor, en la segunda, el despido injustificado producirá efectos, pero se sanciona con el pago de una indemnización. En nuestro ordenamiento no se ha establecido la figura de la reposición ficta.

Veamos a continuación el modelo vigente en nuestro país.

1.3. La tipología y consecuencias del despido según la legislación y la jurisprudencia

El modelo de estabilidad laboral en nuestro país está condicionado a ciertos requisitos de orden legal. Así, aquel trabajador que ha superado el periodo

de prueba legal y, en promedio, cumpla con una jornada diaria superior a cuatro horas para un mismo empleador, solo podrá ser despedido por causa justa prevista en la ley que se encuentre debidamente acreditada en juicio (art. 22 LPCL).

El régimen opera bajo un modelo mixto de estabilidad laboral, pues, para algunos supuestos se ordena la reposición en el empleo y, para otros, el pago de la indemnización. No obstante, debido a diversos criterios jurisprudenciales nuestro ordenamiento ha ido retornando a un esquema de estabilidad laboral absoluta, contrario al previsto por la LPCL.

En efecto, y como hemos señalado en otro lugar (Ferro Delgado, 2012), la forma de tutela restitutoria frente al despido injustificado se limitó en la LPCL a los supuestos de despidos discriminatorios a través de la calificación de la nulidad del despido mediante la justicia ordinaria. En cambio, a todas las demás formas de extinción injustificada de la relación laboral les correspondía el pago de una indemnización tarifada que reparaba todos los daños generados a consecuencia del despido. De esta forma, la LPCL optó por un esquema de estabilidad laboral relativa, mientras que la estabilidad laboral absoluta quedó reservada para despidos particularmente odiosos.

Dicho régimen resultaba consistente con la Constitución de 1993, cuyo artículo 27 estableció expresamente que la forma de reparación frente al despido injustificado o arbitrario tendría que ser establecida por ley. Así, se otorgó una reserva legal al legislador para que este sea quien determine cuál sería la «adecuada protección frente al despido arbitrario».

Cabe destacar que múltiples instrumentos internacionales¹ han reconocido el derecho al trabajo, pero no necesariamente han previsto que la reposición sea la única forma de reparación frente al despido injustificado. Más aún, el modelo previsto en la LPCL resultaba acorde a lo previsto en el Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos

¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, Convenio 158 de la OIT, entre otros.

Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). En efecto, en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador se reconoció el derecho a que los trabajadores tengan estabilidad en sus empleos y se dejó a criterio de cada legislación establecer la readmisión, el pago de una indemnización frente al despido injustificado u otra forma de reparación.

Esta disposición resulta y resultaba de plena y absoluta aplicación en nuestro ordenamiento, en atención a lo previsto en el artículo 55 de nuestra Constitución. Por consiguiente, cualquier análisis al modelo de estabilidad laboral vigente en el Perú debía examinarse en función de lo previsto en la LPCL y el Protocolo de San Salvador. En tal virtud, en nuestra opinión, el modelo de estabilidad laboral mixta resultaba compatible con los lineamientos y obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano con ocasión de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Protocolo de San Salvador.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, este modelo fue trastocado en el año 2002, a partir de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional, cuando este procedió a declarar que el despido *ad nutum* o incausado seguido del pago de la indemnización respectiva constituía una clara infracción al derecho constitucional al trabajo. Justamente, con fecha 11 de setiembre de 2002, el TC expide la sentencia recaída en el caso de la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL), expediente 1124-2001-AA/TC, en el que determinó la incompatibilidad del despido incausado seguido del pago de la indemnización respectiva. Así, el TC estimó que el derecho constitucional a la adecuada protección contra el despido arbitrario queda vaciado de contenido cuando se permite un despido sin expresión de causa seguido del pago de la indemnización, y por ende determinó la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 4 de la LPCL. El TC en este caso acotó que el derecho al trabajo comprendía el derecho a no ser despedido si no es por justa causa; y que el criterio adoptado permitía que se instaure un nivel de protección superior al consagrado en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador.

Por nuestra parte, estimamos que señalar que la indicada inconstitucionalidad se basa en la afectación del derecho al trabajo resulta controversial. Consideramos así que el TC debió efectuar un control de convencionalidad del modelo vigente en el Perú, esto es, analizar las normas jurídicas internas que regulaban las formas de reparación frente al despido y las disposiciones del Protocolo de San Salvador. El control arrojó como resultado que el modelo de protección previsto en la ley resultaba compatible con lo establecido en la normativa internacional. A pesar de ello, el criterio del TC se ha consolidado hasta el día de hoy.

El TC también ha establecido una nueva tipología de despidos. Hasta el año 2002, los despidos se calificaban en la ley como despidos nulos o despidos arbitrarios. Esta última categoría comprendía los despidos sin causa (incausados) y aquellos despidos con causa no demostrada en juicio. Empero, con la sentencia recaída en el expediente 976-2001-AA/TC, caso Eusebio Llanos Huasco, se incorporó una tercera categoría, a la que denominó «despido fraudulento». Este se produce 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 la causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad [...] o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad [...] o mediante la fabricación de pruebas (F.J. 15 de la STC 976-2001-AA/TC).

En un primer momento, esta nueva categorización de los despidos en incausados, nulos y fraudulentos tenía utilidad para determinar la procedencia de los procesos de amparo en materia de impugnación de despido. Ello fue así definido en la sentencia recaída en el proceso de César Baylón Flores, expediente 206-2005-PA/TC, en el cual se dictó, como precedente de observancia obligatoria, que solo procedía el

amparo en dichos supuestos siempre y cuando no existieran otras vías igualmente satisfactorias para la tutela del derecho, y no existieran hechos controvertidos; o cuando, existiendo duda sobre los hechos, se requiera la actuación de medios probatorios para la determinación de la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido.

