

INFORME

I PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Lima - 2012

CAPÍTULO I : PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO LABORAL

I. JUSTIFICACIÓN

La realización de un Pleno Jurisdiccional Supremo en materia *laboral* se justifica en la imperante necesidad de unificar y/o consolidar los diversos criterios con los que se ha venido resolviendo a nivel de juzgados y salas laborales en temas similares; ello tomando en cuenta –además– los cambios existentes en la legislación laboral en los últimos meses, específicamente en lo que respecta a las normas adjetivas que rigen el proceso laboral.

En este sentido, en aras de lograr la predictibilidad de las resoluciones judiciales y de los criterios jurisprudenciales, los Magistrados Supremos integrantes de las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitoria, ante la convocatoria efectuada por el Señor Doctor César San Martín Castro, Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución N° 088-2012-P-PJ de fecha 02 de marzo de 2012, se dispuso la realización del I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral 2012, cuya coordinación fue encargada al señor Doctor Roberto Luis Acevedo Mena, integrante de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de esta Corte Suprema y actualmente su Presidente.

La realización del Pleno Laboral a nivel supremo tiene entre sus objetivos : mejorar la calidad del servicio de impartición de justicia en el ámbito del derecho del trabajo y optimizar la atención eficaz y eficiente en los procesos judiciales, mediante decisiones predecibles en todas sus etapas , concordando para ello la jurisprudencia y fijando de ser necesario principios jurisprudenciales.

La disminución de la carga procesal de los juzgados y salas especializadas del país será una consecuencia de la consecución de tales objetivos.

• Se promueve además la capacitación constante de los magistrados de la República, mediante la difusión de los Acuerdos Plenarios a nivel nacional y de la comunidad jurídica y de la colectividad con la publicación de los mismos.

Finalmente con los plenos jurisdiccionales en general y con este Pleno Supremo Laboral en particular el Poder judicial propende mejorar el nivel de confianza de la ciudadanía en el sistema de administración de justicia, desterrando dudas innecesarias en temas sustantivos o procesales , generando predictibilidad y seguridad jurídica.

II. MARCO LEGAL

Los fundamentos legales que respaldan la realización del Pleno Jurisdiccional se encuentran en:

2.1. **Artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobada por Decreto Legislativo N° 757, de fecha 04 de diciembre de 1991**

“Artículo 112.- Los integrantes de las Salas Especializadas pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos apoyo del Poder Judicial.”

2.2. **Artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS de fecha 02 de junio de 1993**

“Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.

Artículo 22.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.”

Conforme a la normatividad citada, el Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral contó con la participación de los señores jueces supremos de las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Derecho Constitucional Transitoria, debido a que a dichos órganos jurisdiccionales se elevan las causas en materia laboral (de trabajadores sujetos al régimen laboral privado o público, según sea el caso) una vez interpuesto el recurso de casación respectivo.

De esta forma, la reunión de magistrados en el Pleno Jurisdiccional contribuye a unificar los criterios adoptados por las Salas Supremas, generando predictibilidad en las resoluciones judiciales mediante la difusión de los Acuerdos como doctrina jurisprudencial en materia laboral.

III. ANTECEDENTES

En el presente caso, no existen antecedentes de la realización de un Pleno Jurisdiccional a nivel Supremo, como sí los hay en el ámbito civil, penal y contencioso administrativo.

Es el primer Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral. Allí radica su importancia y trascendencia.

En efecto, dada la competencia funcional asignada a las Salas de Derecho Constitucional Permanente y Transitoria, dichos órganos jurisdiccionales en donde se resuelven a nivel casatorio los recursos planteados por trabajadores y/o empleadores del sector privado y público, es que a lo largo de estos últimos años se había verificado la existencia de pronunciamientos disímiles emitidos por los juzgados y salas laborales en temas coincidentes y recurrentes en el conocimiento de la jurisdicción laboral, lo que hacía necesaria la unificación de criterios jurisprudenciales que propicien la predictibilidad en los fallos judiciales, utilizando para ello la técnica del pleno jurisdiccional.

IV. ACTIVIDADES PREVIAS REALIZADAS Y TEMAS SELECCIONADOS PARA DISCUSIÓN

Mediante Resolución N° 181-2012-P-PJ de fecha 23 de abril de 2012, se dispuso oficializar la realización del I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral, conforme al cronograma presentado. Teniendo en cuenta ello, se procedió a realizar las coordinaciones previas con los consultores, doctores Juan Carlos Cortez Carcelén y Michael Vidal Salazar, y con los señores Jueces Supremos integrantes de las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitoria, en las reuniones llevadas a cabo los días 08, 12 y 16 de marzo del presente año, se remitió el Oficio al señor Presidente del Poder Judicial, César San Martín Castro, el 19 de marzo de 2012, comunicándole la fecha de realización de la sesión plenaria, así como los temas a tratar, los mismos que abordan problemas jurídicos de vital importancia en la disciplina laboral; y tratan sobre:

- (1) Procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y fraudulento en la vía ordinaria laboral y en la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497;
- (2) Indemnización por daños y perjuicios derivados en enfermedades profesionales; y,
- (3) Tratamiento de las horas extras en los sectores público y privado.

Con posterioridad a ello, se han realizado reuniones con fechas 22 y 23 de marzo, 04 de abril y 2 de mayo entre los consultores y mi persona en calidad de Coordinador del I Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, designado mediante Resolución N° 088-2012-P-PJ de fecha 02 de marzo de 2012, con la finalidad de monitorear el avance en el desarrollo de los temas a abordarse, siempre recalcando la importancia de tener en consideración la jurisprudencia emitida para tal efecto por ambas Salas Supremas.

En esa línea, los señores consultores se reunieron con cada uno de los jueces supremos con fechas 23 a 25 de abril, con el objetivo de recabar sus opiniones, comentarios y/o sugerencias a los temas del Pleno; las mismas que ahora son parte de la fundamentación de las propuestas de conclusión.

Por su parte, los señores jueces supremos de ambas Salas, tanto la Permanente como Transitoria, en sus reuniones plenarias realizadas con fecha 19 y 26 de abril del presente año, y *ad portas* de la proximidad en la fecha de realización del Pleno jurisdiccional Supremo Laboral, se reunieron con el fin de adoptar acuerdos *preliminares* e intercambiar posiciones respecto de la propuesta del informe sobre los temas del Pleno que habían alcanzado los señores consultores, permitiendo así un intercambio de experiencia y conocimientos que dan relieve a lo acordado.

Asimismo, entre el 20 de marzo pasado al 27 de abril del 2012 se dispuso convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar con sus comentarios y aportes sobre los temas propuestos para el debate del I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral 2012, recibiendo un total de 25 aportes de magistrados, colegios profesionales, abogados, sindicatos, entre otros. Para ese fin se previó la creación de un anuncio publicitario en forma de banner en la página web institucional, enlazado a un documento que contiene los temas de trabajo propuestos, donde se han recepcionado las sugerencias y comentarios de quienes participaron; y a quienes además oportunamente se les ha agradecido por su valiosa contribución. En este punto se resaltan los valiosos aportes enviados por la señorita doctora Elcira Vásquez Cortez, Presidente de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente y de sus integrantes, y por los miembros de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, en la persona de su Presidente, señor doctor Ramiro de Valdivia Cano, además de los aportes presentados por el coordinador.

Finalmente, con fecha 02 de mayo de 2012, se efectuaron las últimas coordinaciones entre los señores consultores y mi persona, en tanto la fecha de realización del Pleno estaba programada para el viernes 4 de mayo.

V. METODOLOGÍA

5.1. Etapa Informativa

Se realizó la exposición fundamentada y doctrinaria de los temas que han sido seleccionados para ser incluidos en la discusión del Pleno

5.2. Etapa Elaborativa

Se resumieron las conclusiones respecto de cada tema, con la finalidad de que los señores jueces supremos adoptasen determinadas posiciones y luego procedieran a la votación

5.3. Etapa Deliberativa y Resolutiva

Se realizaron pequeños debates de las conclusiones alcanzadas en la etapa elaborativa, y con los aportes, modificaciones y singularidades se elaboraron las conclusiones consignadas en el Acta del Acuerdo tomado.

Para la aprobación de las conclusiones se adoptaron los acuerdos planteados por unanimidad, y los que contaron con mayoría calificada de los señores jueces supremos participantes (7 votos).

CAPÍTULO II : TEMAS Y ACUERDOS

En sesión Plenaria de fecha 04 de Mayo de 2012, y su continuación llevada a cabo el 14 de Mayo, esta última dispuesta por Oficio N° 2793-2012-P-PJ de fecha 8 de Mayo del presente año, se arribaron a las siguientes acuerdos:

TEMA N° 01: PROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN DE REPOSICIÓN POR DESPIDO INCAUSADO Y DESPIDO FRAUDULENTO EN LA VIA ORDINARIA LABORAL

a. SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN DE REPOSICIÓN POR DESPIDO INCAUSADO Y DESPIDO FRAUDULENTO EN LA VÍA LABORAL REGULADA POR LA LEY PROCESAL DEL TRABAJO (LEY N° 26636)

La protección del derecho al empleo ha sido uno de los principales temas de análisis y debate en los foros laborales en los últimos años. En este sentido, es conocida la doctrina que el Tribunal Constitucional ha desarrollado sobre la protección de los derechos laborales constitucionales y los alcances de la jurisprudencia respecto al derecho al empleo consagrado en el artículo 22 de la Constitución.