Si bien a partir del precedente vinculante del caso Baylón los presuntos despidos fraudulentos solo se discutían en sede constitucional, lo exacto es que, en función de lo acordado en el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral se estableció que, como resultado de la vigencia de la Ley procesal del trabajo, ley 26636, este tipo de despidos sean examinados en la justicia laboral ordinaria. De esta manera, si hace una década se podía clasificar los despidos en función a la sede en la que serían impugnados, hoy en día todos los despidos —nulos, incausados, fraudulentos y arbitrarios (con causa no probada en juicio)— se discuten ante la justicia laboral ordinaria.

Por tanto, el trabajador podrá elegir en sede judicial ordinaria laboral las siguientes formas de tutela frente al despido injustificado:

Despido nulo	Despido incausado	Despido fraudulento	Despido arbitrario
Reposición y pago de remuneraciones devengadas	Reposición o indemnización	Reposición o indemnización	Indemnización

De otro lado, es frecuente que diversos fallos judiciales, frente a desvinculaciones que carezcan de suficientes pruebas, las tipifiquen como despido fraudulento —y no simplemente como arbitrario, como correspondería— y por ende ordenen la reposición; esto reafirma que

nuestra jurisprudencia se orienta progresivamente a un modelo de estabilidad laboral absoluta².

Hemos visto hasta aquí los efectos que produce un despido injustificado en el modelo de estabilidad vigente en nuestro país. Revisemos ahora las causales de despido relacionadas con la capacidad y a la conducta del trabajador.

1.4. El despido sustentado en la capacidad del trabajador

De acuerdo a ley, existen tres supuestos que habilitan el despido sustentado en la capacidad del trabajador. No obstante, cada uno de estos supuestos presenta determinadas dificultades de orden administrativo que hacen que, por ejemplo, alguno resulte inejecutable en la práctica.

1. La ineptitud sobreviniente, determinante para el desempeño de las labores. El despido por detrimento de la facultad física o ineptitud sobreviniente determinante para el desempeño de las tareas se encuentra sujeto al cumplimiento de las siguientes condiciones (inc. a) art. 23 DS 003-97-TR):
 - a) El empleador debe haber realizado los ajustes razonables correspondientes en las condiciones de trabajo aplicables a las tareas desarrolladas por el trabajador;
 - b) La discapacidad debe impedir el desarrollo de las tareas, a pesar de haber efectuado los ajustes mencionados en literal anterior;
 - c) No debe de existir un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud, o la de terceros; y,

² El modelo de contratación y despido vigente en el Perú es considerado entre los más rígidos del mundo, según el Reporte de Competitividad Global 2018, publicado por el World Economic Forum (WEF) el cual ubica al Perú en el puesto 128 de 140 países en materia de prácticas de contratación y despido.

d) El detrimento de la facultad física debe ser certificado, a solicitud de la empresa, por EsSalud, el Ministerio de Salud o la junta de médicos del Colegio de Médico del Perú (art. 33 DS 001-96-TR).

Sin embargo, esta causal enfrenta dificultades que impiden que pueda materializarse.

En primer lugar, se exige la realización de ajustes razonables en el lugar de trabajo y, para ello, debe tenerse presente que, mediante la resolución ministerial 127-2016-EM se aprobó la norma técnica para la implementación de ajustes razonables en el sector privado. En virtud a esta norma técnica, el empleador solo estará exonerado de implementar los ajustes razonables cuando logre demostrar que estos representan una carga económica excesiva, la cual se produciría cuando, en términos generales, se afecte notoriamente el funcionamiento de la empresa.

Conforme a esta norma, se afectaría el funcionamiento de la empresa cuando: (i) se paralice o altere el ciclo productivo de tal manera que peligre el cumplimiento de las metas establecidas; (ii) genere un impacto negativo de tal magnitud que ponga en peligro los resultados económicos esperados para el ejercicio respectivo; o (iii) suponga una falta de liquidez en la empresa que impida el cumplimiento oportuno de sus obligaciones.

Como puede apreciarse, semejantes requisitos hacen prácticamente inviable que algún empleador logre demostrar que se han materializado los supuestos señalados en el párrafo anterior. De ahí que se verá obligado a implementar los ajustes razonables en el lugar de trabajo, en lugar de optar por la extinción del vínculo laboral bajo esta causal.

En segundo lugar, las entidades que deben certificar el detrimento de la facultad física o ineptitud sobreviniente en referencia no cuentan con procedimientos establecidos para este efecto. Así, ni

el Ministerio de Salud ni el Seguro Social, a la fecha, emiten los dictámenes que son necesarios para cumplir con las formalidades exigidas por ley. De esta manera, el empleador solo podría recurrir al Colegio Médico del Perú para que esta institución conforme una junta médica independiente que examine al trabajador.

No obstante, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, a través de la casación laboral 11727-2016-Lima Sur, no ha reconocido la competencia del Colegio Médico del Perú, lo que contraviene el texto expreso de la LPCL y representa una modificación normativa —y no una interpretación— a través de un pronunciamiento judicial. Este criterio cierra cualquier posibilidad de optar por este tipo de despido, pues, a la fecha, la única entidad que emitía este tipo de certificaciones era el Colegio Médico del Perú.

Este criterio enunciado ha sido emitido con carácter de doctrina jurisprudencial vinculante, por lo que, conforme a ley, debe ser de obligatorio cumplimiento por todas las instancias judiciales.

De esta forma, esta causal de extinción resulta de aplicación inviable por el empleador.

2. El rendimiento deficiente del trabajador. Esta causal implica que se examine el rendimiento del trabajador en comparación al rendimiento promedio de otros trabajadores que ejecuten las mismas labores y bajo condiciones similares (inc. b, art. 23 LPCL). Para este efecto, el empleador tendrá la potestad de solicitar la intervención de la autoridad administrativa de trabajo y del sector al que pertenezca la empresa, con el fin de verificar el rendimiento deficiente del trabajador (art. 34 DS 001-96-TR).

En rigor, esta causal de despido se encuentra limitada a labores que cuenten con funciones o actividades que puedan medirse de manera objetiva y veraz. Es el caso, por ejemplo, de labores a destajo o vinculadas a ventas, en las que se puede comparar de manera práctica

el rendimiento de uno y otro trabajador en actividades similares. Así, si se han establecido metas concretas para determinado equipo, y todos las cumplen salvo uno que se encuentra por debajo del rendimiento promedio, entonces se contará con la información suficiente y clara que permita configurar el supuesto relativo a rendimiento deficiente.

Más dificultades presentaría utilizar esta modalidad de despido para actividades que no cuentan con funciones claramente medibles y en las que se efectúan evaluaciones de desempeño en función a criterios subjetivos. La dosis de subjetividad que están detrás de las evaluaciones por desempeño podría, pues, invalidar un despido sustentado en esta causal.

3. La negativa injustificada a someterse a los exámenes médicos ocupacionales. La ley también prevé la posibilidad de que el empleador opte por despedir a aquel trabajador que se niegue, de forma injustificada, a someterse a los exámenes médicos ocupacionales convenidos o establecidos por ley y que resulten determinantes para la relación laboral. Inclusive, la empresa podrá despedir al trabajador que se rehúse a cumplir con las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o la ocurrencia de accidentes (inc. c), art. 23 DS 003-97-TR).

Esta causal debe entenderse en función a las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo que debe observar el trabajador en centro de trabajo. Así pues, conforme a la legislación sobre la materia, el trabajador solo está obligado a someterse a los exámenes médicos ocupacionales establecidos por norma expresa (art. 107 DS 005-2012-TR). Por tanto, la negativa injustificada a someterse a este tipo de exámenes podría habilitar la desvinculación del trabajador.

La negativa a practicarse exámenes médicos ocupacionales no obligatorios no podrá ser causal de desvinculación, salvo que hayan

sido establecidos por norma interna de la empresa en virtud de que se ejecutan actividades que califican como de alto riesgo.

1.5. El despido sustentado en la conducta del trabajador

La conducta del trabajador puede sustentar el despido en los supuestos de comisión de falta grave, condena penal por delito doloso e inhabilitación del trabajador. Veamos.

1. La comisión de falta grave. En el desarrollo del contrato de trabajo, el trabajador debe observar determinadas reglas de conducta que permitan un desenvolvimiento adecuado de las relaciones de trabajo. La infracción a estas reglas será calificada como una falta o inconducta laboral que, dependiendo de su gravedad, facultará al empleador a imponer una medida correctiva en ejercicio de su poder disciplinario.

De considerar el empleador que la falta cometida por el trabajador reviste una particular gravedad, entonces podría decidir la aplicación de la medida disciplinaria más gravosa del derecho laboral: el despido.

El despido disciplinario, por tanto, solo tendría que activarse como *ultima ratio* ante conductas del trabajador que no pueden ser toleradas en el seno del centro de trabajo. Por ello, el régimen legal de despido disciplinario se rige, esencialmente, por el principio de proporcionalidad, esto es, que la sanción adoptada (privar del empleo al trabajador) tenga una equivalencia a la magnitud de la falta cometida.

Por esta razón, el artículo 25 de la LPCL prevé expresamente que por falta grave se entiende «la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole que haga irrazonable la subsistencia de la relación». De este modo, si la falta no es lo suficientemente gravosa, la sanción del despido

resultará desproporcional y calificaría como un despido arbitrario o injustificado, toda vez que no se justificaba que el empleador tomase la decisión de dar por terminada la relación laboral.

No obstante, el empleador no podrá despedir al trabajador por cualquier tipo de falta laboral en que este incurra, sino solo por las faltas graves expresamente tipificadas en la ley, esto es, en aquellas establecidas en el artículo 25 de la LPCL. De verificarse una seria inconducta del trabajador, corresponderá realizar un ejercicio de subsunción a efectos de determinar si los hechos cometidos se ajustan a las conductas tipificadas por el legislador en el acotado artículo.

Este necesario ejercicio de subsunción constituye una garantía del trabajador conforme a los principios básicos del derecho sancionador, en virtud del cual ninguna persona puede ser sancionada por alguna causa no prevista o contemplada antes de la ejecución de la conducta objeto de sanción, vale decir, observando el principio de tipicidad. En este sentido, nuestra legislación ha enumerado una serie de conductas típicas que pueden derivar en el despido del trabajador mediante una enumeración cerrada (*numerus clausus*) que las hace, por tanto, acordes con el principio de tipicidad.

Dentro de este listado podemos encontrar las siguientes conductas típicas que motivarían el despido de un trabajador: (i) quebrantamiento de la buena fe laboral por el incumplimiento de obligaciones de trabajo; (ii) disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores; (iii) apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentren bajo su custodia; (iv) el uso o entrega de información reservada del empleador o la entrega de información falsa con el propósito de causarle un perjuicio u obtener una ventaja; (v) la concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y, aunque no fuera reiterada, sea de excepcional

gravedad por la naturaleza del trabajo o función; (vi) los actos de violencia ante el personal jerárquico o de otros trabajadores; (vii) el daño al patrimonio o bienes de la empresa; (viii) el abandono de trabajo; y (ix) el hostigamiento sexual.

Las faltas graves enumeradas del (ii) al (ix) suponen de suyo un quebrantamiento de la buena fe laboral; por ende, de verificarse una de estas inconductas, suele imputarse al trabajador la respectiva falta grave, así como la tipificada en el inciso a) del artículo 25 de la LPCL, vale decir, el incumplimiento de las obligaciones laborales, que representa una ruptura de la buena fe laboral.

La comisión de estas faltas graves es independiente de las connotaciones de carácter penal que pudieran representar, tal y como así se ha estipulado en el artículo 26 de la LPCL. El legislador incorporó, en nuestra opinión, una regla adecuada, puesto que no puede equiparse el ámbito laboral, en el que existe un reproche privado hacia una conducta particular del trabajador, con el ámbito penal, en el que se trata de un reproche de la sociedad frente a afectaciones de bienes jurídicos protegidos. No obstante, y a pesar del texto expreso y claro de la ley, nuevamente, a través de diversos pronunciamientos judiciales se ha incorporado al ámbito laboral el derecho a la presunción de inocencia, vinculando así lo que sucede en el ámbito penal con el ámbito laboral.