Las sentencias emitidas por dicho Órgano Constitucional Autónomo, de acuerdo a sus atribuciones, en las demandas de amparo interpuestas por: el Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú y FETRATEL (EXP. 1124-2001-AA/TC) en contra de Telefónica del Perú de fecha 11 de Julio del 2002 - , Eusebio Llanos Huasco (EXP. 976-2001-AA/TC) en contra de la misma empresa de fecha 13 de Marzo del 2003 y César Antonio Baylón Flores (EXP.206-2005-PA/TC) en contra de E.P.S. EMAPA Huacho S.A. de fecha 14 de Diciembre del 2005 , han establecido, en los dos primeros casos: *doctrina jurisprudencial*, merced a lo previsto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y en el último: *precedente vinculante*, de observancia obligatoria, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

La doctrina jurisprudencial y el precedente vinculante deben ser tomados en cuenta para la resolución de los procesos de impugnación y de nulidad de despido que se presenten tanto en sede constitucional, como ordinaria laboral, en específico en lo relativo a la competencia, procedencia de la demanda y de

las pretensiones, y en el tipo de protección que se otorgue al trabajador afectado.

En el caso FETRATEL, el Tribunal Constitucional interpretó el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en relación a lo prescrito por los artículos 22 y 27 de la Constitución, y aplicando el control difuso determinó que dicha norma no resultaba compatible con la Constitución, precisando en el fundamento 12 c.a. que *"El artículo 34, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional."* En consecuencia reconocer a la indemnización como única opción reparadora frente a un despido arbitrario, niega la posibilidad de la eficacia restitutoria que obtendría un trabajador mediante la reposición en su puesto de trabajo, consecuencia evidente de la protección que obtendría en sede constitucional un trabajador víctima de un despido lesivo de derechos constitucionales.

Por su parte, en el caso Llanos Huasco, el Tribunal Constitucional reiteró el criterio de la sentencia del caso FETRATEL respecto a la protección adecuada frente a un despido arbitrario, así como los alcances del artículo 27 de la Constitución, pero estableciendo además una tipología y una definición de cada uno de los tres supuestos de despido que merecen tutela constitucional a través del efecto restitutorio o reposición en el empleo: el despido nulo, el despido incausado, y el despido fraudulento, concluyendo que la protección adecuada contra el despido arbitrario, reconocida en el artículo 27 de la Constitución permitía tanto una eficacia restitutoria como una resarcitoria, según lo señalado en el fundamento jurídico 12, modificando en virtud de este criterio, el esquema de protección aplicado desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo número 728, el cual quedó determinado de la siguiente manera: a) Despido nulo, protegido mediante reposición, b) Despido incausado, protegido mediante reposición, c) Despido fraudulento, protegido mediante reposición, y d) Despido injustificado, protegido mediante indemnización por decisión de ex trabajador afectado.

Así, en el fundamento jurídico de la 15.b de la referida sentencia el TC señala que se produce el **despido incausado** cuando *"Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique."*; asimismo, definiendo al **despido fraudulento**, el Tribunal señaló en el fundamento 15.c de la misma sentencia que éste se produce cuando *"Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una 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 voluntad (...) o mediante la «fabricación de pruebas».”

En el caso Baylón Flores, el Tribunal Constitucional complementó e integró de forma armónica el criterio vertido en las sentencias anteriores, y determinó los supuestos en los cuales procedería el proceso de amparo frente a un despido lesivo de derechos constitucionales, en específico respecto a cada uno de los supuestos definidos por el mismo Tribunal Constitucional en la sentencia del caso Llanos Huasco, precisando el concepto de despido fraudulento. Así, en el fundamento jurídico 24 de la STC recaída en el expediente 206-2005-AA indicó: “ (...) las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos *bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas en el párrafo precedente deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contencioso administrativa. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 a 15 supra.*”, refiriéndose en el caso de los trabajadores sujetos al régimen laboral privado (fundamento jurídico 6) que “*solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate.*”

La jurisdicción laboral –por su parte- atendiendo, a su vez, a lo previsto en los artículos 38, 51, 138 y 146 numeral 2 de la Constitución, considera que en la emisión de sus decisiones judiciales, se debe garantizar su aplicación prevalente, realizando interpretaciones de la ley y compatibilizando el ordenamiento jurídico con aquélla.

Bajo este esquema, el Juez es pues –desde su ámbito competencial–, el llamado a ser el primer guardián de la Constitución del Estado, en la cual se recogen los principios y valores laborales que deben ser objeto de su férrea protección, por lo que no puede abandonar tal encargo constitucional reconocido y expresado categóricamente por el Tribunal Constitucional, en el quinto fundamento jurídico de la sentencia recaída en el expediente número 0206-2005-PA/TC, cuando refirió que: “*el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le*

corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138° de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría firmar que sólo el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado (...)".

Dicha función establecida en la Constitución constituye una de las atribuciones del Poder Judicial, en toda su estructura jurisdiccional: hacerla prevalecer, así los principios, valores, derechos y libertades que ella contempla.

La Constitución no es sólo un catálogo de derechos, sino que, en rigor, *"dichos derechos no son otra cosa que la expresión jurídica de aquellos principios y valores éticos y políticos que el constituyente ha considerado que deben formar las bases del sistema jurídico y, por lo tanto, de la convivencia social. El sistema de derechos reconocidos por la norma constitucional es expresión también, de este modo, de un determinado proyecto de organización de la sociedad, cuyas líneas maestras es preciso develar si se quiere aprehender el sentido profundo de todas y cada una de sus previsiones."*

De otro lado, el acceso a la justicia, puede definirse como el *"derecho de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política o creencias religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas"*², y que como señala el experto peruano Javier La Rosa, *"esta noción [de acceso a la justicia] ha transitado sucesivas etapas que han ido desde establecer una asociación directa con garantías procesales básicas (tutela judicial) (...) para pasar posteriormente a una visión vinculada a un derecho más complejo referido a toda clase de mecanismo eficaz que permita solucionar un conflicto de relevancia jurídica"*³. Esta definición amplia del "acceso a la justicia" comprende entonces no sólo el acceso al sistema estatal de justicia, esto es, a la tutela judicial efectiva que los Estados están en la obligación de otorgar a sus ciudadanos y ciudadanas sino que va más allá; pues implica —en rigor— que los jueces prefieran la aplicación del Principio *favor processum*, recogido en nuestro ordenamiento jurídico procesal tanto por el artículo III del Código Procesal Constitucional, así como en el artículo 2 numeral 3 del Título Preliminar de la ley N° 27584, que obliga que ante una duda razonable respecto a la procedencia de la demanda, el juez deberá preferir darle trámite a la misma, como sucede

¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "DERECHO CONSTITUCIONAL DEL TRABAJO. RELACIONES DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL". Gaceta Jurídica S.A.; Lima-Perú, 2007; páginas 16-17.

² PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia, Instituto Talcahuano, Buenos Aires, 2005, p. 7, citado en: LA ROSA, Javier, "Acceso a la justicia: elementos para desarrollar una política pública en el país", Derecho virtual Año 1, N° 3, octubre-diciembre 2006, pág. 3 (www.derechovirtual.com).

³ LA ROSA, Javier, Ob. Cit. Pág. 3.

por ejemplo en aquellos casos en los cuales se justifique una pretensión procesal -alegando vulneración de un derecho fundamental- como consecuencia jurídica que no está legislada en norma legal ordinaria.

Este enfoque integral del derecho al acceso a la justicia comprende pues el concepto "tradicional" del derecho de toda persona de "*hacer valer sus derechos o resolver sus disputas bajo el auspicio del Estado*"⁴ a través del acceso a tribunales "independientes e imparciales" y con las garantías del debido proceso, de conformidad con los artículos 8° y 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este instrumento internacional, establece: a) una obligación estatal de crear un recurso sencillo y rápido, primordialmente de carácter judicial, aunque otros recursos son admisibles en la medida en que sean efectivos, para la tutela de "derechos fundamentales" contenidos en la Convención, en la Constitución o en la ley; b) exige que el recurso sea efectivo; c) estipula la necesidad de que la víctima de la violación pueda interponerlo; d) exige al Estado asegurar que el recurso será considerado; e) señala que el recurso debe poder dirigirse aún contra actos cometidos por autoridades públicas, por lo que el recurso también es susceptible de ser dirigido contra actos cometidos por sujetos privados; f) compromete al Estado a desarrollar el recurso judicial; y g) establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso.

En este horizonte, las obligaciones estatales -en este punto- emanan de la vinculación de los Estados a los alcances de los artículos 2, 25 y 1.1 de la Convención Americana⁵. Esto, en tanto y en cuanto, el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos requiere que el Estado adopte medidas, incluidas las legislativas, para garantizar los derechos establecidos por ese instrumento que aún no lo estuviesen. Esto incluye el derecho a un recurso efectivo en caso de afectaciones individuales o colectivas a derechos económicos, sociales y culturales. En consecuencia, se ha destacado que los Estados Partes, entre ellos el Estado Peruano⁶, "*se encuentran obligados, por los*

⁴ CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant. "El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos", Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pág. 9.