En efecto, el TC ha señalado que el derecho a la presunción de inocencia es un derecho fundamental que se proyecta a todos los procedimientos en los que aplica una potestad disciplinaria. Por tanto, este derecho también se proyecta al ámbito de los procedimientos de despido disciplinario (fundamento jurídico 9 de la STC 05104-2008-AA/TC). Bajo este criterio, si el empleador despide a un trabajador por la sustracción de bienes de la empresa y, en paralelo, formula una denuncia penal, pero en el proceso penal se absuelve al trabajador, entonces debería invalidarse el despido.

Es notorio que este criterio contradice de manera abierta lo previsto en el artículo 26 de la LPCL.

2. La condena penal por delito doloso. Esta causal exige que exista una sentencia condenatoria firme, vale decir, que haya adquirido la calidad de cosa juzgada, y que este hecho sea de conocimiento del empleador. No obstante, no podrá despedirse al trabajador si el empleador conocía del hecho punible antes de contratarlo (art. 27 LPCL).

Cabe acotar que la ley no ha efectuado distingo alguno respecto al tipo de delito que pueda haber generado la sentencia condenatoria. En otras palabras, el despido del trabajador por esta causal se produce con prescindencia del delito que este haya cometido, sin que tenga que existir alguna relación entre dicho delito y las funciones que ejecuta en la empresa, ya que lo que se reprocha es la comisión de delito de manera dolosa, vale decir, con la intención de atentar contra un bien jurídico protegido. Así, la ley se ubica en el supuesto de que, más allá de que el delito no haya sido en agravio del empleador, no se le puede imponer a este que mantenga el vínculo laboral por estimar que ello torna en irrazonable la continuidad del vínculo laboral.

Precisamente, el TC, en la sentencia recaída en el expediente 1807-2007-PA/TC, ha expresado que esta causal de despido no incurre en ningún vicio de inconstitucionalidad, puesto que la condena por delito doloso supone la infracción a diversos principios fundamentales. Inclusive, en la sentencia recaída en el expediente 05412-2005-AA/TC, el TC señaló que a esta causal no le resulta de aplicación el procedimiento de despido contemplado en el artículo 31 de la LPCL, toda vez que el trabajador ya ha efectuado sus descargos en el respectivo proceso penal, por lo que el inicio de un procedimiento de despido en el ámbito privado no tendría ninguna utilidad. Así, en el fundamento jurídico cuarto, el TC sostuvo lo siguiente:

4. Con relación a la primera cuestión, el artículo 24, inciso b, del Decreto Supremo N° 003-97-TR establece como causa justa de despido relacionada con la conducta del trabajador la condena por delito doloso. De otro lado, el artículo 27 de la referida norma señala que el despido por esta causal se producirá siempre y cuando la sentencia condenatoria haya quedado firme y el empleador conozca de tal hecho, salvo que este haya conocido el hecho punible antes de contratar al trabajador. *En virtud de lo dicho, este Tribunal considera que, tratándose de la causal de delito doloso como causa justa para el despido, no resulta aplicable el artículo 31 del referido decreto, toda vez que el derecho de defensa y la posibilidad de presentar sus descargos ya han sido ejercidos por el trabajador en el respectivo proceso penal donde se ha establecido su responsabilidad penal. En consecuencia, para este Colegiado, la instauración de un nuevo procedimiento de despido sería, en este caso, una formalidad sin ninguna utilidad práctica puesto que, como resulta obvio, mediante su instauración ya no sería posible desvirtuar lo que ha quedado firme mediante sentencia penal.* En tal sentido, cuando el citado artículo 31 dispone que «El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare [...]», *tal mandato debe referirse de manera estricta a la causal de despido por la comisión de falta grave, la misma que para su invocación requiere necesariamente la instauración de un procedimiento de despido previo o posterior* (énfasis añadido).

Sin embargo, y como observan correctamente Ugaz e Higa (2011), en este último aspecto el TC incurre en un error, toda vez que sí sería necesario que se ejecute el procedimiento de despido para que el trabajador pueda formular sus descargos, no sobre los hechos materia de la condena, sino más bien vinculados a la oportunidad en la que se ejecuta el procedimiento (infracción al principio de inmediatez), o que el empleador conocía de la condena, pero aun así le permitió continuar laborando.

3. La inhabilitación del trabajador. Esta causal implica que el trabajador haya sido sancionado por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de una actividad que importe el impedimento de las labores asignadas por su empleador. La ley exige que esta inhabilitación administrativa se produzca por un plazo superior a tres meses o más (art. 28 LPCL).

Así, pues, para el inicio de un procedimiento de despido bajo esta causal, el empleador debe verificar que, efectivamente, su trabajador haya cometido algún acto que hubiera representado una sanción por parte de la autoridad judicial o administrativa, que imposibilite que el trabajador pueda continuar desempeñando las labores para las que ha sido contratado. Un claro ejemplo de esta causal se configuraría en el caso de un trabajador que ocupe el cargo de chofer en una empresa y que, por la comisión de una grave infracción tránsito, la autoridad administrativa lo inhabilite durante un año para conducir cualquier tipo de vehículos.

1.6. El procedimiento de despido

Si el empleador verifica la ocurrencia de los supuestos que habilitan el despido por capacidad o conducta del trabajador, deberá imputarle por escrito las causales que determinarían su despido y otorgarle un plazo no menor de seis días naturales para que formule sus descargos o de treinta días para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. No se otorgará dicho plazo en los casos de falta grave flagrante en los que no resulte factible dicha posibilidad.