⁵ Al respecto, es ilustrativo el "*Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*", documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos humanos, año 2007, *cit.*, Apartado I. B. (Ver: <http://www.cidh.org/women/acceso07/cap1.htm#B>)

⁶ El Estado Peruano con fecha 21 de enero de 1981, presentó en la Secretaría General de la OEA el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con los Artículos 45 y 62 de la Convención; no obstante, el Consejo de Ministros, con fecha 5 de julio de 1999, acordó proceder al retiro de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y puso en consideración del Congreso un proyecto de Resolución Legislativa en tal sentido. Así, mediante Resolución Legislativa N° 27152, de fecha 8 de julio de 1999, el Congreso de la República aprobó el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, y a pesar del requerimiento efectuado por el Estado Peruano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus sentencias de competencia numero 54 y 55, del 24 de septiembre

artículos 25 y 1.1 de la Convención Americana, a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos. Si de facto no lo hacen, debido a supuestas lagunas o insuficiencias del derecho interno, incurren en violación de los artículos 25, 1.1, y 2 de la CADH.⁷

En el contexto señalado precedentemente, la Corte Suprema asumiendo la competencia que le asigna la ley, en los procesos laborales seguidos por trabajadores del régimen de la actividad privada, ha considerado en casos concretos resueltos por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, que, en supuestos distintos a los del despido nulo regulado por el artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, no es válido afirmar que la eficacia restitutoria –entiéndase la reposición– de la impugnación de un despido, sea éste incausado o fraudulento, se restrinja únicamente a la jurisdicción constitucional, sino que es posible ordenarla en vía ordinaria laboral.

Los jueces supremos que participan en el Pleno consideran necesario tomar un acuerdo en tal sentido por cuanto :

- i) Negar la posibilidad de acceder al órgano jurisdiccional laboral, sea por elección del demandante y/o por remisión expresa de un proceso de amparo previo, implica no atender el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, concebida en estos tiempos, como derecho fundamental cuyo respeto irrestricto debe ser una de las finalidades primordiales de un Estado Constitucional y Social de Derecho;
- ii) En segundo lugar porque como se dejó establecido precedentemente, los jueces en general, son los primeros guardianes de la Constitución cuyas normas fundamentales contienen el estatuto de protección laboral, estructurado con el deber de protección que le impone el propio ordenamiento jurídico; ello implica que aquellos resuelvan el conflicto puesto a su conocimiento de manera

de 1999, señaló que dicho retiro no era procedente, conforme a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; por tal motivo, el Congreso de la República, con fecha 12 de enero de 2000 acordó, mediante Resolución Legislativa N° 27401, derogar la Resolución Legislativa N° 27152, encargando al Poder Ejecutivo realizar las acciones necesarias para dejar sin efecto los resultados que hubiera generado dicho dispositivo. En consecuencia, el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, efectuada por el Perú el 20 de octubre de 1980, posee plena vigencia y compromete en todos sus efectos jurídicos al Estado peruano, debiendo entenderse la vigencia ininterrumpida de dicha Declaración desde su depósito ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el 21 de enero de 1981.

⁷ Voto disidente del Juez A. Cançado Trindade en fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Solicitud de revisión de la sentencia de 29 de enero de 1997, *Caso Genie Lacayo*, 13 de septiembre de 1997, párrafo 21. (Ver: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_45_esp.pdf)

integral, buscando que la respuesta jurisdiccional sea acorde con lo normado en la Norma Fundamental.

iii) En tercer término, porque ordenar la reposición en caso de un despido incausado o fraudulento en sede jurisdiccional ordinaria, no implica una reducción de las garantías procesales de las que gozan los justiciables en un proceso constitucional, como sería el amparo, sino que por el contrario, al ser un proceso lato o más largo, genera la posibilidad de que ambas partes estructuren un andamiaje probatorio y argumentativo que posibilite la mejor comprensión del conflicto en sí, dicho de otro modo, de las específicas circunstancias en que el despido, alegado como incausado o fraudulento, se produjo a efecto de que el órgano jurisdiccional resuelva la litis "en justicia"; precisamente esta idea de "garantismo procesal" es el que ha motivado que, el propio Tribunal Constitucional, haya permitido que el juez ordinario laboral conozca estas pretensiones de impugnación de despido, cuando las mismas necesiten de estación probatoria; precisamente porque ello deriva de su naturaleza como jueces constitucionales laborales;

iv) Adicionalmente, abona al razonamiento precedente el hecho de que el propio Tribunal Constitucional, con la sentencia número 1124-2001-AA/TC, en su fundamento 12, interpretando el segundo párrafo del artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, indicó que restringir la consecuencia jurídica en la extinción –sin invocación de causa- de los contratos de trabajo únicamente a la indemnización prevista en ley, resultaba inexorablemente inconstitucional, ello se entiende, en el propio marco constitucional en el que está estructurada la protección del despido en nuestro sistema jurídico, relacionado con lo previsto en los artículos 22 y 27 de la Constitución sobre el derecho al trabajo y a la adecuada protección frente al despido arbitrario; en efecto, si bien no se ha declarado formalmente la inconstitucionalidad del citado artículo, en tanto en aquél proceso no se ventilaba una pretensión de esa naturaleza, sin embargo, la interpretación efectuada sirve de base en el presente caso, para dar firmeza a la idea de que en sede judicial, y no sólo en la constitucional, es posible ordenar la reposición de un trabajador quien haya invocado la existencia de un despido incausado o fraudulento, según sea el caso.

El Pleno acordó:

"Los jueces de trabajo en los procesos laborales ordinarios regulados por la Ley Procesal del Trabajo, Ley 26636, están facultados para conocer los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o despido fraudulento, que de ser fundado tengan como consecuencia la reposición del trabajador al centro de trabajo."

b. SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN DE REPOSICIÓN POR DESPIDO INCAUSADO Y DESPIDO FRAUDULENTO EN LA VIA LABORAL REGULADA POR LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO (LEY N° 29497).

El artículo 2 inciso 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, *ad litteram* prescribe: "Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: (...) 2. En proceso abreviado laboral, de la reposición cuando esta se plantea como pretensión principal única."

Siguiendo esta línea normativa, se entiende que la norma procesal habilita a la jurisdicción laboral vía *proceso abreviado laboral* y no proceso ordinario laboral, el conocimiento de una demanda que contenga como pretensión principal única la reposición en los supuestos de despido incausado o fraudulento (vulneración de los artículos 22 y 27 de la Constitución).

Además de los argumentos y fundamentos desarrollados en el tema 1.a) del Pleno, respecto a la procedencia de la demanda de reposición por despido incausado o fraudulento en sede ordinaria laboral en las Cortes Superiores en las cuales esté vigente la Ley N° 26636, para aquellas Cortes Superiores en las cuales se aplique la nueva Ley Procesal Laboral N° 29497, constituye fundamento normativo el citado artículo 2 numeral 2, en virtud de la nueva estructura del proceso laboral que permite para los casos de reposición planteada como pretensión principal única, que sea el proceso abreviado la vía en la cual se tramiten dichas demandas.

El juez laboral puede dictar una sentencia celeré y oportuna en el proceso abreviado diseñado especialmente para la demanda de reposición, que se sustente en la afectación de un derecho fundamental (derecho al trabajo) que amerita una rápida protección y restitución.

En efecto, las notas características de este proceso, y que permiten que ciertamente el mismo sea celeré, son: el juez verifica que la demanda contiene los requisitos respectivos, emite resolución disponiendo su admisión, al mismo tiempo que emplaza al empleador a que conteste la demanda otorgándole un plazo de 10 días hábiles. Durante dicho lapso (20 a 30 días hábiles luego de calificada la demanda), se cita a las partes a una Audiencia Única, que concentra etapas: conciliación y juzgamiento. Luego de ellas el Juez debe dictar su fallo en un plazo máximo de 1 hora y notificar la sentencia dentro de cinco días hábiles.

Como se puede apreciar, con la nueva estructura procesal diseñada por la ley 29497, existen suficientes fundamentos para concluir que el proceso abreviado laboral se erige como la vía igualmente satisfactoria para la solución de conflictos en los que se disputa la existencia de despido incausado o

fraudulento y se pretenda exclusivamente como pretensión principal única la reposición al centro de trabajo.

- i) Porque se está brindando un tratamiento de “urgente” a la pretensión de reposición, con similar o mayor rapidez procesal a la brindada en un proceso de amparo;
- ii) El proceso abreviado permite otorgar la misma consecuencia jurídica que la otorgada en el proceso constitucional de amparo laboral : la reposición (tutela restitutoria);
- iii) El proceso abreviado laboral está inspirado en los principios de inmediación, concentración, veracidad, celeridad, economía procesal y principalmente oralidad, cuyo juez es un magistrado especializado en el derecho laboral;
- iv) Se garantiza la doble instancia y el recurso de casación;
- v) Existe una estación probatoria en la cual el juez laboral determina los hechos materia de controversia y sobre los que recaerá la prueba aportada por ambas partes, evitando distraer la atención respecto de hechos y material probatorio impertinente e inconducente a la solución del conflicto;
- vi) La posibilidad de la conciliación dentro de un proceso laboral; y,
- vii) La existencia de medidas cautelares, que pueden ordenarse inmediatamente a juicio del Juzgador, cuando se verifique la concurrencia de los elementos de procedencia de las mismas, así como se tenga en consideración lo previsto en el 55 de la Ley número 29497, sobre Medida Especial de Reposición Provisional dentro del Proceso Cautelar en el que se da atribuciones especiales al Juez para ordenar la misma dentro o fuera del proceso, cumpliendo los requisitos ordinarios, y regulándola en casos especiales.

El Pleno acordó:

“Los jueces de trabajo están facultados para conocer de la pretensión de reposición en casos de despido incausado o despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión única.”

TEMA N° 02: INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ENFERMEDADES PROFESIONALES

a. SOBRE LA COMPETENCIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL LABORAL PARA CONOCER DE LAS DEMANDAS DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR ENFERMEDAD PROFESIONAL, TANTO POR DAÑO PATRIMONIAL COMO POR DAÑO MORAL.

a.1. En el marco jurídico de la Ley Procesal del Trabajo N° 26636

Sobre la competencia del Juez Especializado de Trabajo para conocer de la pretensión de daños y perjuicios por enfermedad profesional (daño patrimonial y daño moral); cabe anotar que, éste sí es competente para conocer demandas de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato de trabajo y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza, tanto por trabajadores como por empleadores; independientemente de que dicha norma procesal en su artículo 4 inciso 2 literal j, únicamente prevea que "(...) 2. Los Juzgados de Trabajo conocen de las pretensiones individuales o colectivas por conflictos jurídicos sobre: (...) j) Indemnización por daños y perjuicios derivados de la comisión de falta grave que cause perjuicio económico al empleador, incumplimiento del contrato y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza por parte de los trabajadores."; ello debido a que la interpretación contrario sensu de dicho artículo permite colegir que no sólo es el empleador quien –eventualmente– demanda la indemnización por daños y perjuicios al trabajador, sino que también puede ser éste quien demande a su empleador por los daños causados en el marco de la relación laboral.

Este criterio ha sido corroborado con los acuerdos del Pleno Jurisdiccional Laboral 2000, realizado en la ciudad de Tarapoto, en el que se acordó "Es competencia de los Jueces de Trabajo conocer y resolver las demandas de indemnización por daños y perjuicios originadas por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo."; y, del Pleno Jurisdiccional Laboral 2008, llevado a cabo en la ciudad de Lima, en el que se acordó: "El Juez Laboral es competente para el conocimiento de las acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo"; plenos que tienen la virtud de procurar el establecimiento de un estándar decisorio que poco a poco ha ido marcando una tendencia mayoritaria en la judicatura nacional en esta materia. La Corte Suprema mediante sus Salas Constitucionales Permanente y Transitoria ha establecido jurisprudencialmente que los jueces laborales son competentes para conocer las demandas de indemnización por daños y perjuicios por enfermedad profesional.

a.2. En el marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497

Es evidente que con el nuevo marco de regulación del proceso laboral, la Nueva Ley Procesal del Trabajo prevé expresamente la competencia de los juzgados de trabajo para conocer pretensiones de indemnización por daños y perjuicios, sean éstas planteadas por los trabajadores o empleadores, ello se desprende del inciso b) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley Procesal del Trabajo, que ad litteram señala *“Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: 1. En proceso ordinario laboral (...) b) La responsabilidad por daño patrimonial y extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio.”*

Asimismo, en específico al tema N° 02 del Pleno, la Ley número 29497 en inciso e) del numeral 1 del artículo 2, ha previsto explícitamente la competencia de la justicia especializada laboral en primera instancia (proceso ordinario), en caso se planteen pretensiones de *“enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo”*; ello en el marco de pretensiones en las que se discuta una indemnización producto de aquel evento dañoso; más no está referido a las reclamaciones de los trabajadores previstas en el inciso i del numeral 1 del artículo 2 (*“cumplimiento de las prestaciones de salud y pensiones de invalidez, a favor de los asegurados o los beneficiarios, exigibles al empleador, a las entidades prestadoras de salud o a las aseguradoras.”*), ni tampoco a lo regulado en el numeral 4 del artículo 2 (*“pretensiones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de derecho público; así como las impugnaciones contra actuaciones de la autoridad administrativa de trabajo”*); esta última que se tramita a través del proceso contencioso administrativo regulado por Ley número 27584.

La normativa procesal permite pues que los jueces de trabajo conozcan las demandas de indemnización por daños y perjuicios por enfermedad profesional.

Sobre el conocimiento por los jueces laborales de las pretensiones de indemnización por daño patrimonial que comprende el daño emergente y el lucro cesante existe criterio uniforme. Sin embargo es común observar que en las demandas de indemnización por daños y perjuicios consecuencia de enfermedad profesional, los demandantes afectados por neumoconiosis, hipoacusia, u otras enfermedades profesionales pretenden acumulativamente no sólo el resarcimiento por el daño emergente y lucro cesante, sino también por daño moral irrogado a su persona.

Sobre el conocimiento jurisdiccional del “daño moral” se plantean dos posiciones: la primera de ellas, que plantea que los juzgados de trabajo no son

competentes para conocer la pretensión de indemnización por daño moral; y otra, que refiere que la demanda de indemnización por daños y perjuicios derivada de enfermedad profesional puede tener como pretensión la indemnización por daño moral, y el proceso respectivo debe ser conocido por un juzgado de trabajo.

Los miembros integrantes del Pleno se inclinan por esta segunda opción, por que:

a) El daño moral se encuentra regulado en los Arts. 1322 y 1984 del Código Civil, y conforme a la sistemática de dicha norma sustantiva están ubicados el primero en el título Inejecución de Obligaciones – Contractuales (Art. 1322 *“El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”*), y el segundo en la sección sexta Responsabilidad Extracontractual (Art. 1984 *“El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”*), con lo que puede concluirse en que el daño moral es susceptible de resarcimiento tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual; y,

b) Entender que el daño moral invocado por un trabajador, dada su naturaleza civil, debe ser determinado e indemnizado en la vía civil y no laboral implica que el trabajador tenga que plantear dos procesos judiciales uno en la vía laboral para la indemnización de daños y perjuicios por lucro cesante y daño emergente y otro proceso en la vía civil para obtener indemnización por daño moral, que podrían concluir eventualmente en pronunciamientos contradictorios.

El Pleno acordó:

“Los Jueces que ejercen competencia en el marco de la Ley Procesal del Trabajo número 26636 y en la Nueva Ley Procesal del Trabajo número 29497, conocerán de las demandas de daños y perjuicios por responsabilidad contractual tanto por daño patrimonial, que abarca el lucro cesante y daño emergente, como por daño moral, especialmente en los casos de enfermedad profesional.”

b. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR EN LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL Y SU NATURALEZA CONTRACTUAL, ASÍ COMO LA NECESIDAD DE CALIFICAR LA MISMA COMO TAL POR EL DEMANDANTE.

La doctrina señala que el daño patrimonial y el daño moral aun cuando son temas originalmente del ámbito del derecho civil, y que están regulados en ese marco, tienen una aplicación concreta en el derecho laboral. Especialmente en el caso de las enfermedades profesionales tienen una especial relevancia porque los daños que se generan pueden estar antecedidos de incumplimientos del contrato de trabajo.

Así, la enfermedad profesional está definida por el inciso n) del artículo 2 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud que establece: "*n) Enfermedad profesional, a todo estado patológico que ocasione incapacidad temporal, permanente o muerte y que sobrevenga como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña el trabajador*". Complementariamente el artículo 3 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo señala: "*Artículo 3.- De acuerdo con lo establecido por el Inc. n) del Artículo 2 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, se entiende como enfermedad profesional todo estado patológico permanente o temporal que sobreviene al trabajador como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o del medio en que se ha visto obligado a trabajar*".

Queda clara la relación causal entre la enfermedad profesional y la clase de trabajo que desempeña el trabajador o el ambiente en el que ha desarrollado su labor; por lo tanto, los reclamos como consecuencia de sus estragos son calificados como un conflicto esencialmente laboral.

Este entorno laboral que rodea a la responsabilidad contractual, hace —en principio— que las normas que inspiran el Derecho del Trabajo, también sean exigidas a nivel de la prestación de servicios; sino que también, sirven como fundamento del proceso en que se ventile un conflicto de esta naturaleza; así, al momento de interponer una demanda de indemnización por daños y perjuicios, y aún cuando la calificación efectuada por el trabajador demandante sea el de una *responsabilidad extracontractual*, el juez laboral podrá — y debe— adecuar la demanda planteada en los términos de responsabilidad *contractual*, en tanto, del tenor de ésta se advertirá que los hechos que sirven como fundamento de la pretensión se derivan de la existencia de obligaciones de salud y seguridad en el empleo, producto de la suscripción de un contrato de trabajo.

El Pleno acordó:

"Que la responsabilidad del empleador por los daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional es de naturaleza contractual, y así debe ser calificada por el Juez, independientemente de la calificación o de la omisión en la calificación por parte del demandante o del demandado."

The page contains several handwritten signatures and scribbles. At the top left, there is a signature that appears to be 'M. J. R.'. Below it is a large, complex scribble. In the middle left, there is a simple oval shape. Below that is another signature. At the bottom, there are several more signatures and scribbles, including one that looks like 'R. L. C.' and another that looks like 'I.'.

c. **SOBRE LA NECESIDAD DE QUE EL DEMANDANTE ACREDITE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

El Código de Justiniano contiene, en relación con la carga de la prueba, prescripciones como las siguientes: *actore non probante, qui convenitur, et si nihil ipse praestet, obtinebit*. "no probando el actor, ganará el demandado, aunque nada hubiera alegado". *Actore non probante, reus est absolvendus*. "si el actor no prueba, hay que absolver al reo" (Lib. II, tit. I, ley 4ta.).