La ley faculta al empleador a que, durante el procedimiento de despido por causa relacionada a la conducta, pueda exonerar al trabajador de concurrir al centro de trabajo, sin que la exoneración afecte su derecho de defensa ni el pago de sus remuneraciones u otros derechos que pudieren corresponderle. Esta exoneración debe consignarse por escrito.

Después de presentados los descargos, el empleador procederá a evaluarlos y, de estimar que no han quedado desvirtuadas las faltas imputadas, o no habiéndose presentado los descargos dentro del referido plazo de seis días, podrá proceder al despido del trabajador (art. 42 DS 001-96-TR).

El despido debe comunicarse por escrito y es preciso indicar de manera precisa la causa y la fecha de cese. La carta de despido no puede basarse en una causa distinta a la imputada en la carta de preaviso de despido, salvo que durante su tramitación haya tomado de conocimiento de otras faltas graves y que no hayan sido materia de la imputación. En este último caso, el empleador deberá reiniciar el trámite de imputación, esta vez respecto de la nueva causa detectada (art. 32 DS 003-97-TR).

En el curso de todo el procedimiento el empleador debe observar el principio de inmediatez (art. 31 LPCL). Nuestra legislación no ha desarrollado, ni mucho menos ha establecido un plazo exacto o riguroso para determinar cuándo se verifica o se cumple con el principio de inmediatez. No obstante, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que ha brindado alcances sobre este principio, al señalar que este comprende dos fases: (i) la fase cognitiva, en la que el empleador toma conocimiento de los hechos, efectúa las investigaciones pertinentes, entre otras; y (ii) la fase volutiva, en la que se toma la decisión de sancionar o no la conducta del trabajador, sobre la base de las investigaciones realizadas. El tiempo total que exista entre estas dos fases dependerá de la complejidad del asunto materia de investigación y de la estructura corporativa del empleador, por lo que este principio resulta ser sumamente elástico³.

La actuación inmediata del empleador frente a la conducta del trabajador resulta de suma importancia, pues el trascurso del tiempo puede derivar en el olvido o perdón tácito de la falta cometida. Así, la infracción a este principio conllevaría que no exista causa de despido, por haberse

³ Fundamentos jurídicos 7 y 8 de la STC 00543-2007-AA/TC.

«perdonado» la conducta del trabajador por el paso del tiempo. De este modo, el despido sería calificado como incausado y podría estar sujeto a la reposición del trabajador o el pago de la indemnización, conforme a lo analizado precedentemente.

1.7. Los supuestos de nulidad de despido previstos por ley

Al igual que sucede con las faltas graves, los supuestos de despido nulo también se encuentran contenidos en un listado cerrado (*numerus clausus*) que, de no acreditarse, determinarán la consecuente readmisión del trabajador al empleo y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante todo el periodo que se extienda el despido.

Los supuestos contemplados en el artículo 29 de la LPCL pueden agruparse en los siguientes motivos: (i) antisindicales; (ii) represalia a la interposición de una queja o proceso o procedimiento administrativo contra el empleador; (iii) discriminación sustentada en motivos prohibidos; y (iv) el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia. En estos casos, la carga de la prueba recae en el trabajador, vale decir, es este quien debe acreditar el motivo de nulidad invocado, conforme a lo previsto en el inciso b del artículo 23.3 de la nueva Ley procesal del trabajo, ley 29497.

2. POR VOLUNTAD DE AMBAS PARTES

2.1. El mutuo disenso

Cuando el trabajador y el empleador se ponen de acuerdo en extinguir la relación laboral, se materializa el mutuo disenso, que constituye una causa válida de terminación del vínculo (inciso d, art. 16 LPCL). Se exige expresamente que el acuerdo conste por escrito o en la liquidación de beneficios sociales (art. 19 LPCL).

En la práctica, estos acuerdos vienen ligados al otorgamiento de determinados beneficios al trabajador cesante. De manera regular, se produce una suerte de negociación entre las partes, en el que definen las condiciones aplicables para la extinción consensuada de la relación laboral.

No es infrecuente que en estas negociaciones el empleador ofrezca el pago de un incentivo económico para la constitución de nuevas empresas (art. 47 DS 002-97-TR) o el pago de una gratificación extraordinaria. El incentivo económico indicado se encuentra exonerado del pago del impuesto a la renta de quinta categoría hasta la suma que le corresponda al trabajador por concepto de indemnización por despido arbitrario. En cambio, la gratificación extraordinaria está sujeta al pago de dicho impuesto.

El empleador suele señalar en estos convenios de mutuo disenso que la suma otorgada tiene carácter de compensable frente a eventuales adeudos (art. 57 DS 001-97-TR).

No obstante, el último párrafo del artículo 57 de la Ley de CTS establece que «las sumas que el empleador entregue en forma voluntaria al trabajador como incentivo para renunciar al trabajo, cualquiera sea la forma de su otorgamiento, no son compensables de la liquidación de beneficios sociales o de la que mande pagar la autoridad judicial por el mismo concepto».

En consecuencia, diversos pronunciamientos judiciales rechazan la compensación de créditos, puesto que estiman que el monto no fue otorgado a título de liberalidad, de manera pura, simple e incondicional. Para este efecto, entienden que esta suma se otorgó como parte de una negociación y ha sido un incentivo otorgado al trabajador para que este acepte poner término a la relación laboral de manera anticipada.

2.2. El vencimiento del plazo en los contratos sujetos a término

Si las partes celebran un contrato de trabajo sujeto a modalidad y este no presenta algún defecto que suponga su desnaturalización, conforme los criterios comentados en el capítulo primero de esta obra, se producirá una extinción válida de la relación laboral por acuerdo de ambas partes.

En efecto, esta causal presupone que se examine si el contrato a plazo fijo cuenta con una verdadera causa objetiva que justifique la temporalidad del vínculo. Por tanto, si vence el plazo pactado o se cumple

la obra determinada o el servicio específico o si se configura la condición resolutoria acordada, la extinción de la relación laboral por cualquiera de estos supuestos tendrá plena validez.