Lo anterior sirva para afirmar que en el derecho procesal la regla general es que el demandante tiene la carga de la prueba. Es decir quien demanda debe probar los hechos que invoca en su demanda. De lo contrario, se absolverá al demandado aunque nada hubiera alegado en su favor.

El Código Procesal Civil, en su artículo 196 prevé: "*Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.*". Esta disposición adjetiva, de conformidad con la Tercera Disposición Derogatoria, Sustitutoria Y Final de la Ley N° 26636, y Primera Disposiciones Complementarias de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497, se aplica *supletoriamente* en lo no previsto por la ley procesal laboral.

Así, en el derecho procesal del trabajo, la Ley N° 26636, en el artículo 27 establece que:

"Artículo 27.- CARGA DE LA PRUEBA.-

Corresponde a las partes probar sus afirmaciones y esencialmente:

1.- Al trabajador probar la existencia del vínculo laboral.

2. Al empleador demandado probar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas legales, los convenios colectivos, la costumbre, el reglamento interno y el contrato individual de trabajo.

3. Al empleador la causa del despido; al trabajador probar la existencia del despido, su nulidad cuando la invoque y la hostilidad de la que fuera objeto."

Por su parte la Ley N° 29497 contiene normas procesales que pueden ser pertinentes y aplicables para las demandas de indemnización por daños y perjuicios por enfermedad profesional :

"Artículo 23.- Carga de la prueba:

(...)

23.3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de:

(...)

c) La existencia del daño alegado.

(...)

23.4 De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de:

a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad.

En este sentido, de la interpretación de las normas legales citadas, en los casos de indemnización por daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional, se hace necesario analizar las especiales características del contrato de trabajo entre las partes y las obligaciones que de él emanen, entre las que se encuentran las inherentes a la actividad productiva desarrollada por el empleador en determinada área (minero, por ejemplo), dicho de otro modo, la observancia de las disposiciones legales especiales dictadas para dicho sector; en este sentido, el empleador tiene la obligación de brindar al trabajador todas las seguridades para que pueda efectuar su trabajo de una manera adecuada, sin riesgos o con la protección debido frente a los riesgos de la propia actividad.

Estas obligaciones generales –aplicables a todos los sectores- que nacen del contrato de trabajo y se explican solamente en el contexto de un contrato de trabajo. En esta línea la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 20 de agosto de 2011, señala en su Título Preliminar, señala como principios:

I. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN

El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores. (...)

II. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

El empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las leyes vigentes.(...)

IX. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN

Los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua. Dichas condiciones deben propender a:

- a) Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable.*
- b) Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales de los trabajadores”.*

El principio protector de naturaleza constitucional ha inspirado reglas procesales de inversión de la carga de la prueba, presunciones legales e indicios en la Ley N° 26636 y en la Ley N° 29497 que deben ser interpretadas en concordancia con la normativa legal específica del sector productivo en el cual laboró el afectado con la enfermedad profesional, y con los principios de prevención, responsabilidad y de protección contenidos en la Ley N° 29783.

Corresponde al trabajador afectado probar la existencia de la enfermedad profesional alegada (exigencia probatoria mínima prevista en el artículo 23 numeral 3 inciso c) de la Ley N° 29497), lo que permite aplicar al juez, respecto a la omisión de las diligencias ordinarias exigidas por la naturaleza de la obligación como empleador, lo previsto en el artículo 1320 del Código Civil que regula la culpa leve. Adicionalmente, debe probar el empleador el cumplimiento de las normas básicas sobre seguridad en el trabajo, tales como la Ley de Seguridad y Salud, Ley N° 29783 de fecha 20 de agosto de 2011 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR de fecha 25 de abril de 2012). También debe probarse el cumplimiento de las normas mínimas sectoriales en materia de protección de la salud y la integridad de los trabajadores, como el caso de los sectores minero, eléctrico, etc.

Por su parte, el dolo y la culpa inexcusable, previstas en los artículos 1318 y 1319 del Código Civil, requieren una intensidad probatoria adecuada a la pretensión que se reclama.

Lo antedicho no altera la obligación probatoria del empleador demandado, respecto del cumplimiento de las obligaciones laborales o convencionales, entre las que se encuentran las correspondientes a la seguridad y salud en el trabajo. (artículo 27 de la Ley N° 26636 y artículo 23 Nueva Ley Procesal del Trabajo)

El Pleno acordó:

“Que el trabajador debe cumplir con probar la existencia de la enfermedad profesional, y el empleador, el cumplimiento de sus obligaciones legales, laborales y convencionales.”

d. **SOBRE LA FORMA DE DETERMINAR EL QUANTUM INDEMNIZATORIO.**

De acuerdo con el Protocolo N° 155 adoptada en el año 2002 respecto del Convenio N° 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores (1981), la Organización Internacional de Trabajo señaló que la expresión «enfermedad profesional» designa toda enfermedad contraída por la exposición a factores de riesgo que resulte de la actividad laboral.

Asimismo, en la Recomendación N° 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (1964), adoptado en la Organización Internacional de Trabajo, párrafo 6.1, se contempla la definición de las enfermedades profesionales de la manera siguiente: *“Todo Miembro debería, en condiciones prescritas, considerar como enfermedades profesionales las que se sabe provienen de la exposición a sustancias o condiciones peligrosas inherentes a ciertos procesos, oficios u ocupaciones.”*

La definición de la enfermedad profesional contiene, por tanto, dos elementos principales:

- * La relación causal entre la exposición en un entorno de trabajo o actividad laboral específicos, y una enfermedad específica, y
- * El hecho de que, dentro de un grupo de personas expuestas, la enfermedad se produce con una frecuencia superior a la tasa media de morbilidad del resto de la población.

Teniendo en consideración el marco jurídico internacional, es preciso señalar que, en el caso peruano, según coincide la doctrina, una de las principales dificultades de la responsabilidad civil, es la disparidad de criterios de cuantificación de los daños⁸.

En efecto, uno de los problemas principales que se pueden presentar cuando se discute los daños y perjuicios es el tema del monto indemnizatorio, para lo cual se han esbozado diversas teorías y en algunos sistemas en tarifarios que si bien reducen la arbitrariedad, también se apartan de las consideraciones particulares de cada caso, uniformizando montos que pueden ser excesivos o reducidos en función del caso concreto, no cumpliendo con el otorgamiento de un resarcimiento adecuado y justo. Así, si bien la parte afectada puede determinar con relativa exactitud el monto de la indemnización, lo cual puede

⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *“Hacia una predictibilidad del resarcimiento al daño a la persona en el Sistema Judicial Peruano”*. En: AA.VV. *“RESPONSABILIDAD CIVIL II”*. Coordinador ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Editorial Rodhas; Lima-Perú, 2006; páginas 276-281

facilitar la labor del juzgador; existe una deficiencia probatoria en relación a la acreditación del total indemnizatorio solicitado.

En este sentido, el imperativo de proveer una reparación del daño, congruente con su naturaleza –esencialmente daño a la persona y daño moral–, exige administrar una solución jurisdiccional acorde con las características y circunstancias concretas que rodean el caso; en ese sentido, no existe duda que el menoscabo irreversible a la salud e integridad física y síquica del trabajador, constituye, básicamente un daño al ser humano, como compleja entidad bio-psico-social; por lo que, al discernir el quantum reparatorio, efectivamente cabe tener en cuenta, en esencia, su dimensión inmaterial o extrapatrimonial, cuyo resarcimiento encuentra fundamento en valores trascendentes del Estado Social y Constitucional, como el derecho a la dignidad, el derecho a la vida, a la salud, a la integridad moral, psíquica y física y al libre desarrollo y bienestar de la persona, expresamente recogidos por los artículos 1, 2 ordinal 1 y 7 de la Constitución del Estado, los artículos 4 ordinal 1, 5 ordinal 1, 7 ordinal 1 y 11 ordinal 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 1, 5 y 17 del Código Civil, además de las numerosas normas jurídicas ya citadas, que establecen, en forma imperativa, el deber de protección de la vida y la salud, durante la ejecución del contrato de trabajo.

Para tal efecto debe tomarse en consideración lo establecido por el artículo 1332° del Código Civil, el cual establece que *“si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto, deberá fijarla el Juez con valoración equitativa”*.

A efecto de guiar la compleja actividad de cuantificación de la reparación por el daño causado, debe partirse –además– de lo preceptuado por el artículo 1321 del Código Civil, que prescribe: *“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”*. Este precepto, a decir del autor Javier Pazos, se refiere, en su segundo párrafo, no precisamente a la determinación de la causa (causalidad de hecho) sino, más bien, a la determinación de las consecuencias dañosas y, más puntualmente, a aquellas que el responsable deberá resarcir (causalidad jurídica)⁹; esta interpretación supone que el precepto en referencia, tratándose de

⁹ PAZOS HAYASHIDA, Javier. *“Factor atributivo de responsabilidad. Quantum indemnizatorio. Comentario al artículo 1321 del Código Civil”*. En AA.VV. “CÓDIGO CIVIL COMENTADO”. Tomo VI. Editora Gaceta Jurídica; Segunda Edición; Lima-Perú, 2007; página 676)

inejecución de obligaciones legales y contractuales –contrato de trabajo–, orienta la determinación del quantum indemnizatorio. Como señala el autor citado, la relación de causalidad en la responsabilidad contractual, debe analizarse aplicando, de manera analógica, la regla del artículo 1985 del Código Civil, dado que la relación daño-hecho generador no tiene diferencias de fondo.