En rigor, esta causal se encuentra en constante revisión judicial. En efecto, en la gran mayoría de casos de impugnación de la extinción del vínculo laboral por vencimiento del plazo pactado en un contrato sujeto a modalidad se alega que en este se ha incurrido en desnaturalización. Así, pues, de ser válida esa pretensión, la desvinculación efectuada supone en los hechos que ha operado un despido sin expresión de causa.

Así, en caso de controversia judicial, la extinción del vínculo laboral por esta causal está supeditada a que se concluya que el contrato se adecúa nítidamente a la causalidad que ha sustentado la modalidad contractual adoptada.

3. POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

En este punto revisaremos aquellos supuestos de extinción de la relación laboral contemplados en nuestra legislación, pero en los que la causa de la terminación no responde a la voluntad de alguna o ambas partes de la relación laboral, sino más bien a factores externos o ajenos a su voluntad.

3.1. El fallecimiento del trabajador o del empleador persona natural

Resulta evidente que el fallecimiento del trabajador supone la extinción automática de la relación laboral. El contrato de trabajo es de carácter *intuitio personae*, por lo que, producido el supuesto, concluye indefectiblemente el vínculo con el empleador.

En cambio, cuando el empleador es persona natural, no necesariamente se producirá la extinción de la relación laboral, puesto que el trabajador podrá convenir con los herederos la subsistencia de la relación por un plazo —el cual no podrá exceder de un año— hasta que se proceda a la liquidación del negocio. Este acuerdo deberá constar por escrito y ser registrado ante la autoridad administrativa de trabajo (art. 17 LPCL).

3.2. La invalidez absoluta permanente

La invalidez absoluta permanente extingue de pleno derecho y de manera automática la relación laboral, siempre y cuando esta haya sido declarada ya sea por EsSalud, el Ministerio de Salud o una junta de médicos del Colegio Médico del Perú (art. 20 LPCL).

La Corte Suprema, en la casación laboral 11727-2016-Lima Sur ha señalado que la invalidez absoluta permanente implica la imposibilidad total para realizar cualquier tipo de tareas productivas, lo cual equivale a una incapacidad igual o superior a los dos tercios (considerando sétimo y noveno). El trabajador, por tanto, debe encontrarse completamente imposibilitado de realizar algún tipo de actividad.

No obstante, en forma contraria a lo expresamente establecido en la ley, como referimos anteriormente, la Corte Suprema ha establecido que solo el Ministerio de Salud y EsSalud son competentes para declarar la invalidez absoluta permanente, negando dicha competencia a las juntas de médicos del Colegio Médico del Perú (considerando 11).

En virtud a ello, y a efectos de aplicar esta medida, se debería verificar previamente lo siguiente: (i) imposibilidad del trabajador de desarrollar las labores para las que fue contratado y (ii) dictamen médico emitido por el Ministerio de Salud o EsSalud. Sin embargo, como hemos mencionado previamente, estas dos entidades hasta el presente no cuentan con procedimientos internos establecidos para este tipo de trámite y por tanto se excusan de emitir estas certificaciones⁴.

3.3. La jubilación

La jubilación es causa de extinción del contrato de trabajo en nuestro país (inc. f) art. 16 DS 003-97-TR) y podría clasificarse en tres tipos: voluntaria, intermedia y automática (Neves Mujica, 2009). Las dos

⁴ Este pronunciamiento judicial contribuye a incrementar la rigidez que se imputa al régimen de estabilidad laboral vigente en el Perú.

primeras no representarían mayor controversia, a diferencia de lo que sucede con la jubilación obligatoria y automática.

En efecto, la voluntaria conllevará que llegada la edad legal de jubilación (65 años para hombres y mujeres) el trabajador decida iniciar los trámites para la obtención de su pensión y poner fin a su ciclo de vida laboral.

En la intermedia, la jubilación será obligatoria si el empleador se compromete por escrito a cubrir la diferencia entre la pensión que pueda obtener el respectivo régimen al que se encuentre afiliado y el 80% de la de la última remuneración ordinaria percibida. Este monto adicional no puede exceder al 100% de la pensión y el empleador tendrá que ajustar periódicamente el monto, en la misma proporción dependiendo de los reajustes que sufra la pensión del trabajador. Se producirá la extinción del vínculo laboral cuando se le reconozca al trabajador el otorgamiento de la pensión (art. 21 LPCL).

La jubilación obligatoria y automática sí genera controversia. En efecto, nuestra legislación ha previsto que se producirá la extinción automática de la relación laboral cuando el trabajador cumpla los 70 años de edad, salvo que exista pacto en contrario. Lo cierto es que detrás del establecimiento de esta edad máxima de trabajo se encuentra una presunción de incapacidad que se aplicaría a todos los trabajadores de todas las actividades económicas, salvo para el caso de los profesores universitarios y personal diplomático⁵, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Neves Mujica, 2009).

El «pacto en contrario» es otro aspecto controvertido de la jubilación automática que, incluso, ha tenido diversos vaivenes en la jurisprudencia hasta que, mediante la casación laboral 1533-2012-Callao, la Corte Suprema rectificó este último criterio y señaló que pasada la edad legal

⁵ El TC en la STC 10078-2005-AA/TC por un lado señaló que no se puede imponer una limitación general en el ejercicio de las funciones basada únicamente en la edad, sin que medien criterios objetivos; pero, de otro lado, reconoce que el paso al retiro del personal diplomático se produce al cumplir los 70 años de edad.

de jubilación obligatoria y automática sin que el empleador haya activado la causal, el trabajador solo podrá ser desvinculado por causa objetiva.

Empero, mediante la casación 9155-2015-Lima, la Corte Suprema retomó el criterio contenido en la casación 2501-2009-Ica, y ha estimado que el empleador sí podría activar en cualquier momento la causal, sin que se vea obligado a abonar alguna indemnización al trabajador que ya superó los 70 años de edad. Este es el criterio predominante a la fecha que, inclusive, ha sido adoptado en el pleno jurisdiccional distrital laboral de Lima en 2017.