Dicho de este modo, en la apreciación cuantitativa del daño irrogado, a la luz del citado artículo 1321 del Código Civil, resulta necesario también estimar la gravedad del reproche de la conducta generadora del daño, calificación que redundará directamente en estimación económica del daño, pues, supone un juicio de atribución de alta gravedad de la conducta que lo irrogó; en efecto, mientras la culpa leve implica una “omisión de la eventual atención” o una “falta de previsión en lo ordinario” (artículo 1320 del Código Civil), la culpa inexcusable supone la inejecución por negligencia grave, entendida, según el profesor nacional Yuri Vega, como una ausencia de diligencia¹⁰.

Tampoco debe dejarse de evaluar, al momento de estimar la entidad patrimonial del daño, la infracción de la demandada a sus “deberes conexos de conocimiento, información y seguridad”¹¹; estos deberes adquieren significación *summa* en el Derecho del Trabajo, atendiendo a la situación de disparidad económica e informativa de las partes del contrato de trabajo, de la que deriva hacia el empleador, la presunción *jure et de jure*, de información y conocimiento de sus obligaciones –principio de profesionalidad del empleador–; no puede pues éste alegar, bajo ninguna consideración, ignorancia o desconocimiento de la ley ni de sus obligaciones; ya que está en condiciones –objetivas y subjetivas– de acceder a la información legal y técnica, contratando los correspondientes asesoramientos, de ser el caso, de modo tal que se pueda prever y evitar la ocurrencia de eventos dañosos; elemento éste último que ayuda también a apreciar la gravedad de la conducta negligente, con incidencia en la valoración del daño.

En cuanto al daño moral, si bien *prima facie*, no es posible su estimación crematística, no obstante, a efecto de no dejar sin reparación este tipo de daño, surge la necesidad operacional de intentar una cuantificación pecuniaria, con arreglo al ya citado artículo 1332 del Código Civil; en tal virtud, corresponde ser incluido en el monto indemnizatorio a otorgarse.

Adicionalmente, a esta potestad *no tasada* que posee el juez del proceso para, atendiendo a las circunstancias personales, familiares, sociales e incluso

¹⁰ VEGA MERE, Yuri. “Comentarios a la Culpa Leve y a la Culpa Inexcusable”. En AA. VV. “CÓDIGO CIVIL...”; Op. Cit.; página 672

¹¹ PAZOS HAYASHIDA, Javier. Op. Cit.; Pág. 681

laborales que rodean al trabajador afectado con el actuar negligente o doloso del empleador, y que produjo en su persona un daño (enfermedad profesional); el órgano jurisdiccional también está facultado para otorgar un plus indemnizatorio al trabajador afectado –demandante- en caso éste acredite indubitablemente gastos adicionales a los que las reglas de la experiencia informan. En efecto, esta facultad de apreciar el bagaje probatorio en estos casos en donde se discute la existencia de una enfermedad profesional, cuyo avances es paulatino, degenerativo y silencioso, permite que el juez del trabajo otorgue un monto indemnizatorio acorde con el daño sufrido y con las consecuencias económicas que, se entiende, éste produjo en la esfera del trabajador; sólo así puede predicarse que el administrar justicia tiene como uno de sus fines el de “lograr la paz social” (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, aplicable a los procesos laborales)

El Pleno acordó:

“Probada la existencia del daño, pero no el monto preciso del resarcimiento, para efectos de determinar el quantum indemnizatorio es de aplicación lo establecido en el artículo 1332° del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas suficientes sobre el valor del mismo.”

TEMA N° 3: TRATAMIENTO DE LAS HORAS EXTRAS EN SECTOR PRIVADO Y EN EL SECTOR PÚBLICO

a. ***SOBRE LOS TRABAJADORES QUE NO SE ENCUENTRAN SUJETOS A LA JORNADA DE TRABAJO Y, POR TANTO, TIENEN DERECHO AL PAGO DE HORAS EXTRAS: TRABAJADORES QUE CUMPLEN LABORES INTERMITENTES***

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución Política del Estado, la jornada de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máximo, y en casos de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo, dicha disposición resulta conforme con lo previsto en el artículo 1 del cuestionado Decreto Legislativo N° 854, en cuanto señala que: "la jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo", pudiéndose establecer por ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada menor a las máximas ordinarias.

En este contexto, el trabajo en sobretiempo o en horas extras es aquel prestado en forma efectiva en beneficio del empleador fuera de la jornada ordinaria diaria o semanal vigente en el centro de trabajo, aun cuando se trate de una jornada reducida, caso en el cual dicho sobretiempo se abona con un recargo a convenir, que para las dos primeras horas no podrá ser inferior al veinticinco por ciento (25%) por hora, calculado sobre la remuneración percibida por el trabajador, en función del valor correspondiente, y treinta y cinco por ciento (35%) para las horas restantes, de conformidad con lo previsto en los artículos 10 del Decreto Legislativo N° 854, y 18 y 20 de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR.

Los derechos fundamentales, como el referido a la jornada máxima de trabajo previsto en el artículo 25 de la Constitución Política del Estado, deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados, acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según los tratados de los que el Perú es parte, de conformidad con lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, y V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En ese marco de interpretación, cabe precisar que si bien el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene el derecho a una limitación razonable de la duración del trabajo, y el artículo 2

del Convenio N°1 (1919) sobre horas de trabajo, expedido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dispone que la jornada laboral en empresas públicas o privadas, cualquiera sea su naturaleza, no podrá exceder de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho horas por semana, éste último Convenio Internacional aprobado por el Estado peruano, mediante Resolución Legislativa N° 10195, de fecha 23 de marzo de 1945, en su artículo 6 numeral 1) establece que: *"1. La autoridad pública determinará, por medio de reglamentos de industrias o profesiones: a) las excepciones permanentes que puedan admitirse para los trabajos preparatorios o complementarios que deben ejecutarse necesariamente fuera del límite asignado al trabajo general del establecimiento, o para ciertas clases de personas cuyo trabajo sea especialmente intermitente."*

Asimismo, la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el Convenio N° 30 (1930), relativo también a horas de trabajo (comercio y oficinas), en su artículo 7 numeral 1, literal a) ha previsto que los reglamentos de la autoridad pública pueden determinar como excepciones permanentes respecto de la jornada laboral máxima *"ciertas clases de personas cuyo trabajo sea intermitente, a causa de la naturaleza del mismo, como, por ejemplo, los conserjes y las personas empleadas en trabajos de vigilancia y conservación de locales y depósitos"*, este último convenio N° 30 aún cuando no haya sido aprobado por el Estado Peruano, no impide que éste sea tomado en cuenta de modo referencial e ilustrativo.

De esta manera, es la propia norma internacional dentro de la cual corresponde interpretarse el derecho fundamental a la jornada de trabajo, la que faculta al legislador nacional a establecer las excepciones respecto a los trabajadores que no se encontrarían sujetos a la jornada máxima de trabajo, lo que evidentemente debe efectuarse dentro de parámetros de razonabilidad acordes con la naturaleza y condiciones particulares que en cada caso se puedan presentar y que ameriten un tratamiento diferente respecto al resto de los demás trabajadores ordinarios.

En ese contexto, el Estado peruano en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 854 ha previsto, entre otros supuestos, que los trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia no se encuentran comprendidos en la jornada máxima, debiéndose entender como trabajo intermitente aquel en el cual regularmente el servicio efectivo se presta de manera alternada con lapsos de inactividad, tal como ha sido precisado en el artículo 10 literal b) del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR.

El sustento para excluir de la jornada máxima de trabajo a los trabajadores que prestan servicios de vigilancia o custodia radica en que sus labores se

desarrolla de manera alternada con lapsos de inactividad, en los cuales no se realiza un trabajo activo en forma permanente sino que el esfuerzo e intensidad para el desarrollo de su labor es menor en comparación con otras labores, lo que supone una disponibilidad de tiempo diferente que no son asimilables a las desplegadas en otros ámbitos del quehacer económico y social; empero ello no obsta para que se acredite, en contrario, respecto a la real naturaleza de los servicios prestados por un trabajador con labores *intermitentes*, que éstos eventualmente (y en determinadas circunstancias) han sido desplegadas de manera *permanente*.

Así, por aplicación de la regla general de la probanza (cada parte debe acreditar el hecho que alega), primer párrafo del artículo 27 de la Ley Procesal del Trabajo y el artículo 196 del Código Procesal Civil, tal como lo reconoce unánimemente la doctrina y la jurisprudencia nacional, las labores en jornada *extraordinaria* requieren deben ser demostradas por la parte que alega su existencia.

Asimismo, considerando la *excepción legal* a la jornada máxima a la que se encuentran afectos los trabajadores de vigilancia, los que prestan servicios intermitentes de espera (choferes), entre otros, según lo previsto por el artículo 5 del Decreto Supremo número 007-2002-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo (Decreto Legislativo número 854), que prescribe: "*No se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia.*", dispositivo que debe ser concordado con el artículo 10 literal b) de su Reglamento el Decreto Supremo número 008-2002-TR, según se entiende por "*b) Trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia, a aquellos que regularmente prestan servicios efectivos de manera alternada con lapsos de inactividad;*"

Sin embargo, si bien las normas antes glosadas establecen una regla general en cuanto a la exclusión de la jornada máxima, no obstante, como toda regla tales disposiciones tienen su excepción, la cual se deriva de una *interpretación contrario sensu* de los artículos en comento, a saber: "*Si los trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia se encuentra excluidos de la jornada máxima, y por este tipo de trabajadores se entiende a aquellos que regularmente prestan servicios efectivos de manera alternada con lapsos de inactividad; consecuentemente los trabajadores que prestan servicios efectivos sin la presencia alternada de intervalos o periodos de inactividad, aun cuando sus labores sean las de vigilancia o custodia, no se está excluidos de la jornada máxima de trabajo.*"

Nótese que la norma no descarta la posibilidad de que existan vigilantes o custodios, e incluso choferes, que desempeñan labores que demandan de una

permanente atención y cuidado, por ello únicamente desplaza o exceptúa de la jornada máxima a aquellos vigilantes en cuya ejecución del servicio existen algunas etapas de pausa o inacción y no a los vigilantes a secas; lo mismo sucede en el caso de los choferes, a quienes la norma no hace expresa referencia a aquellos cuyas actividades sean de constante alerta por la propia naturaleza de la entidad a la que prestan sus servicios.

A la prestación de las labores de vigilancia sin lapsos de inactividad, la doctrina ha optado por denominarla *vigilancia superior* y se basa en el hecho de que, en la realidad, existen algunos trabajadores vigilantes que para el cabal cumplimiento de sus obligaciones laborales (resguardo y seguridad), necesariamente, se encuentran en un constante y continuado estado de alerta y atención permanente, merced, entre otros factores, a la envergadura, dimensiones y ubicación geográfica del negocio custodiado, así como a su movimiento comercial, su importancia y posicionamiento empresarial o funcional, la fluctuación de personas, vehículos y bienes que ingresan y salen de la entidad resguardada y en general a todo hecho que aumentan el riesgo de sustracción, pérdida, manipulación de los bienes que se encuentran en el ámbito protegido por el custodio o vigilante. Lo mismo sucede en el caso de los choferes, en tanto existe la posibilidad de que, ponderando el entorno en que se desarrollan las labores, éstas no posean lapsos de inactividad, sino que por el contrario, las labores de éstos ameriten un estado de constante alerta por la demanda existente (caso de choferes de ambulancia en el sector público)

El Pleno acordó:

"Los trabajadores de espera, vigilancia o custodia, no están comprendidos en la jornada máxima sólo si es que su prestación de servicios se realiza de manera intermitente."

b. ***SOBRE LAS LIMITACIONES PRESUPUESTALES COMO JUSTIFICACIÓN PARA EL NO RECONOCIMIENTO DE HORAS EXTRAS EN EL SECTOR PÚBLICO***

La jornada de trabajo es, probablemente, la condición de trabajo de más antigua data. Fue uno de los primeros derechos universales, apareció regulado en el Perú a inicios de la década pasada y el Convenio N° 01 de la OIT trata sobre la jornada máxima.

Estamos ante una de las instituciones más sensibles en las relaciones laborales. La jornada de trabajo suele ser el parámetro de la remuneración laboral, es el módulo más relevante de los costos laborales, un instrumento del Estado para regular el empleo y, últimamente, el instrumento de modulación en el equilibrio de la jornada de trabajo y el derecho al descanso, entre el centro laboral y el tiempo familiar y personal.

Últimamente, el Estado ha intentado establecer una regulación laboral más rígida para controlar las horas extras y el trabajo en exceso. Así, en el Sector Público las normas sobre horas extras son singulares y exclusivas. Existe una prohibición de laborar horas extras y, si fuera el caso, no se permite a la entidad "presupuestar" horas extras. Tal es el caso de la Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012, que establece en el artículo 8.2 que *"Las entidades Públicas independientemente del régimen laboral que las regule, no se encuentran autorizadas para efectuar gasto por concepto de horas extras"*.

En la STC Exp. N° 05924-2009-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que si bien la prohibición de autorizar el pago de horas extras se aplica a toda entidad pública, ella no alcanza a los trabajadores públicos en caso efectivamente se realicen trabajos extraordinarios, por lo que deberá hacerse el pago correspondiente. Y es que corresponde a la entidad estatal empleadora realizar las acciones conducentes a dar cabal cumplimiento a las normas presupuestarias, como lo es vigilar el horario de salida de sus trabajadores e impedir así la realización de horas extras.

Nótese que el pago de horas extras en las entidades públicas es una cuestión sumamente controversial. Y lo es porque envuelve un conflicto de derechos y principios de orden fundamental. De un lado, encontramos el derecho a la remuneración, dentro de cuyo contenido se prevé el derecho de que todo trabajo efectivo sea remunerado, incluso el realizado fuera de la jornada ordinaria de trabajo. Por otro lado, encontramos al principio de legalidad presupuestaria, que en lo concerniente a las relaciones de empleo público, impone serias trabas a figuras como la negociación colectiva, al aumento de remuneraciones y al pago de horas extras.

Este conflicto, por lo demás, ya se había presentado y resuelto en sede judicial ordinaria. En tales casos, la Corte Suprema apuntó mayormente a defender el derecho a la remuneración de los trabajadores públicos, haciendo prevalecer este último sobre los límites presupuestarios. Se ha dicho así que: «para resolver con justicia este punto, se debe tener presente los alcances de la última parte del artículo 23° de la actual carta magna, donde se establece que *nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento*»; por tanto, (...) si bien existen dichas normas de austeridad, la empleada no debió permitir que el recurrente trabajara fuera de la jornada ordinaria de ocho horas por casi cinco años consecutivos; infiriéndose por el contrario que la demandada estaba de acuerdo en ello. Además lo real y cierto es que el reclamante laboró jornadas más allá de lo legal y al no existir constitucionalmente trabajo gratuito, evidentemente la pretensión del accionante debe ser amparada en atención al «*carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley*» (inciso 2 del artículo 26 de la Constitución del Estado) (Casación N° 623-2003-Piura, El Peruano 01 de agosto de 2005).

En la sentencia constitucional indicada en el cuarto párrafo del acápite 3 b de este informe, el TC admite también el pago de horas extras en las entidades estatales. Señala así que es un deber de estas hacer lo necesario para evitar las labores extraordinarias y que toda inobservancia constituye una negligencia. De esta manera, se confirma también la validez de la labor fiscalizadora de la Autoridad Administrativa de Trabajo, que determinó en el caso analizado que la entidad estatal incumplía con el pago de horas extras, y, en consecuencia, la multa pecuniaria impuesta no puede ser desconocida.

El Pleno acordó:

Las limitaciones presupuestales no privan a los trabajadores del Sector Público de gozar del pago de horas extras si se ha realizado trabajo en sobretiempo.

c. ***SOBRE LA POSIBILIDAD DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO DE COMPENSAR EL PAGO DE HORAS EXTRAS CON PERÍODOS DE DESCANSO SUSTITUTORIO***

Debe tenerse en cuenta que en el sector público coexisten diversos regímenes laborales generales: el regulado por el Decreto Legislativo N° 276, denominado régimen laboral público; el aplicable a los trabajadores del régimen privado, conocido como régimen del Decreto Legislativo N° 728, y el régimen transitorio de los Contratos Administrativos de Servicios (CAS) regulado por el Decreto Legislativo N° 1057 y sus modificatorias.

Sobre el sobretiempo, el artículo 98 del TUO de la Normativa del Servicio Civil, aprobada por Decreto Supremo N° 007-2010-PCM establece que "*Los trabajos que realice un servidor público en exceso sobre su jornada ordinaria de trabajo serán remunerados en forma proporcional a su haber básico*" y excluye a los funcionarios públicos de percibir pago alguno por este concepto. Esta norma fue establecida en el marco del régimen del Decreto Legislativo N° 276.

Los artículos 9 y siguientes del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo regulan el pago de las horas extras en el régimen laboral de la actividad privada, estableciendo cuáles horas se consideran horas extras, el tarifario mínimo que se aplica a las horas diarias o semanales, y la posibilidad de compensar las mismas.

En el sector público, en el marco de las normas de austeridad, disciplina y calidad de gasto público se establecen en las Leyes de Presupuesto del Sector Público disposiciones que limitan el pago de las horas extras, como por ejemplo sucede en la Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012.

Así, el problema se presenta cuando a pesar de esta prohibición, se registran y efectúan horas extras en el sector público, y si bien existe una prohibición de efectuar el gasto por este concepto, hay una prestación de servicios que conceptualmente tiene que ser remunerada.

En este sentido, la Constitución en su artículo 23 cuarto párrafo señala que: "*Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento*", por lo tanto, el trabajo en relación de subordinación tiene que ser remunerado, por lo que está prohibido el trabajo no remunerado, salvo el voluntariado que tiene una naturaleza jurídica distinta. En estos casos se debe distinguir entre la responsabilidad funcional de que no se generen y pagar horas extras, de la generación en los hechos de horas extras que deben ser remuneradas, por tratarse de una labor subordinada, que requiere de una contraprestación.

En consecuencia, atendiendo a que la normativa establece la posibilidad de compensar las horas extras con tiempo de descanso, de tal manera que el trabajador no se vea afectado y tenga una compensación adecuada, en este supuesto, en tiempo libre; la compensación dineraria tiene un valor monetario mayor que el tiempo libre, lo que se debe a que existe un sacrificio mayor del trabajador a no poder disponer de ese tiempo. En consecuencia las entidades del Sector Público tienen la posibilidad de compensar el pago de horas extras con periodos de descanso sustitutorio, sin embargo, siendo esta excepcional, no puede compensarse con la sola decisión unilateralmente del empleador, sino se requiere la autorización expresa del trabajador, salvo que dicha autorización haya sido realizada con anterioridad o que sea un presupuesto de la realización de las horas extras en tanto se encuentran en alguna norma o herramienta de recursos humanos que haya sido de conocimiento previo por el trabajador.

En efecto, se deben tener en consideración –resumiendo lo anotado precedentemente- lo siguiente:

- Deberá existir un acuerdo expreso entre empleador y trabajador respecto a la compensación de horas extras laboradas y no pagadas;
- La compensación se dará cuando existan limitaciones presupuestarias para efectuar el pago en dinero;
- Deberá existir proporcionalidad real entre el tiempo compensado y el precio de cada hora extraordinaria que se compense, se trate de tiempo sencillo, medio o de tiempo doble, según la jornada que efectivamente haya laborado el trabajador a quien se le brinde dicha posibilidad.
- La compensación de tiempo libre por horas adicionales trabajadas, deberá permitirles a los servidores la posibilidad de escoger, voluntariamente, el disfrute de tiempo libre como alternativa del pago por horas extra.

El Pleno acordó:

“Existe la posibilidad que las entidades del Sector Público compensen el pago de horas extras con periodos de descanso sustitutorio. Sin embargo, para ello, tal como en el Sector Privado, es necesaria la aceptación del trabajador y su manifestación de conformidad consignada en un acuerdo (convenio).”

SS. 
VÁSQUEZ CORTEZ

DE VALDIVIA CANO *Renato Cano*

ACEVEDO MENA *[Signature]*

ARÉVALO VELA *[Signature]*

VINATEA MEDINA *[Signature]*

MAC RAE THAYS *[Signature]*

YRIVARREN FALLAQUE *[Signature]*

TORRES VEGA *[Signature]*

MORALES GONZÁLEZ *[Signature]*

CHÁVES ZAPATER. *[Signature]*



Corte Suprema de Justicia de la República

I PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL

En la ciudad de Lima, los días 4 y 14 de Mayo de 2012, los Jueces Supremos integrantes de las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitoria de la corte Suprema de Justicia de la República, fueron convocados para la realización del I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral. Las sesiones se llevaron a cabo en la Sala de Juramentos del Palacio Nacional de Justicia de esta ciudad con la presencia del señor Presidente del Poder Judicial en la sesión inaugural, señor doctor César San Martín Castro, y los siguientes Magistrados Supremos: Elcira Vásquez Cortez, Ramiro Eduardo de Valdivia Cano, Roberto Luis Acevedo Mena, Javier Arévalo Vela, Ricardo Guillermo Vinatea Medina, Elizabeth Roxana Mac Rae Thays, Eduardo Raymundo Ricardo Yrivarren Fallaque, Isabel Cristina Torres Vega, Néstor Eduardo Morales Gonzáles y Juan Cháves Zapater.

El señor Coordinador del Pleno, señor doctor Roberto Luis Acevedo Mena, luego de constatar la asistencia de los Magistrados convocados declaró instalada la Sesión del I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral; asimismo, señaló como mecanismo de trabajo: 1) Presentación de los temas sometidos al Pleno a cargo de cada uno de los consultores, 2) Debate, 3) Votación, 4) Exposición del Acuerdo, y, 5) Redacción de los Acuerdos Plenarios a cargo de los consultores y magistrado coordinador.

Luego de los debates realizados en la forma indicada, se adoptaron los siguientes acuerdos:

TEMA N° 01: PROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN DE REPOSICIÓN POR DESPIDO INCAUSADO Y DESPIDO FRAUDULENTO EN LA VIA ORDINARIA LABORAL Y LA TRAMITACIÓN DEL RECLAMO DE REMUNERACIONES DEVENGADAS EN DICHS SUPUESTOS

- a. **SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN DE REPOSICIÓN POR DESPIDO INCAUSADO Y DESPIDO**



Corte Suprema de Justicia de la República

FRAUDULENTO EN LA VIA LABORAL REGULADA POR LA LEY PROCESAL DEL TRABAJO (LEY N° 26636).

El Pleno acordó por unanimidad:

“Los jueces de trabajo en los procesos laborales ordinarios regulados por la Ley Procesal del Trabajo, Ley 26636, están facultados para conocer los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o despido fraudulento, que de ser fundado tengan como consecuencia la reposición del trabajador al centro de trabajo.”

b. SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN DE REPOSICIÓN POR DESPIDO INCAUSADO Y DESPIDO FRAUDULENTO EN LA VIA LABORAL REGULADA POR LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO (LEY N° 29497).

El Pleno acordó por unanimidad:

“Los jueces de trabajo están facultados para conocer de la pretensión de reposición en casos de despido incausado o despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión única.”

TEMA N° 02: INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ENFERMEDADES PROFESIONALES

a. SOBRE LA COMPETENCIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL LABORAL PARA CONOCER DE LAS DEMANDAS DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR ENFERMEDAD PROFESIONAL, TANTO POR DAÑO PATRIMONIAL COMO POR DAÑO MORAL.

El Pleno acordó por unanimidad:

“Los Jueces que ejercen competencia en el marco de la Ley Procesal del Trabajo número 26636 y en la Nueva Ley Procesal del Trabajo número 29497, conocerán de las demandas de daños y perjuicios por responsabilidad contractual tanto por daño patrimonial, que abarca el lucro cesante y daño emergente, como por daño moral, especialmente en los casos de enfermedad profesional.”

b. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR EN LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ENFERMEDAD



Corte Suprema de Justicia de la República

PROFESIONAL Y SU NATURALEZA CONTRACTUAL, ASÍ COMO LA NECESIDAD DE CALIFICAR LA MISMA COMO TAL POR EL DEMANDANTE.

El Pleno acordó por unanimidad:

"Que la responsabilidad del empleador por los daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional es de naturaleza contractual, y así debe ser calificada por el Juez, independientemente de la calificación o de la omisión en la calificación por parte del demandante o del demandado."

c. SOBRE LA NECESIDAD DE QUE EL DEMANDANTE ACREDITE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El Pleno acordó por unanimidad:

"Que el trabajador debe cumplir con probar la existencia de la enfermedad profesional, y el empleador, el cumplimiento de sus obligaciones legales, laborales y convencionales."

d. SOBRE LA FORMA DE DETERMINAR EL QUANTUM INDEMNIZATORIO.

El Pleno acordó por mayoría:

"Probada la existencia del daño, pero no el monto preciso del resarcimiento, para efectos de determinar el quantum indemnizatorio es de aplicación lo establecido en el artículo 1332° del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas suficientes sobre el valor del mismo."

TEMA N° 03: TRATAMIENTO DE LAS HORAS EXTRAS EN SECTOR PRIVADO Y EN EL SECTOR PÚBLICO

a. SOBRE LOS TRABAJADORES QUE NO SE ENCUENTRAN SUJETOS A LA JORNADA DE TRABAJO Y, POR TANTO, TIENEN DERECHO AL PAGO DE HORAS EXTRAS: TRABAJADORES QUE CUMPLEN LABORES INTERMITENTES.

El Pleno acordó por unanimidad:



Corte Suprema de Justicia de la República

“Los trabajadores de espera, vigilancia o custodia, no están comprendidos en la jornada máxima sólo si es que su prestación de servicios se realiza de manera intermitente.”

b. SOBRE LAS LIMITACIONES PRESUPUESTALES COMO JUSTIFICACIÓN PARA EL NO RECONOCIMIENTO DE HORAS EXTRAS EN EL SECTOR PÚBLICO.

El Pleno acordó por unanimidad:

“Las limitaciones presupuestales no privan a los trabajadores del Sector Público de gozar del pago de horas extras si se ha realizado trabajo en sobretiempo. Si la relación laboral se encontrara vigente y el trabajador lo acepta, procede la compensación como una alternativa al reconocimiento económico del sobretiempo.”

c. SOBRE LA POSIBILIDAD DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO DE COMPENSAR EL PAGO DE HORAS EXTRAS CON PERÍODOS DE DESCANSO SUSTITUTORIO.

El Pleno acordó por unanimidad:

“Existe la posibilidad que las entidades del Sector Público compensen el pago de horas extras con períodos de descanso sustitutorio. Sin embargo, para ello, tal como en el Sector Privado, es necesaria la aceptación del trabajador y su manifestación de conformidad consignada en un acuerdo (convenio).”

Ss.

VÁSQUEZ CORTEZ

DE VALDIVIA CANO

ACEVEDO MENA



Corte Suprema de Justicia de la República

ARÉVALO VELA

VINATEA MEDINA

MAC RAE THAYS

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

MORALES GONZÁLEZ

CHÁVES ZAPATER.