3.4. Por causas objetivas: terminación colectiva de los contratos de trabajo

Nuestra legislación ha contemplado supuestos concretos de terminación colectiva de los contratos de trabajo y, por ende, no genera en los trabajadores el derecho a percibir alguna indemnización por la extinción de la relación laboral. De este modo, se han previsto los siguientes supuestos: (i) por caso fortuito o fuerza mayor que suponga la desaparición del centro de trabajo; (ii) por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; (iii) por disolución, liquidación o quiebra de la empresa; y (iv) por la reestructuración patrimonial (art. 46 LPCL). Las señaladas en los puntos (i), (iii) y (iv) no generan mayores objeciones por parte de la autoridad de trabajo, siempre que se verifique la desaparición del centro de trabajo, así como las condiciones establecidas en las normas de la materia, esto es, Ley general de sociedades y Ley general del sistema concursal, respectivamente. En cambio, respecto al cese colectivo por las causas indicadas en el punto (ii) sí presenta múltiples dificultades.

En efecto, y como hemos señalado en otro lugar (Ferro Delgado, 2009), las dificultades para que opere esta causal se remontan, incluso, a la década de 1970, con la implementación de la estabilidad laboral absoluta. De ahí que, desde ese entonces, el cese colectivo quedaba sujeto a la aprobación de la autoridad administrativa de trabajo, con lo cual se

instauró una especie de despido propuesta, el cual, con ligeras variantes, subsiste hasta nuestros días.

Hoy en día, el procedimiento mantiene el esquema de despido propuesta, lo que implica que sea la autoridad administrativa de trabajo la que apruebe o no el cese colectivo de los trabajadores, en tanto se verifiquen las razones objetivas y la medida afecte, por lo menos, al 10% del total de los trabajadores de la empresa. Para este efecto, la LPCL prevé que se hayan efectuado negociaciones con el sindicato, o, a falta de este, con los trabajadores afectados o sus representantes, en los que se discutan los motivos invocados por el empleador, con el objeto de acordar las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o buscar soluciones alternativas para evitar el cese. Dentro de estas medidas se podrá acordar el establecimiento de inferiores condiciones de trabajo para lograr la subsistencia de la fuente de trabajo, respetando, obviamente, los mínimos indisponibles previstos por ley. De no arribar a algún acuerdo, será la autoridad de trabajo la que, en definitiva, apruebe o no el cese colectivo (Ferro Delgado, 2009).

Diversas han sido las razones por las cuales, históricamente, la autoridad administrativa de trabajo rechaza de forma sistemática las solicitudes de cese colectivo por motivos económicos o estructurales. Así, en los contados casos en que ha emitido resoluciones favorables al cese colectivo solicitado, se ha tratado de empresas en práctico colapso económico, mientras en caso de solicitudes basadas en motivos de reestructuración, la exigencia de acreditación no solo ha sido desproporcionada sino de inviable demostración.

De ahí que esta forma de extinción de los contratos de trabajo sea letra muerta en nuestro ordenamiento. Más aún, al prever la LPCL que el procedimiento está sujeto al silencio administrativo positivo, vale decir que si la autoridad administrativa no emite pronunciamiento dentro de los plazos establecidos se entiende por aprobada la solicitud, la autoridad ha dado lugar a que se emitan resoluciones denegatorias cuyo único objeto real es neutralizar el silencio administrativo (Ferro Delgado, 2009, p. 319).

Ante esta tendencia de la autoridad administrativa de trabajo, múltiples empresas, en la práctica, han ejecutado ceses colectivos, pero han debido recurrir al ofrecimiento de incentivos al personal para que decidan acogerse a programas de retiro voluntario, aun cuando ello haya conllevado agudizar una difícil situación económica y financiera de la empresa.

4. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es el modelo de estabilidad laboral vigente en el Perú?
2. ¿En qué se diferencian los despidos incausados, nulos y fraudulentos? ¿Son categorías independientes o se interrelacionan?
3. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ¿es constitucional el despido sin expresión de causa o *ad nutum*?
4. ¿En qué se diferencia el despido motivado en la capacidad del trabajador del despido motivado en la conducta de este?
5. ¿Las inconductas laborales se sancionan con prescindencia de sus connotaciones de índole penal? ¿Opera la presunción de inocencia en el ámbito de la aplicación de sanciones disciplinarias?
6. De acuerdo con el marco legal y jurisprudencia vigentes, ¿es factible el despido por invalidez absoluta permanente y el despido por incapacidad sobrevenida determinante para el desempeño de las tareas?
7. ¿Cómo opera la extinción por jubilación obligatoria y automática? ¿Existe acuerdo tácito si el empleador no activa el cese cuando el trabajador cumplió los 70 años de edad?
8. ¿En el Perú opera realmente la terminación colectiva de los contratos de trabajo?

Fondo Editorial PUCP

BIBLIOGRAFÍA

- Álcazar Ortiz, Sara & Ángel Luis de Val Tena (1995). Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa. *Revista de Relaciones Laborales*, 3, 125-140.
- Bronstein, Arturo (1987). El privilegio de los créditos laborales. En *El salario. Estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez* (pp. 123-139). Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández.
- Caparrós, Fernando Javier (2009). La parasubordinación. En A. García Vior (ed.), *Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral* (pp. 103-133). Buenos Aires: Errepar.
- Durán López, Federico (1985). *Pacto de permanencia en la empresa*. En AA.VV., *El estatuto de los trabajadores* (pp. 201-205). Madrid: Edersa.
- Ermida Uriarte, Óscar (1983). *La estabilidad laboral del trabajador en las empresas ¿protección real o ficticia?* Montevideo: Acali.
- Ermida Uriarte, Óscar (1989). *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Fernández Rueda, Lupo (1997). Poder de dirección del empleador. En N. De Buen & E. Morgado Valenzuela (eds.), *Instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 405-419). Ciudad de México: UNAM.

- Ferro Delgado, Víctor (1998a). El concepto de remuneración. *Asesoría Laboral*, 11-17.
- Ferro Delgado, Víctor (1998b). El descanso vacacional. *Revista de Trabajo*, 7, 36-42.
- Ferro Delgado, Víctor (2001). La subcontratación o intermediación laboral. En V. Ferro Delgado (coord.), *Balace de la reforma laboral peruana* (pp. 141-152). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Ferro Delgado, Víctor (2009). Derecho del trabajo, globalización y ceses colectivos. En AA.VV., *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI. Libro homenaje a los 90 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (pp. 313-325). Lima: ARA.
- Ferro Delgado, Víctor (2012). La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Derecho PUCP*, 68, 471-494.
- Mejía Madrid, Renato (2014). El alcance de la regulación laboral de la descentralización productiva. *Thémis*, 64, 97-106.
- Morales Corrales, Pedro (2001). *La compensación por tiempo de servicios: balance de una reforma*. En V. Ferro Delgado (coord.), *Balace de la reforma laboral peruana* (pp. 191-249). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Neves Mujica, Javier (2009). La edad como causal de extinción o restricción de la relación laboral en nuestro ordenamiento. *Ius et Veritas*, 37, 104-110.
- Ojeda Avilés, Antonio (2007). Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. *Derecho PUCP*, 60, 375-402.
- Palomeque, Manuel Carlos (1991). *Los derechos laborales en la Constitución española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Pasco Cosmópolis, Mario (1993). Jornada y descansos remunerados en el Perú. En N. De Buen, *Jornada de trabajo y descansos remunerados* (pp. 415-449). Buenos Aires: Porrúa.

- Pasco Cosmópolis, Mario (1997a). *La participación en el Perú: nacimiento, evolución e involución*. En AA.VV, *Estudios en homenaje al profesor Héctor Hugo Barbagelata* (pp. 347-365). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Pasco Cosmópolis, M. (1997b). Suspensión del contrato de trabajo. En N. De Buen & E. Morgado Valenzuela (eds.), *Instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 481-499). Ciudad de México: UNAM.
- Plá Rodríguez, Américo (1978). *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: De Palma.
- Raso Delgue, Juan (2009). *La contratación atípica del trabajo*. Montevideo: Amalio M. Fernández.
- Rodríguez Mancini, Jorge (2007). *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea.
- Rodríguez-Piñero, Miguel (1980). Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia. En *Estudios en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón* (pp. 50-80). Madrid: Tecnos.
- Ugaz Olivares, Mauro & Alfonso Higa García (2011). La condena penal por delito doloso como causa de despido en el régimen laboral privado. *Ius et Veritas*, 43, 182-194.
- Villavicencio Ríos, Alfredo (2004). La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico. *Ius et Veritas*, 29, 143-156.

Fondo Editorial PUCP

VOLÚMENES PUBLICADOS

1. *Derechos reales*. Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A.
2. *Los derechos fundamentales*. César Landa Arroyo
3. *Derecho penal básico*. Felipe Andrés Villavicencio Terreros
4. *Derecho constitucional*. Carlos Blancas Bustamante
5. *Introducción al derecho ambiental*. Patrick Wieland Fernandini
6. *Nociones básicas de derecho internacional público*. Elizabeth Salmón
7. *La enseñanza del derecho*. Lorenzo Zolezzi Ibárcena
8. *Derecho constitucional económico*. Baldo Kresalja y César Ochoa
9. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B.
10. *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Marcial Rubio Correa y Elmer Arce
11. *Derecho tributario: temas básicos*. Francisco Ruiz de Castilla
12. *El mercado de valores en fácil*. Lilian Rocca
13. *Derecho de las obligaciones*. Mario Castillo Freyre
14. *Derecho de sucesiones*. César E. Fernández Arce
15. *Ética y ejercicio de la ciudadanía*. Alberto Simons Camino, S.J.
16. *Arbitraje comercial nacional e internacional*.
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

17. *Derecho eclesiástico del Estado peruano*. Milagros Revilla Izquierdo
18. *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heudebert
19. *Sistema de justicia en el Perú*. David Lovatón Palacios
20. *Manual de derecho marítimo*. Percy Urday B.
21. *Los secretos de los seguros*. Alonso Núñez del Prado Simons
22. *Derecho internacional privado*. César Delgado Barreto y María Antonieta Delgado Menéndez
23. *Introducción al derecho urbanístico*. Iván Ortiz Sánchez
24. *La protección jurídica de los signos distintivos. Marcas, nombres y lemas comerciales*. María del Carmen Arana Courrejolles
25. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. Julio Salas Sánchez
26. *Las creaciones industriales y su protección jurídica. Patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y secretos empresariales*. Baldo Kresalja Rosselló
27. *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Víctor Prado Saldarriaga
28. *El derecho a la seguridad social*. César Gonzales Hunt y Javier Paitán Martínez
29. *Derecho de la niñez y adolescencia*. María Consuelo Barletta Villarán
30. *La interpretación de la ley. Teoría y métodos*. Shoschana Zusman T.
31. *Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú*. Christian Donayre Montesinos
32. *Derecho tributario. Impuesto a la renta: aspectos significativos*. Humberto Medrano
33. *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Javier La Rosa y Gino Rivas
34. *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. Róger Rodríguez Iturri
35. *Análisis económico del derecho*. Alfredo Bullard
36. *Derecho procesal constitucional*. César Landa

37. *La Sunat y los procedimientos administrativos tributarios.*
Carmen del Pilar Robles Moreno
38. *Introducción al derecho de las telecomunicaciones.* Diego Zegarra Valdivia
39. *La Defensoría del Pueblo en el Perú y en el mundo.* Walter Albán
40. *El derecho de la función pública y el servicio civil. Nociones fundamentales.*
Janeyri Boyer Carrera

Fondo Editorial PUCP

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
mayo 2019 Lima - Perú

Fondo Educativo PUCP

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP