



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**LA PROTECCIÓN RESARCITORIA DEL PRINCIPIO DE
IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES EN
LOS EXCESOS DE DOS AÑOS DE ACUMULACIÓN DE
VACACIONES EN LA LEY DE BASES DE LA CARRERA
ADMINISTRATIVA Y DE REMUNERACIONES DEL SECTOR
PÚBLICO EN EL PERÚ**

TESIS

PRESENTADA POR:

Bach. JHONY VARGAS QUISPE

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PUNO – PERÚ

2021



DEDICATORIA

A mis padres: Timotea Quispe Quea, Prisca Quispe Quea, Agripina Mamani Quispe y Nicanor Mamani Quispe; y a mi familia: mi esposa: Mirian Sara Apaza Apaza y mis hijas: Sofia Anthonela e Indira Priscila.

Jhony Vargas Quispe



AGRADECIMIENTOS

A los docentes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano, quienes han impartido su sapiencia en mi formación académica.

Al estudio jurídico “Arcos Cotrado” y al profesor Raúl R. Arcos Cotrado, quién abrió sus puertas para realizar mis primeras prácticas pre profesionales y haber sido guía por el gusto del sendero del Derecho del Trabajo y el Derecho propiamente dicha.

A la Corte Superior de Justicia de Puno, que me permitió integrar a su plana de trabajadores, del cual advertí el problema jurídico de las acumulaciones de vacaciones por periodos mayores a dos ciclos labores de los trabajadores bajo el Decreto Legislativo N° 276, tema que mi motivo tomar como objeto de investigación de mi tesis.

Al Abog. Alfredo Machaca Condori, por su reflexión constante sobre las instituciones jurídicas del derecho y su disposición de apoyo con su biblioteca personal.

Al Doctor Jovin Hipólito Valdez Peñaranda, por haber aceptado como Director de mi tesis y haberme guiado en el desarrollo de la misma, además, al Dr. Boris Espezua Salmón, quién ha sido maestro apasionado por enseñar el Derecho y la Filosofía del Derecho en mi formación profesional.

Finalmente, a mis padres y mi familia, a quien, por su ayuda incondicional en mi formación profesional, algún día mis acciones colmen sus expectativas.

Jhony Vargas Quispe



ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

RESUMEN 9

ABSTRACT..... 14

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

**PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ANTECEDENTES, HIPÓTESIS Y
OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN 23**

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... 23

1.1.1. Enunciado 23

1.1.2. Descripción..... 23

1.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN24

1.2.1. A nivel local 24

1.2.2. A nivel nacional..... 25

1.2.3. A nivel internacional 30

1.3. HIPÓTESIS GENERAL.....35

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN..... 35

1.4.1. Objetivo general 35

1.4.2. Objetivos específicos 35

1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN35

1.5.1. Justificación teórica 35



| | |
|-------------------------------------|----|
| 1.5.2. Justificación práctica | 36 |
|-------------------------------------|----|

CAPÍTULO II

REVISIÓN DE LITERATURA

| | |
|--|-----------|
| 2.1. MARCO TEÓRICO | 37 |
| 2.1.1. Principio y regla en el derecho | 37 |
| 2.1.2. Los principios del derecho de trabajo..... | 39 |
| 2.1.3. El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales | 41 |
| 2.1.4. Teoría asumida por la Constitución Política del Perú | 71 |
| 2.1.5. Teoría asumida por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema | 72 |
| 2.1.6. Presupuestos para la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos en la teoría objetiva | 81 |
| 2.1.7. Derechos laborales..... | 84 |
| 2.1.8. La prescripción de derechos laborales..... | 92 |
| 2.1.9. Laguna de la ley..... | 98 |
| 2.1.10. Derecho a la tutela | 101 |

CAPÍTULO III

MATERIALES Y MÉTODOS

| | |
|--|------------|
| 3.1. DISEÑO Y TIPO DE INVESTIGACIÓN | 111 |
| 3.1.1. Diseño..... | 111 |
| 3.1.2. Tipo..... | 112 |
| 3.2. ÁMBITO DE ESTUDIO..... | 113 |
| 3.3. UNIDAD DE ESTUDIO, DIMENSIONES Y DELIMITACIÓN TEMPORAL | 113 |
| 3.3.1. Unidad de estudio | 113 |
| 3.3.2. Dimensiones | 114 |



| | |
|--|-------------|
| 3.3.3. Delimitación temporal | 114 |
| 3.4. DESCRIPCIÓN DE MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS | 114 |
| 3.4.1. Métodos | 114 |
| 3.4.2. Técnicas | 115 |
| 3.4.3. Instrumentos | 116 |
| CAPÍTULO IV | |
| RESULTADOS Y DISCUSIÓN | |
| 4.1. LA PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD AL DERECHO A LAS VACACIONES EN EL MARCO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 276 | 117 |
| 4.1.1. Unanimidad de las teorías del principio de irrenunciabilidad en garantizar el cumplimiento de derechos provenientes de la ley | 118 |
| 4.1.2. La función integradora del principio de irrenunciabilidad de derechos en la laguna de la acumulación de vacaciones en el reglamento de la ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público..... | 122 |
| 4.2. LAS VACACIONES SON DERECHOS FUNDAMENTALES DISPONIBLES A CAMBIO DE UNA COMPENSACIÓN ECONÓMICA, PERO NO RENUNCIABLE | 141 |
| 4.2.1. El derecho al trabajo con vacaciones remuneradas reafirma su categoría de derecho fundamental | 144 |
| 4.2.2. El derecho a la vacación es un derecho de grado de imperatividad relativa | 147 |
| 4.3. LA TUTELA RESARCITORIA, MEDIO IDÓNEO DE PROTECCIÓN FRENTE A LAS VACACIONES ACUMULADAS EN EXCESO A DOS CICLOS LABORALES EN EL MARCO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 276 | 150 |
| 4.4. CRÍTICA A LOS INFORMES TÉCNICOS DE LA GERENCIA DE POLÍTICAS DE GESTIÓN DEL SERVICIO CIVIL -SERVIR-..... | 1537 |
| V. CONCLUSIONES..... | 158 |



| | |
|---|------------|
| VI. RECOMENDACIONES | 162 |
| VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 164 |
| ANEXOS..... | 175 |

Área : Ciencias Sociales
Línea : Derecho
Sub línea : Derecho Laboral
Tema : Derecho Laboral Individual

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 03 de diciembre de 2021.



ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

| | |
|--------|--|
| C. | : Constitución Política del Perú de 1993 |
| CC. | : Código Civil (D. Leg. 295 (24-07-1984)) |
| DESC | : Derechos Económicos, Sociales y Culturales |
| DT | : Derecho del Trabajo |
| OIT | : Organización Internacional de Trabajo |
| STC | : Sentencia del Tribunal Constitucional |
| SERVIR | : Autoridad Nacional de Servicio Civil |
| TC | : Tribunal Constitucional |



RESUMEN

Los servidores y funcionarios públicos de la administración pública regulados bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276, pueden acumular sus vacaciones hasta dos periodos por acuerdo común con la entidad, preferentemente por razones de servicio a la Nación, prerrogativa que se encuentra prevista en el artículo 102° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y, excepcionalmente pueden gozar de vacaciones por sesenta días en un año cuando tienen vacaciones acumuladas por dos ciclos laborales, eso es la taxatividad o el supuesto de hecho de la norma; sin embargo, en el mundo laboral factico, viene ocurriendo acumulaciones de vacaciones por periodos mayores a dos ciclos laborales (3, 4 o más periodos) fundados en el servicio efectivo a la Nación y con acuerdo expreso con la Entidad, supuesto factico que no se encuentra regulado en la ley de la carrera administrativa ni en su reglamento, situación que viene generando incertidumbre jurídica a las entidades del Estado en el momento de sus decisiones en reconocer o no reconocer, inclusive ha motivado a la Autoridad de Servicio Civil -SERVIR- emitir informes legales sosteniendo que todo exceso de vacaciones acumulados a dos periodos, no tienen efectos para su goce ni para su pago, pronunciamiento que a nuestro juicio, no ha sido analizado con el rigor jurídico que merece tal derecho laboral que goza de protección Constitucional del principio de irrenunciabilidad, lo que motivo este trabajo de investigación.

En ese contexto, se ha planteado como objetivo general, analizar la protección del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales sobre el exceso de acumulación de vacaciones en la ley de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público; y, como objetivos específicos: (i) analizar la naturaleza jurídica del principio de irrenunciabilidad en la protección de las vacaciones acumuladas por periodos mayores a



dos ciclos laborales en la ley de la carrera administrativa; (ii) Analizar la naturaleza jurídica del derecho a las vacaciones; y, (iii) proponer la tutela resarcitoria del principio de irrenunciabilidad sobre las vacaciones acumuladas por periodos mayores a dos ciclos laborales en la ley de la carrera administrativa. No habiendo encontrado limitaciones en la investigación y desarrollo de los objetivos, esto porque el Derecho del Trabajo como rama del Derecho, existe abundante doctrina sobre las instituciones jurídicas tratadas; sin embargo, las altas cortes del país, no han tenido pronunciamiento sobre las vacaciones acumuladas que exceden los dos ciclos laborales en el ámbito de la ley de la carrera administrativa.

En el procedimiento de investigación, al ser de diseño cualitativo, se utilizó los métodos como son: el hermenéutico, dogmático jurídico, analítico – sintético y sistemático, además, como técnicas empleadas son: el estudio de casos y análisis de expertos, por tratarse de estudio de instituciones jurídicas y disposiciones normativas.

Habiéndose obtenido como resultado, el principio de irrenunciabilidad es propia del Derecho del Trabajo y tiene su fuente en el artículo 26° numeral 2) de la Constitución Política del Perú y en el artículo 102° del Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, habiendo acogido la teoría objetiva, mediante el cual únicamente tiene alcance su manto protector a los derechos laborales que tienen su fuente en la Constitución, los tratados internacionales en derechos laborales ratificados por el Perú y la Ley, principio con la cual los derechos laborales encuentran efectividad al nulificar todo acto de renuncia del acto propio del trabajador, así a los acuerdos bilaterales de las partes de la relación laboral que infringen los derechos laborales; y, de otro lado, el derecho a las vacaciones como derecho laboral, es de orden público que irradia imperatividad para las partes de la relación jurídica, que con el fenómeno de la constitucionalización de los derechos laborales, son también derechos



fundamentales por estar vinculado la remuneración vacacional a la dignidad humana del trabajador y a la satisfacción de los derechos económicos y sociales, donde el vacío o laguna en una disposición legal, no puede suprimir tal derecho fundamental .

Finalmente, en la investigación se ha llegado a las conclusiones siguientes: (i) La disposición normativa contenida en el artículo 102° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM integrado con el artículo 24° literal d) del Decreto Legislativo N° 276 consistente en la “acumulación de vacaciones hasta dos periodos de común acuerdo con la entidad“ y el “goce de vacaciones por acumulación convencional hasta dos periodos”, esta referida sólo para efectos de goce de vacaciones, la misma que no puede exceder de sesenta días en un año como producto de acumulación de dos ciclos laborales y fundados en el servicio a la Nación, porque el derecho a la vacación se adquiere con el ciclo laboral y dicho derecho es exigible y goza de protección para su efectividad del principio de irrenunciabilidad hasta antes de la prescripción extintiva, es por ello, la proposición normativa “acumulación convencional hasta dos años”, no constituye requisito adicional del derecho a la vacación ni es medio extintivo de tal derecho ni tampoco se puede interpretar en el sentido de abrogación del derecho a las vacaciones acumuladas por periodos mayores a dos ciclos laborales, sino, constituye un indicativo de que la entidad y el servidor público por razones de servicio a la Nación, pueden postergar y acumular las vacaciones; (ii) El principio de irrenunciabilidad protege el derecho a las vacaciones, inclusive limita la autonomía de voluntad del servidor público de renunciar por acto propio no solo el derecho a la vacación, sino cualquier otro derecho laboral que tienen como fuente: la Constitución Política del Perú, los tratados Internacionales en Derechos Laborales ratificados por el Perú y la Ley, y, nulifica todo acto de renuncia de derechos laborales ocurridos antes, durante y después de la relación laboral; (iii) El principio de irrenunciabilidad tiene función interpretadora y suple e integra la ley ante las lagunas de



la ley laboral, sin perder de vista la finalidad de los derechos laborales, así el derecho a las vacaciones se creó para dotar al servidor público de un tiempo prolongado e ininterrumpido para que restablezca sus energías y reconcilie con su familia, esa es la finalidad; en consecuencia, “la acumulación de vacaciones mayores a dos periodos por razón de servicio” no prevista en el artículo 102° del Decreto supremo N° 005-90-PCM, constituye una laguna legal, la misma que no debe afectar el derecho a la vacación que se alcanzó con el récord laboral, convirtiéndose en derecho exigible y el principio de irrenunciabilidad protege para su efectividad, evitando que se desnaturalice o se abroge por una laguna legal, así, al haberse creado la nueva norma jurídica “acumulación de vacaciones mayores a dos periodos por razón de servicio a la Nación” con la consecuencia jurídica excepcional de “goce de vacaciones remuneradas por sesenta días en un año y así sucesivamente hasta agotar las vacaciones acumuladas”, dicha creación mantiene incólume la finalidad del “derecho a las vacaciones”, conservando así la unidad sistemática del derecho laboral; (iv) El derecho a la vacación remunerada, es un derecho fundamental, por estar reconocida en el convenio N° 52 de la OIT, ratificado por el Perú, recogido en la Constitución Política del Perú y en la Ley de la Carrera Administrativa, derecho que no puede ser derogada ni rebajada por el vacío en la ley ni opera la renuncia tácita. Derecho laboral que se manifiesta de dos formas: primero, la vacación al estar sujeto al pago de una remuneración, permite al servidor público y a su familia, seguir satisfaciendo sus necesidades básicas que se condice con la vida digna; y, segundo, permite al servidor público, salir del extenuado trabajo y recuperar su libertad con el goce de vacaciones, al permitirle renovar las energías gastadas en el trabajo, la reconciliación plena con su familia y encontrar el equilibrio espiritual al estar en contacto con la naturaleza y disfrute de mayor tiempo con su familia, así, las vacaciones, hace compatible el trabajo con la dignidad del trabajador; (V) El derecho a las vacaciones, se genera como



derecho exigible a favor del servidor público por el sólo cumplimiento del récord laboral, habilitándose válidamente su acumulación por periodos mayores a dos ciclos laborales cuando es por razón de servicio a la Nación; así, el derecho a la vacación tiene una fuerza normativa híbrida, por una parte, tiene una composición imperativa únicamente durante la vigencia de la relación laboral, que se manifiesta en el goce efectivo de las vacaciones de treinta días y excepcionalmente de sesenta días en un año cuando se tiene vacaciones acumuladas, y, se convierte en derecho dispositivo al término de la relación laboral, donde las vacaciones acumuladas y no gozadas, son pagadas al ex servidor público mediante la compensación vacacional por cada ciclo laboral sobre la última remuneración total, esto porque al quedar extinguido el vínculo laboral, es imposible jurídicamente otorgar vacaciones remuneradas, sino que ésta tiene su eficacia cuando la relación laboral está vigente; Y, (vi) Frente al servidor público que termina la carrera administrativa con vacaciones acumuladas, esto como causa del empleador que no otorgó oportunamente el goce de las vacaciones por la necesidad de seguir prestando servicio a la Nación, afectó el derecho fundamental a las vacaciones oportunas, frente a tal afectación, la ley de la carrera administrativa prevé el pago de una compensación vacacional por cada periodo acumulado sobre la última remuneración total, dicha entrega económica se manifiesta como tutela resarcitoria.

La investigación es la línea a Derecho, en la sub línea de Derecho Laboral sector público.

Palabras Claves:

Principio de Irrenunciabilidad, derecho a las vacaciones, acumulación de vacaciones, protección resarcitoria.



ABSTRACT

Public servants and civil servants of the public administration regulated under the labor regime of Legislative Decree No. 276, can accumulate their vacations up to two periods by common agreement with the entity, preferably for reasons of service to the Nation, a prerogative that is provided in Article 102 of Supreme Decree No. 005-90-PCM, Regulation of the Law of Basis of the Administrative Career and Public Sector Remuneration and, exceptionally, they can enjoy vacations for sixty days in a year when they have accumulated vacations for two work cycles, that is the limitation or the factual assumption of the norm; However, in the factual world of work, vacation accumulations have been occurring for periods greater than two work cycles (3, 4 or more periods) based on the effective service to the Nation and with express agreement with the Entity, a factual assumption that no It is regulated in the law of the administrative career or in its regulations, a situation that has been generating legal uncertainty for State entities at the time of their decisions to recognize or not to recognize, has even motivated the Civil Service Authority -SERVIR- to issue legal reports stating that all excess vacation accumulated for two periods has no effect on its enjoyment or payment, a statement that in our opinion has not been analyzed with the legal rigor that such labor law deserves that enjoys Constitutional protection of the principle of inalienability, which motivated this research work.

In this context, the general objective has been to analyze the protection of the principle of inalienability of labor rights on excess accumulation of vacations in the law on the administrative career and remuneration of the public sector; and, as specific objectives: (i) analyze the legal nature of the principle of inalienability in the protection of accumulated vacations for periods greater than two work cycles in the administrative career law; (ii) Analyze the legal nature of the right to vacation; and, (iii) propose the



remedial protection of the principle of inalienability of accumulated vacations for periods greater than two work cycles in the administrative career law. Not having found limitations in the research and development of the objectives, this because Labor Law as a branch of Law, there is abundant doctrine on the legal institutions dealt with; However, the country's high courts have not ruled on accrued vacations that exceed two work cycles within the scope of the administrative career law.

In the research procedure, being of qualitative design, methods were used such as: hermeneutic, legal dogmatic, analytical - synthetic and systematic, in addition, as techniques used are: the study of cases and expert analysis, since they are study of legal institutions and normative provisions.

Having obtained as a result, the principle of inalienability is characteristic of Labor Law and has its source in article 26, numeral 2) of the Political Constitution of Peru and in article 102 of the Regulation of the Law of Bases of the Administrative Career and Remunerations of the Public Sector, having accepted the objective theory, through which its protective mantle only covers labor rights that have their source in the Constitution, international treaties on labor rights ratified by Peru and the Law, principle with which labor rights are effective by nullifying any act of resignation of the worker's own act, as well as bilateral agreements of the parties to the labor relationship that infringe labor rights; and, on the other hand, the right to vacations as a labor right, is of public order that radiates imperative for the parties of the legal relationship, which with the phenomenon of the constitutionalization of labor rights, are also fundamental rights because the vacation remuneration for the human dignity of the worker and the satisfaction of economic and social rights, where the gap or gap in a legal provision cannot suppress such fundamental right.



Finally, the investigation has reached the following conclusions: (i) The normative provision contained in Article 102 of Supreme Decree No. 005-90-PCM integrated with Article 24, literal d) of Legislative Decree No. 276 consisting of the "accrual of vacations up to two periods in common agreement with the entity" and the "enjoyment of vacations by conventional accrual up to two periods", is referred to only for the purposes of enjoyment of vacations, which may not exceed sixty days in a year as a product of accumulation of two work cycles and based on the service to the Nation, because the right to vacation is acquired with the work cycle and said right is enforceable and is protected for its effectiveness from the principle of inalienability until before of the extinctive prescription, which is why the normative proposition "conventional accumulation up to two years" does not constitute an additional requirement of the right to vacation nor is it an extinguishing means of such nor can it be interpreted in the sense of abrogation of the right to accumulated vacations for periods greater than two work cycles, but rather, it constitutes an indication that the entity and the public servant for reasons of service to the Nation, can postpone and accumulate the holidays; (ii) The principle of inalienability protects the right to vacations, even limiting the autonomy of the will of the public servant to resign by his own act not only the right to vacation, but any other labor right that has as a source: the Political Constitution of the Peru, the International Labor Rights treaties ratified by Peru and the Law, and nullifies any act of waiver of labor rights that occurred before, during and after the employment relationship; (iii) The principle of inalienability has an interpretive function and supplements and integrates the law in the face of the gaps in the labor law, without losing sight of the purpose of labor rights, thus the right to vacations was created to provide the public servant with a prolonged and uninterrupted time for you to reestablish your energies and reconcile with your family, that is the purpose; Consequently, "the accumulation of vacations greater than two periods for



reasons of service" not provided for in Article 102 of Supreme Decree No. 005-90-PCM, constitutes a legal loophole, which should not affect the right to vacation that was reached with the labor record, becoming an enforceable right and the principle of inalienability protects for its effectiveness, preventing it from being distorted or abrogated by a legal gap, thus, having created the new legal rule "accumulation of vacations greater than two periods for reasons of service to the Nation "with the exceptional legal consequence of" enjoying paid vacations for sixty days in a year and so on until the accumulated vacations are exhausted ", said creation maintains intact the purpose of the" right to vacations " , thus preserving the systematic unity of labor law; (iv) The right to paid vacation is a fundamental right, as it is recognized in Convention No. 52 of the ILO, ratified by Peru, contained in the Political Constitution of Peru and in the Law of the Administrative Career, right that it cannot be repealed or reduced by the void in the law nor does the tacit resignation operate. Labor law that manifests itself in two ways: first, the vacation, as it is subject to the payment of remuneration, allows the public servant and his family to continue meeting their basic needs that is consistent with a dignified life; and, second, it allows the public servant to get out of exhausted work and regain his freedom with the enjoyment of vacations, by allowing him to renew the energies expended at work, full reconciliation with his family and find spiritual balance by being in contact with the nature and enjoy more time with your family, thus, vacations, make work compatible with the dignity of the worker; (V) The right to vacations is generated as an enforceable right in favor of the public servant by only complying with the labor record, validly enabling its accumulation for periods greater than two work cycles when it is for reasons of service to the Nation; Thus, the right to vacation has a hybrid normative force, on the one hand, it has an imperative composition only during the validity of the employment relationship, which is manifested in the effective enjoyment of vacations of thirty days and



exceptionally of sixty days in a year when you have accrued vacations, and, it becomes a device right at the end of the employment relationship, where accrued and unused vacations are paid to the former public servant through vacation compensation for each work cycle over the last total remuneration, this because upon termination of the employment relationship, it is legally impossible to grant paid vacations, but it is effective when the employment relationship is in force; And, (vi) Faced with the public servant who ends the administrative career with accumulated vacations, this as a cause of the employer who did not timely grant the enjoyment of vacations due to the need to continue serving the Nation, affected the fundamental right to vacations opportune, in the face of such affectation, the law of the administrative career provides for the payment of a vacation compensation for each period accumulated on the last total remuneration, said economic delivery is manifested as compensatory protection.

The investigation is the line to Law, in the sub-line of Labor Law public sector.

Key Words:

Principle of irrevocability, right to vacation, vacation accrual, compensation protection



CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

El derecho de trabajo como producto de la escisión del derecho civil, reconoce la desigualdad de la relación laboral, y para efectos de equilibrar y neutralizar esa diferencia, fija reglas que regulan el contenido de la relación jurídica laboral, que la doctrina las denominó mínimos estatales o también denominado derechos mínimos, así el derecho de trabajo está compuesto lleno de normas mínimas, que son imperativas hacia abajo y dispositivas hacia arriba en el ejercicio de la libertad y autonomía de voluntad en la creación de la relación contractual y, las vacaciones remuneradas constituye uno de esos derechos.

El derecho a la vacación como derecho laboral, se creó inspirado en el principio del derecho de trabajo, como el principio protectorio, a fin de neutralizar las desigualdades económicas y jurídicas existentes en la relación laboral entre el empleador y trabajador; sin embargo, ante la necesidad de encontrar trabajo que muchas veces sólo es una expectativa debido a que la mano de obra ofertada en el mercado es mayor que la mano de obra demandada, el servidor público por su autonomía de voluntad renuncia los derechos laborales que le franquea las leyes laborales o simplemente no lo reclama por desconocimiento o por temor a perder el trabajo o por la subordinación en la que encuentra y por la permanente atención de servicios de la administración pública, por acuerdo con la Entidad, queda obligado a seguir prestando sus servicios en el periodo de su vacación y sus vacaciones pasa a acumularse y muchas veces esa situación es reiterativa en los siguientes ciclos laborales hasta que el servidor público pasa a acumular más de dos periodos vacacionales, generándose un problema jurídico, debido a que la acumulación de vacaciones mayores a dos ciclos laborales no se encuentra previsto en el



artículo 102° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, sino dicho dispositivo normativo prevé, “las vacaciones anuales y remuneradas establecidas en la ley, son obligatorias e irrenunciables (...) y pueden acumularse hasta dos periodos de común acuerdo con la entidad, preferentemente por razones de servicio. (...)”, que inclusive ha sido materia de pronunciamiento por parte de SERVIR en los Informes Técnicos 087-2018-SERVIR/GPGSC y, 938-2020-SERVIR-GPGSC sin análisis de rigor jurídico.

Esta situación generó una cuestión general, ¿Cómo protege el principio de irrenunciabilidad, la acumulación de vacaciones que exceden los dos ciclos laborales en el marco de la ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público?, y cuestiones específicas en: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del principio de irrenunciabilidad en la protección del derecho a las vacaciones en la ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público?, ¿Cuál es la naturaleza jurídica del derecho a las vacaciones? y, ¿cuál debe ser la protección del principio de irrenunciabilidad de derechos laborales sobre la acumulación de vacaciones que exceden los ciclos laborales en la ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público?. Interrogantes que han sido desarrollado en la presente investigación, para dar contenido jurídico a la disposición normativa lagunosa y conocer los fundamentos del principio de irrenunciabilidad y derechos de vacaciones.

Para este cometido, la investigación está organizado en seis capítulos generales:

En el capítulo I, tratamos el planteamiento del problema, sus antecedentes a nivel local nacional e internacional, la justificación de la investigación, el objetivo general y los objetivos específicos.

En el capítulo II, para el objetivo de la investigación, se analiza dos variables: primero, el principio de irrenunciabilidad, para ello se analizó el fundamento del



principio, los principios del derecho de trabajo con énfasis en el principio de irrenunciabilidad, las teorías (objetiva, subjetiva y mixta) que fundamentan el principio de irrenunciabilidad, el ámbito objetivo, subjetivo y temporal del principio de irrenunciabilidad, el principio de irrenunciabilidad como exclusivo del Derecho de trabajo, teoría de principio de irrenunciabilidad asumida por la Constitución Política del Perú y reiterada por el Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, presupuestos para la aplicación del principio de irrenunciabilidad (renuncia expresa, titularidad de derecho laboral); y, como segundo variable, el derecho a la vacación, fundamento de las vacaciones, el derecho a las vacaciones como derecho fundamental, requisitos para el goce de las vacaciones, las vacaciones como derecho disponible pero no renunciable; además de las instituciones jurídicas vinculadas como la prescripción de derecho a las vacaciones no colisiona con el principio de irrenunciabilidad; la laguna de la ley en el derecho a las vacaciones en la ley de la carrera administrativa, los principios generales del derecho del trabajo en la integración y solución a la laguna legal; y, la tutela protectora del derecho vacacional acumulado por periodos mayores a dos ciclos laborales.

En el capítulo III, de desarrolla el diseño metodológico de la investigación (cualitativa), el tipo de investigación cualitativa a nivel básico, ámbito de estudio, unidades de estudio, dimensiones, delimitación temporal, descripción de métodos, técnicas e instrumentos, que fueron utilizados en la investigación.

El capítulo IV, consiste en el resultados y discusión, el mismo que esta desarrollado en cuatro puntos: primero, la protección del principio de irrenunciabilidad al derecho a las vacaciones en el marco del Decreto Legislativo N° 276, la unanimidad de las teorías del principio de irrenunciabilidad en garantizar el cumplimiento de derechos laborales provenientes de la ley, la función integradora del principio de irrenunciabilidad de derechos en la laguna de la ley sobre acumulación de vacaciones en el reglamento de



la ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público, inspiración y protección del principio de irrenunciabilidad en la creación y goce del derecho a las vacaciones, el principio de irrenunciabilidad protege las vacaciones acumuladas por periodos superiores a dos periodos, la laguna en la ley no implica renuncia tácita del derecho a la vacación porque dicha interpretación vulneraría la Constitución Política del Perú y la Ley, al estar reconocido en dichas fuentes; la prescripción del derecho a las vacaciones no opera sobre las vacaciones acumuladas mientras subsiste el vínculo laboral. Segundo, las vacaciones son derechos fundamentales disponibles a cambio de una compensación económica, pero no renunciable; el derecho al trabajo con vacaciones remuneradas reafirma su categoría de derecho fundamental; el derecho a la vacación es un derecho de grado de imperatividad relativa. Tercero, la tutela resarcitoria, medio idóneo de protección frente a las vacaciones acumuladas en exceso a dos ciclos laborales en el marco del Decreto Legislativo N° 276 y, Cuarto, crítica a los informes técnicos de la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil -SERVIR- sobre el desconocimiento de las vacaciones acumuladas en exceso a dos ciclos laborales.

Luego las conclusiones arribadas, resultado del análisis dogmático de las bases teóricas, del resultado y la discusión sobre el principio de irrenunciabilidad y la acumulación de vacaciones que exceden los dos ciclos laborales. Asimismo, se propone las recomendaciones para una debida aplicación del artículo 102° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, así como la implementación de control de récord de vacaciones por servidor y funcionario público en las entidades públicas, a fin de que otorguen goce oportuno del derecho a las vacaciones; y, finalmente, está la cita bibliográfica empleada en la investigación.



PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ANTECEDENTES, HIPÓTESIS Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Enunciado

¿Cómo protege el principio de irrenunciabilidad, la acumulación de vacaciones que exceden los dos ciclos laborales en el marco de la ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público en el Perú?

1.1.2. Descripción

El servidor y funcionario público de la administración pública, cuyo régimen laboral regulado es por el Decreto Legislativo N° 276 y reglamentado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, ha establecido en el artículo 102° que, “las vacaciones anuales y remuneradas establecidas en la ley, son obligatorias e irrenunciables (...) y pueden acumularse hasta dos periodos de común acuerdo con la entidad, preferentemente por razones de servicio. (...)”, esto es, el servidor o funcionario público y la Entidad vienen acordando acumulación de vacaciones por razones fundadas en el servicio a la Nación, muchas veces, la acumulación de vacaciones excede los dos ciclos laborales y cuando ocurre ello, se presenta el problema jurídico en su tratamiento, donde las decisiones de la administración pública no son uniformes, algunos optan por reconocerlas y otros la desconocen.

Frente a esa situación de incertidumbre de la laguna legal de la disposición normativa del artículo 102° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, a motivado a SERVIR emitir el Informe Técnico 087-2018-SERVIR/GPGSC y, 938-2020-SERVIR-GPGSC, que concluye que las vacaciones acumuladas que exceden los dos ciclos laborales, no tienen



efecto para su pago ni su goce de vacaciones, pero que no ha analizado con el rigor jurídico, que mas bien parece una conclusión arbitraria con motivación inexistente.

En consecuencia, el artículo 102° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, sigue siendo una disposición normativa no aclarado, y para colmar el vacío legal, se planteó como objetivo, analizar la naturaleza jurídica del derecho a las vacaciones, así como la naturaleza jurídica del principio de irrenunciabilidad sobre los derechos laborales, ello con la finalidad de integrar el ordenamiento jurídico laboral y obtener una interpretación sin perder de vista la finalidad del derecho a las vacaciones y sin perder la unidad sistemática del derecho de trabajo.

1.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1. A nivel local

Se realizó la búsqueda de las tesis publicados en los repositorios y bibliotecas físicas de las siguientes universidades:

- a) Universidad Nacional del Altiplano Puno, se realizó la búsqueda virtual en el repositorio de las tesis de Pre Grado, Post Grado y Doctorado, sin embargo, no se encontró investigaciones sobre la aplicación del principio de irrenunciabilidad en la acumulación de vacaciones, lo que hace singular esta investigación.
- b) Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez –UANCV- Sede Puno, no cuenta con repositorio virtual de investigaciones publicadas, sino una biblioteca física, realizada la búsqueda en su catálogo físico de las tesis presentadas a esta casa de estudios, no existe investigaciones sobre el principio de irrenunciabilidad en la acumulación de vacaciones, aspecto que guarda la singularidad de la investigación.
- c) Universidad Privada San Carlos – sede Puno, no cuenta con repositorio virtual de investigaciones publicadas, sino una biblioteca física, realizada la búsqueda en su



catálogo de tesis presentadas a ésta casa de estudios, no existe investigaciones sobre el principio de irrenunciabilidad en el derecho a las vacaciones, aspecto que hace singular la investigación.

1.2.2. A nivel nacional

Se ha realizado búsquedas de tesis y/o investigaciones en temas de *“Principio de Irrenunciabilidad en el derecho a las vacaciones en el derecho laboral público peruano”* de las diferentes universidades del país, utilizando la herramienta Google y Google Académico, empero, no se encontró un tema específico, sino algunos relacionados propiamente al principio de irrenunciabilidad, que no son idénticos a la presente investigación. Entre las fuentes de investigación se encontró a los siguientes.

- a) Universidad César Vallejo sede Lima, Tesis presentado para optar el grado de título de Abogado, con el titulado *“El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales contra la prescripción del cobro de los beneficios sociales”*, en dicha investigación, la tesista concluye, *“La Ley N° 27321 que regula el plazo de prescripción de las acciones derivadas de una relación laboral inhibe al trabajador para poder ejercer judicialmente su derecho luego de transcurrido 4 años contados a partir del día siguiente de extinguido el vínculo laboral, resultando este plazo limitado, por lo que sería conveniente modificarla”*. (Marcelo, 2012).
- b) En el artículo científico denominado *“El Principio de Irrenunciabilidad de Derechos Laborales: Normativa, Jurisprudencia y Realidad”*, sostiene, el principio de irrenunciabilidad de derechos debe comprender a los derechos nacidos de actos normativos como los convenios colectivos de trabajo dado su eminente carácter normativo e imperativo dentro de su ámbito de aplicación reconocido en el artículo 28 numeral 2 de la Constitución. La aplicación de la irrenunciabilidad es, pues, frente a todo derecho reconocido en una norma. Asimismo, señala, el principio de



irrenunciabilidad se origina en la desigualdad entre las partes laborales y la necesidad de proteger al trabajador, está reservado únicamente para los actos de disposición de derechos de este último. (Toyama M. J., 2015)

El autor analiza la justificación del principio de irrenunciabilidad de derechos laborales por la desigualdad que existe entre las partes laborales, además, hace énfasis que este principio no únicamente debe limitarse a derechos reconocidos en la Constitución y en la Ley, sino también exhorta que debe tener alcance a derechos derivados de los convenios colectivos, mas no analiza si este principio alcanzaría a las vacaciones acumuladas que exceden el límite legal. Investigación que se realiza con el presente estudio.

- c) (Toyama, 2001) Artículo científico denominado: “Protección, Privilegio, Tiempo, Forma y Pago de los Beneficios Sociales”, publicado en la Revista Derecho & Sociedad 17. El autor aborda, la remuneración y otros derechos que surgen de la relación laboral, así como la imposibilidad de descontar o reducir la remuneración de manera unilateral, además, del tiempo de vigencia que resulta exigible el derecho laboral y su caducidad de las mismas.
- d) (Pasco, 2005) artículo científico denominado: “En torno al principio de irrenunciabilidad”, publicado en la revista IUS ET VERITAS 31 de la PUCP, el autor analiza el fundamento del principio de irrenunciabilidad y los conceptos jurídicos afines como: intangibilidad, inderogabilidad e indisponibilidad, así como la compatibilidad del principio de irrenunciabilidad con la institución jurídica de la prescripción.
- e) (Boza, 2019) artículo científico titulado, “Autonomía de la Voluntad y Disposición de Derechos en el Ámbito Laboral: El Principio de Irrenunciabilidad de Derechos”, publicado en el repositorio de la PUCP. El autor busca identificar las características



y alcances del principio de irrenunciabilidad de derechos consagrado en la Constitución Política del Perú en lo correspondiente al ámbito laboral, incluyendo los ámbitos subjetivo y temporal.

- f) (Castello, 2008) artículo científico titulado, “Vigencia y Alcance del Principio de Irrenunciabilidad”, publicado por la revista “Derecho & Sociedad” 30 de la Asociación Civil. El autor aborda, la importancia y la justificación del principio de irrenunciabilidad, además de su ámbito objetivo, subjetivo y temporal del principio aludido.
- g) (Pacheco, 2015) artículo científico titulado, “Los Principio del Derecho del Trabajo”, publicado en el repositorio institucional PIRHUA de la Universidad de Piura. La autora señala:

Los principios generales del derecho son la base dogmática y axiológica del sistema jurídico y sus normas fundamentales. Junto a los principios generales de Derecho, que son anteriores a la ley positiva y que la fundamentan, existen otros, de carácter menos general, que informan una rama del ordenamiento, por mandato constitucional o legal. Los principios del Derecho del Trabajo son reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sean mediante la interpretación, aplicación o integración normativas.

- h) (Pacheco, 2011), artículo científico titulado, “Características de la Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales en el Perú y en el Derecho Comparado”, publicado en el repositorio institucional PIRHUA de la Universidad de Piura. La autora señala:

El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales es de perenne actualidad porque mientras existan relaciones de trabajo por cuenta ajena, el



asalariado ocupará una posición subordinada frente al empresario, que exige “blindar” su capacidad negocial por ser parte débil, a fin de protegerlo inclusive de sus actos propios. Así la irrenunciabilidad es distinta a la de su imprescriptibilidad. Un derecho puede ser irrenunciable mientras no haya prescrito o caducado, pero una vez que ocurra la prescripción o la caducidad, el derecho se ha extinguido y la irrenunciabilidad se convierte en irrelevante.

- i) (Neves, 2005) artículo científico titulado, “La Prescripción Laboral”, publicado en la revista científica Derecho & Sociedad. El autor señala, “Los derechos laborales son irrenunciables, cuando nacen de normas imperativas. (...).

Esto quiere decir que si los trabajadores los abandonan por un acto unilateral o bilateral, este será inválido, porque el acto dispositivo no puede prevalecer sobre norma imperativa. El principio protege, pues, al trabajador frente a la supresión de su derecho por un acto propio. Pero no determina, en modo alguno, la imprescriptibilidad de dichos derechos laborales. Esta institución tiene un fundamento distinto: por seguridad jurídica no se puede dejar abierta indefinidamente la posibilidad de interponer una acción para reclamar un derecho, sino que debe fijarse un plazo para ello.”.

- j) (Higa, 2017) libro titulado, “La Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales: Un Enfoque Sustantivo y Procesal”, publicado en la Editorial Gaceta Jurídica. El autor señala, “El principio de irrenunciabilidad debe ser abordada con rigor jurídico, y para ello propone teorías para su tratamiento, precisando que en la doctrina nacional no se desarrolló y que su falta de precisión cabal sobre este importante principio del



- Derecho del Trabajo, habría conllevado a los altos tribunales emitir sus fallos contradictorios.
- k) (Cánova, 2007) libro titulado, “Vacaciones”, publicado en la Revista Soluciones Laborales de la Editorial Gaceta Jurídica. La autora señala, desarrolla el concepto del derecho a las vacaciones, así como los presupuestos para su goce y disfrute, explicitando con casuísticas.
- l) (García, 2010) libro titulado, “¿Cómo se están Aplicando los Principios Laborales en el Perú?”, publicado en la Revista Soluciones Laborales de la Editorial Gaceta Jurídica. El autor desarrolla los principios del Derecho del Trabajo, dentro de ella, el principio de irrenunciabilidad de derechos, además, conceptos jurídicos relacionados con este principio como la renuncia, actos de disposición, formas alternativas de extinción de las obligaciones, alcance del principio de irrenunciabilidad, plazo de prescripción de derechos laborales y su compatibilidad con la prescripción y la posibilidad de alcance de éste principio a las indemnizaciones laborales en caso de concurso de empresa.
- m) (Neves, 2018) libro titulado, “Introducción al Derecho del Trabajo”, publicado por la Editorial de la Universidad Católica del Perú (PUCP), el autor desarrolla el surgimiento del Derecho del Trabajo a partir de la escisión del Derecho Civil, profundizando su análisis en los principios de esta rama del Derecho, así como en la definición del Derecho del Trabajo, sus elementos, las fuentes del Derecho del Trabajo y la vigencia de los derechos laborales.
- n) (Boza, 2011) libro titulado, “Lecciones de Derecho del Trabajo” publicado por la Editorial de la Universidad Católica del Perú (PUCP), el autor desarrolla el surgimiento y evolución del Derecho del Trabajo, su ámbito de aplicación, elementos



del trabajo, fuentes del Derecho del Trabajo y Principios que escoltan el Derecho del Trabajo.

- o) (Arévalo, 2016) libro titulado, “Tratado de Derecho Laboral” publicado por la Editorial Instituto Pacífico, el autor analiza los derechos que conforman el Derecho de Trabajo en el ámbito del Derecho de Trabajo del Sector Privado.

1.2.3. A nivel internacional

Se ha realizado búsquedas de tesis y/o investigaciones en temas de “*Principio de Irrenunciabilidad en el derecho a las vacaciones en el derecho laboral público peruano*” de las diferentes universidades del país, utilizando la herramienta Google y Google Académico, empero, no se encontró un tema específico, sino algunos relacionados propiamente al principio de irrenunciabilidad, que no son idénticos a la presente investigación. Entre las fuentes de investigación se encontró a los siguientes.

- a) (Gorelli, 2014) en el artículo científico titulado, “Elementos Delimitadores del Derecho a Vacaciones”, el autor llegó a la conclusión siguiente.

La conclusión ante lo aquí expuesto es que la duplicidad de objetivos o finalidades en materia de vacaciones incide de manera directa en la interpretación en la escasa regulación sobre vacaciones. De esta manera, y como consecuencia de la necesidad de respetar la finalidad propia del derecho a las vacaciones, se plantean consecuencias del mismo, como la necesidad de respetar el derecho del trabajador al disfrute de las vacaciones, pues no solo se configura como un derecho obligatorio, en el sentido de que se impone al empresario como un deber contractual o como una prestación derivada del contrato de trabajo, sino que no es factible sustituir este derecho por una alternativa económica, siendo obligatoria la concesión del derecho a las vacaciones.



b) (Mora, 2014) tesis presentada en la Universidad Nacional de Loja – Ecuador, para optar el grado de título de Abogado, titulado como “la prescripción de las acciones provenientes de actos o contratos laborales y su contravención expresa del principio constitucional de irrenunciabilidad de los derechos e intereses del trabajador”; la tesista concluye. “La necesidad de incorporar una reforma jurídica declarando como imprescriptible a las acciones provenientes de actos o contratos laborales. La prescripción de las acciones laborales contraviene al principio de irrenunciabilidad, considerando que la prescripción no es una renuncia voluntaria de los derechos legalmente adquiridos, es una limitación a su ejercicio.”.

c) (Peña, 2017) Artículo Científico Publicado en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Asunción - Paraguay (UNA), con el título: “Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos y el Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales”, concluye.

La irrenunciabilidad de los derechos laborales, en el aspecto subjetivo, se basa en el presunto vicio del consentimiento que afectaría la voluntad del trabajador, pues se estima que el mismo carece de libertad para una sincera renuncia, por la condición de inferioridad en que lo coloca su dependencia económica con respecto al patrono. Esa coacción se mantiene durante el nexo de subordinación. En todo procedimiento laboral debería buscarse siempre la conciliación para poner fin al conflicto, por todas las ventajas que ella conlleva. A eso responde nuestro ordenamiento procesal al establecer una etapa previa de conciliación. La Conciliación constituye una vía amistosa de solución de conflicto, en el cual necesariamente interviene el juez que, en contacto directo con las partes, busca una solución de común acuerdo. La conciliación implica siempre acuerdo de voluntades.



- d) (Suarez, 2018) artículo científico en el Repositorio de la Corporación Universitaria Rafael Nuñez (CURN) de Cartagena – Colombia con el título: “La Constitucionalización del Derecho Laboral y su Fundamentación”, concluye:

Pueden verse dos líneas de dignidad humana: la una revisa la dignidad como “el valor de cada persona, el respeto mínimo a su condición de ser humano, respeto que impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social” y la otra, la entiende en un sentido relacional, esto es, de una cualidad que varía en función de los acontecimientos.

La primera de estas perspectivas resulta plausible para la fundamentación de los derechos fundamentales laborales, mientras que la segunda resulta inconveniente.

La primera perspectiva es ontológica, igualitaria y puede determinarse por la existencia humana en cuanto sí, sin importar las labores que desarrollen o el cargo que ostenten.

No obstante, lo cierto es que la idea de la dignidad representa algo valioso. Bien sea valioso como una cualidad interna por lo que somos o una cualidad externa por lo que hacemos. La idea de dignidad es relacional con la de valor de la persona humana.

Ahora bien, uno de los elementos que tiene en común las dos concepciones anteriores es que se considera valiosa a una persona, bien sea en un sentido fenomenológico, cuando tiene en cuenta aspectos externos, u ontológico, cuando tiene en cuenta aspectos internos para considerarla digna. Lo valioso es sucedáneo a todo aquello que debe ser conservado y por ende, no debe ser destruido. Si se destruye es porque no se considera valiosa o porque destrozarla es superior a mantenerla.



Lo valioso puede considerarse en circunstancias externas e internas. En el primer caso, las personas pueden ser consideradas valiosas en dos sentidos, en uno subjetivo y en otro objetivo. **En el sentido subjetivo**, la persona es valiosa porque se considera valiosa a sí misma. Sin importar que esa valoración pueda ser circunstancial y variable, como cuando una persona se considera importante por llevar a cabo una acción heroica o ejercer determinado trabajo. **En un sentido objetivo**, las personas se consideran valiosas, no tanto por lo que ellas mismas piensen, sino por lo que consideren las demás personas del colectivo social.

- e) (Castañeda, Rodríguez y Rodríguez, 2019), Trabajo titulado “Procedencia de la Acción de Tutela Como Mecanismo Excepcional para la Reclamación de Acreencias Laborales”, presentado a la Universidad Libre de Colombia para optar el título de especialización en Derecho Laboral. Los autores analizan si la ubicación de los derechos laborales en un capítulo diferente a los derechos fundamentales en la Constitución Política de Colombia, habilitan a que sean catalogados como derechos fundamentales, para lo cual se remitieron a las sentencias del Tribunal Constitucional de ese país, y concluyeron lo siguiente:

(...).

Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y los derechos fundamentales, establecidos en la Constitución Política de 1991, han sido objeto de cambios significativos gracias a los amplios razonamientos de la Corte Constitucional, la cual le ha dado la importancia, basados en Estado Social de Derecho y les ha configurado un alcance mas amplio para que puedan ser atendidos a través de la vía de acción de tutela.



De esta manera, si bien en la Constitución se encuentran los derechos fundamentales en capítulo diferente a los DESC; la Corte Constitucional ha señalado que no obedece su posición a lo que pueda ser considerado un derecho fundamental, pues a pesar que los DESC son caracterizados por su carácter prestacional, la jurisprudencia ha establecido su reconocimiento como derechos fundamentales por su estrecha relación con la dignidad del ser humano y con la necesidad de contar con un mínimo de medios materiales para el disfrute de los demás derechos especificados en la Constitución Nacional.

- f) (Vazquez, 1999) libro titulado, “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” publicado por la Editorial Astrea de la República de Argentina, el autor dentro de una de las secciones o capítulo de su obra, trata del principio de irrenunciabilidad, donde el autor precisa, que el principio de irrenunciabilidad no se fundamenta en la existencia de un vicio de consentimiento, sino en la naturaleza especial de la norma que tiene carácter protectorio.
- g) (De Diego, 2002) libro titulado, “Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, publicado por la Editorial Abeledo-Perrot de la República de Argentina, el autor dentro de una de las secciones o capítulo de su obra, trata del principio de irrenunciabilidad, sosteniendo que este principio no es absoluto, porque ninguna ley puede reglar derechos sin fijar límites, precisando que este principio sigue en evolución, de tal manera que la doctrina contemporánea habrían ideado para “perforar” el piso de irrenunciabilidad, como es la renuncia al trabajo, la conciliación, prescripción, caducidad.



1.3. HIPÓTESIS GENERAL

El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, protege con la tutela resarcitoria sobre el exceso de acumulación de vacaciones en la ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público en el Perú.

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Objetivo general

Analizar la protección del principio de irrenunciabilidad sobre el exceso de acumulación de vacaciones en la ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público en el Perú.

1.4.2. Objetivos específicos

- a) Analizar la naturaleza jurídica del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales en la protección de las vacaciones acumuladas por periodos mayores a dos ciclos laborales en la ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público en el Perú.
- b) Analizar la naturaleza jurídica del derecho a las vacaciones.
- c) Proponer la tutela resarcitoria del principio de irrenunciabilidad sobre las vacaciones acumuladas por periodos mayores a dos ciclos laborales en la ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público en el Perú.

1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Justificación teórica

El presente trabajo de investigación, guarda singularidad con las tesis existentes en la rama del derecho del trabajo a nivel local, toda vez que realizada la búsqueda y consulta en la biblioteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional



del Altiplano Puno, llámese tesis o artículos de investigación relacionados a la aplicación del principio de irrenunciabilidad a las vacaciones acumuladas que exceden los dos ciclos laborales, no se ha encontrado su desarrollo; a nivel nacional, también se realizó la búsqueda de temas relacionado mediante la herramienta del Google Académico, como resultado se encontró el desarrollo profundo del principio de irrenunciabilidad, más no su aplicación a la acumulación de vacaciones que exceden los dos años; entonces, es ahí, donde cala este trabajo de investigación, donde afirmamos que el principio de irrenunciabilidad al ser un principio de orden Constitucional, las vacaciones acumuladas que exceden los dos años, son tutelados por el principio de irrenunciabilidad, resarcido económicamente por todas las vacaciones acumuladas, siempre que no hagan prescrito.

1.5.2. Justificación práctica

El derecho a las vacaciones, como contenido del derecho del trabajo, interesa a todos los servidores y funcionario públicos, conocer la consecuencia jurídica de las acumulaciones de las vacaciones que exceden los dos ciclos laborales, que por la necesidad de servicio a la Nación su disfrute ha sido postergado para su futuro goce, acumulación que muchas veces excede los dos años, límite legal prevista en el artículo 102° del reglamento de la ley de la carrera administrativa, situación que viene causando controversia jurídica entre los empleadores de la administración pública y sus trabajadores sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276, por la falta de disposición normativa que regule la acumulación de vacaciones que exceden los dos ciclos laborales. Vacío legal que se investigó y colmó con el estudio del principio de irrenunciabilidad y el derecho a las vacaciones. El resultado de la investigación contribuirá en la solución laboral de las vacaciones acumuladas que excedieron de dos años, que también traerá a colación la seguridad jurídica sobre este derecho laboral, basado en el valor supremo del principio de la irrenunciabilidad y el orden público de los derechos laborales.



CAPÍTULO II

REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. MARCO TEÓRICO

2.1.1. Principio y regla en el derecho

La distinción entre regla y principio, en la doctrina mantienen su cuestión, dando lugar a que no es pacífica, frente a esto, el tratadista (Higa, 2017) destaca dos posiciones en la doctrina, la tesis débil y la tesis fuerte, señalando por el primero, “quienes sostienen la tesis débil, argumentan que los principios se diferencian de las reglas (...) por su alto grado de vaguedad, generalidad y abstracción. No obstante, la crítica que se formula a esta diferenciación radica en que “[...] muchas reglas también tienen un lenguaje vago y ambiguo”; por otro lado, sostiene por la tesis fuerte que, “enfatan la diferencia en las consecuencias de la aplicación de los principios y reglas, respectivamente.” Citando a Norberto Bobbio explica, “la coherencia del sistema jurídico obliga a descartar cualquier conflicto entre reglas mediante las reglas de la eliminación de antinomias”, por lo tanto, el conflicto entre reglas es inadmisibles y, además, frente a un conflicto, sólo una regla será aplicable mientras que el resto quedará invalidado. En cambio, para explicar los principios citando a Riccardo Guastini, sostiene:

[...] todo principio está, por definición y por tanto, necesariamente, en conflicto con otros principios: en suma, el estar en conflicto con otros principios es un rasgo definitorio de los principios, forma parte del concepto mismo de principio. En ese contexto, cuando sea necesario resolver el conflicto para un caso concreto, ningún principio queda invalidado sino que, como consecuencia de un juicio de ponderación, se determina cuál tiene el mayor grado de aplicación y se desplaza al resto temporalmente. [...].

Asimismo, la tesista (Caxi, 2017) sobre su análisis de la distinción entre principios y reglas, también los hace desde la posición de la distinción débil y distinción fuerte, citando a Humberto Ávila, quien a la vez se apoya en Esser y Larenz, donde para el



primero, la diferencia entre principio y regla sólo sería una distinción cualitativa, dado que el principio tendría la función de fundamento normativo para la toma de decisiones; mientras para el segundo, el principio constituiría el fundamento normativo para la interpretación y aplicación de derecho, concluyendo entonces, que la característica del principio sería la función de fundamento normativo que cumpliría para la toma de decisiones.

En cambio, por el lado de la distinción fuerte, citando Ronald Dworkin y Robert Alexy, sostiene por el primero, por su aplicación, las reglas serían aplicables a la manera de todo -o-nada, en cambio, los principios tendrían una dimensión de peso o importancia que no tendría la regla y, por el segundo, sostiene el “núcleo” de la distinción entre reglas y principios, se situaría en la forma en que exigen ser cumplidos, las reglas exigen su cumplimiento pleno, mientras los principios exigen ser optimizados, esto es, los principios serían mandatos de optimización que estarían caracterizado por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento depende de las posibilidades reales y jurídicas, así frente a la colisión de principios, la solución no es la determinación inmediata de la prevalencia de un principio sobre otro. A diferencia del conflicto de reglas que se lleva a cabo en la dimensión de validez, la colisión de principios tiene lugar en la dimensión de peso, la que se establecería en función de la ley de ponderación.

Asimismo, por la función que cumplen los principios en el ordenamiento legal, la tratadista (Pacheco, 2015) sostiene:

Es necesario distinguir entre los principios generales del Derecho y los propios de una disciplina. Los primeros, [...], son verdades anteriores y superiores a la norma legal, que constituyen su fundamento último y primordial, con una triple función: la de informar y fundamentar el orden jurídico; servir como fuente supletoria ante el vacío o la laguna legal y operar como criterio orientador en la labor interpretativa del juez”, habiendo precisado que, “en la Constitución Política del Perú [...] encontramos dos artículos que hacen referencia a los principios generales del



derecho: el 139.8 y el 181. El primero de ellos se refiere al deber de administrar justicia ante el vacío o deficiencia de la ley, [...]. Y el segundo, establece el deber del Pleno de Jurado Nacional de Elecciones de resolver “con arreglo a ley y a los principios generales del derecho. (...). Por tanto, puede afirmarse que junto a los principios generales del Derecho, que son anteriores a la ley positiva y que la fundamentan, existen otros, de carácter menos general, que informan una rama del ordenamiento, por mandato constitucional o legal.

Por lo señalado se colige, la distinción plena entre regla y principio, es a partir de su aplicación y consecuencia jurídica, donde la regla al mantener una coherencia en el sistema jurídico mediante la aplicación de las reglas de la eliminación de la antinomia, es inadmisiblesu conflicto entre ellas, donde la aplicación de las reglas a una solución de un caso concreto, no prima el juicio de ponderación, sino la aplicación de la regla es plena o nada, dando lugar a la invalidación del resto de las reglas; en cambio, el principio como verdad superior y anterior a las normas de orden público del sistema jurídico, se mantienen en conflicto con otros principios, siendo ésta la característica singular, que frente a su aplicación a un caso concreto, se optimizan por su peso e importancia aplicando el juicio de ponderación, esto es, el principio optimizado resulta aplicable al caso concreto, mas no prevalece inmediatamente sobre el resto de los principios, sino estas últimas quedan desplazadas temporalmente.

Asimismo, los principios generales del derecho como valor y verdad anterior del ordenamiento jurídico, existen también principios propios de una rama del derecho, sin que ello signifique la desvinculación absoluta de los principios generales de derecho, sino su integración estará siempre latente como señala Luz Pacheco citando la STC recaído en el expediente 0047-2004-AI.

2.1.2. Los principios del derecho de trabajo

El tratadista (Plá, 1990) sostiene, “Los principios del derecho de trabajo constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico del trabajo, por lo que no pueden haber contradicción entre ellos y los preceptos legales, (...) y lo más importante, es que



son distintos de los que existen en otras ramas del Derecho y permiten justificar la especialidad del Derecho Laboral”.

En esa misma línea, el tratadista (Boza, 2011), partiendo de la función de los principios del derecho del trabajo, sostiene, “a partir de la lógica protectora sobre la que se asienta el derecho de trabajo desde su origen histórico, irrumpen los principios generales del mismo, entendidos como ideas fundamentales e informadoras del ordenamiento jurídico laboral, cuya finalidad es la de orientar su actuación y cimentar su naturaleza tuitiva o protectora”.

Por otro lado, (De Diego, 2004) por los principios del Derecho del Trabajo, define, “Se denomina así a las reglas o pautas inmutables que rigen la materia y que tienen por fin salvaguardar la dignidad del trabajador y protegerlo de los eventuales abusos del empleador, además de preservar la unidad sistemática y orientar al interprete como al legislador dentro de una rama específica”, corriendo el mismo sendero, los tratadistas (Capon, F. , Giorlandini, E., 1987) citando a Alonso García, sostienen, “los principios son aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones laborales con arreglo a criterios de los que pueden darse en otras ramas del derecho”

Así, el Tribunal Constitucional en la STC recaído en el expediente 008-2005-PI/TC, fundamento 20), otorgó una definición a los principios laborales constitucionales como, “[...] reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas”.

Por otro lado, respecto a los diversos principios del derecho de trabajo analizado desde el plano de su función, el profesor (Neves J. , 2018), sostiene:

[...] los principios del derecho de trabajo, como la identificación de las diversas funciones que ellos cumplen respecto del ordenamiento, (...), los principios son



líneas directrices que informan a las normas e inspiran soluciones y sirven en diversas fases de la vida normativa., añade respecto al último, “Podemos señalar las siguientes: para la producción de las normas, momento en que debe acudirse al carácter protector del derecho de trabajo; para su interpretación, actividad en la cual el principio apropiado es el *in dubio pro operario*; para su aplicación, oportunidad en la que resolvemos un conflicto mediante la norma más favorable, o retenemos ventajas alcanzadas a través de la condición más beneficiosa; y para su sustitución, supuesto en el cual acudimos a los métodos de integración. Asimismo, se utilizan en hipótesis de afectación de derechos, por diversas vías (la primacía de la realidad, la irrenunciabilidad de derechos, la igualdad y la propia condición más beneficiosa desempeñan este papel)”.

Por lo señalado, si bien se tiene una pluralidad de principios del Derecho de Trabajo, empero, nos limitaremos a desarrollar el principio de irrenunciabilidad de derechos como objeto de análisis y estudio de la presente investigación, no dejando de ser importantes los otros principios citados, sino por su falta de pertinencia con el objeto de investigación, no serán desarrollados.

2.1.3. El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales

El principio de irrenunciabilidad en la doctrina ha sido analizada su fundamento desde tres posiciones, situaciones que hacen vulnerable para dar su definición; así, en una primera posición sustenta como la expresión tuitiva del derecho de trabajo, esta erigido sobre la hipótesis de afectación de derechos laborales como causa de la desigualdad y desventaja en la que se coloca el trabajador en la relación jurídica laboral, y a la vez, constituye limitativa a la libertad individual del trabajador -autodeterminación-, poniendo el manto de nulidad a los actos de renuncia que efectúa el trabajador sobre sus derechos socio laborales activadas con la relación laboral, derechos que derivan de las fuentes jurídicas limitadas como los cuerpos normativos, que son por su naturaleza de orden público e imperativas.

Así también, otro sector de la doctrina que fundamenta el principio de irrenunciabilidad de derechos desde la perspectiva de la situación de desigualdad del trabajador respecto a su empleador o la incapacidad del trabajador para negociar el



contrato de trabajo, esto es, el foco de atención del principio de irrenunciabilidad de derechos no es propiamente la protección a la normativa laboral, sino la protección recaería a las situaciones de hecho como la “desigualdad en la contratación” de la parte débil de la relación jurídico laboral, el trabajador.

Por otro lado, un sector de la doctrina considera que el principio de irrenunciabilidad de derechos se funda en la protección a las normas del derecho de trabajo y a las situaciones de desigualdad en la que se encuentra el trabajador frente a su empleador.

Para efectos de dar una definición al principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, dependerá de la teoría que adopte el ordenamiento jurídico en materia laboral, sólo a partir de ahí saldrá la luz de su fundamento, definición y la determinación de su alcance, siendo entonces, necesario desarrollar las teorías al respecto.

Asimismo, es menester precisar la naturaleza diferenciadora del principio de irrenunciabilidad del principio protector y a su vez de complementación que hay entre ambos. El tratadista (Pasco, 2005) citando a Plá Rodríguez, señala por el principio de irrenunciabilidad, “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho Laboral en beneficio propio” y, citando a Gonzales Hunt, sostiene que, puede ser también enunciado como “la ineficacia de la privación voluntaria por parte del trabajador de aquellos derechos que resulten indisponibles”, luego realiza un análisis sobre la cuestión de si el principio de irrenunciabilidad es o no derivación del principio protector, dada que un sector de doctrina en la Argentina como Vázquez Vialard quien toma la opinión de Justo López, para afirmar, “la irrenunciabilidad sería así una proyección o una prolongación del principio protector, a partir de la premisa de que si las normas laborales pudieran ser objeto de abdicación, carecerían de objeto y quedaría el trabajador huérfano de la protección que ellas le confieren y que son, en esencia, su razón de ser”, a quién Pasco refuta la posición citada, sosteniendo.



Es indudable que entre ambos principios existe un estrecho vínculo, mas no de subordinación, sino de complementación; no hay entre ellos una relación de causal, sino que ambos apuntan en una misma dirección, comparten una misma finalidad y la irrenunciabilidad opera como un instrumento que completa y perfecciona el principio protector. (...), la irrenunciabilidad no deriva del principio protector, sino que lo completa, lo perfecciona, le da eficacia. (...), la dota de invulnerabilidad, lo cual en último término, viene a significar que se protege al trabajador incluso contra sí mismo, al limitarse la autonomía de su voluntad.

2.1.3.1. Teorías del principio de irrenunciabilidad

El principio de irrenunciabilidad de derechos, para su aplicación al caso concreto frente a la afectación de derechos laborales irradiados de cuerpos normativos y cuerpos no normativos o de ambos, la interrogante nace ¿si el principio de irrenunciabilidad tiene límite en la protección de derechos erigidas únicamente del cuerpo normativo o también es extensiva a los derechos reconocidos en cuerpos no normativos o de ambos?, aquí la doctrina mantiene sus posiciones no pacíficas.

El punto de inicio para fundar cuál teoría adopta nuestro ordenamiento jurídico en materia laboral, radica en el análisis de la fuente de derechos laborales, donde la Constitución Política del Perú, daría luces que el principio de irrenunciabilidad estaría reservada a los derechos derivados de la ley, no habiendo entrado a explicitar aquellos derechos que provendría de los acuerdos colectivos, pese a su constitucionalidad ni mucho menos precisa a los derechos provenientes de acuerdo individual mediante los contratos de trabajo, situaciones que hacen el surgimiento de las teorías sobre el principio de irrenunciabilidad para su aplicación.

El tratadista (Higa, 2017) sostiene, “el principio de irrenunciabilidad de derechos requiere tener un fundamento importante, consistente y coherente, dada la importancia de la autonomía privada en el ordenamiento”.



Por la autonomía de voluntad (Diez Picazo, L., Gullón, A., 1975) sostienen, analizando desde la perspectiva de la teoría general del derecho.

Dentro de las causas de extinción de los derechos subjetivos [...]. La renuncia constituye -se ha dicho- uno de los aspectos con los cuales se afirma más en la vida la libertad en que consiste el derecho subjetivo”, donde la supresión de la autonomía privada como principio general del derecho, “[...] llevaría consigo la total anulación de la persona y su conversión en puro instrumento de la comunidad”, esto es, la autonomía privada se encuentra ligado al derecho subjetivo de la libertad y su ejercicio constituye la excelencia para crear, modificar o extinguir un negocio jurídico, siendo la renuncia un acto también de excelencia para extinguir derechos y, la limitación a la autonomía privada, convierte a la persona en un instrumento.

Esto analizado desde la perspectiva de la teoría general del derecho, situación que no es equiparable al ordenamiento jurídico en materia laboral, dada la diferencia existente entre las partes de la relación laboral, además, de su carácter protector o tuitivo.

Así, el tratadista (García, 2013) sostiene, “El principio de irrenunciabilidad de derechos [...] se justifica ante el reconocimiento de la condición subordinada del trabajador en la relación de trabajo y su incapacidad para lidiar con éxito permanente ante las exigencias económicas de la vida coexistencial”. Si la exigencia económica del trabajador es permanente y dada su incapacidad negociadora frente a su empleador, inspira que el principio tendría alcance a los derechos laborales reconocidos en los cuerpos normativos y no normativos, situación que abre la cuestión a las teorías.

Respecto a las teorías, (Higa, 2017) apelando a la clasificación propuesta por la doctrina uruguaya, propone la existencia de hasta tres teorías para dar justificación al principio de irrenunciabilidad, así, precisa que la doctrina nacional no habría desarrollado ni tampoco habría adoptado dichas teorías, pasando a señalar: “[...]. La teoría objetiva, basada en la naturaleza de las normas que conforman el derecho Laboral; la teoría subjetiva, basada en la situación de desigualdad del trabajador respecto del empleador; y, finalmente, la teoría mixta, que toma en cuenta, tanto la naturaleza de las normas que



conforman el Derecho Laboral como la situación de la desigualdad del trabajador respecto de su empleador”.

2.1.3.1.1. Teoría objetiva

Por la teoría objetiva, el principio de irrenunciabilidad de derechos pone el manto protector al ordenamiento jurídico en materia laboral que reconoce a favor del trabajador determinados derechos, como se diría, el bien jurídico protegido por el principio de irrenunciabilidad, es el ordenamiento jurídico laboral, mas no protege la situación de desigualdad en la que se encuentra el trabajador ni su incapacidad negociadora, de estos últimos se encargó el principio protector inspirando la creación de normas laborales, éstas normas laborales vienen a constituir objeto de protección del principio de irrenunciabilidad de derechos frente a los actos de renuncia que efectuó el trabajador como ejercicio de su autonomía de voluntad frente a su empleador. Respecto a lo señalado, se tiene la posición de los tratadistas siguientes:

El maestro (Plá, 1998) sostiene por el principio de irrenunciabilidad como “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho Laboral en beneficio propio”, que también el tratadista (Pasco, 2017) citando a César González Hunt, señala por el principio enunciado como “la ineficacia de la privación voluntaria por parte del trabajador de aquellos derechos que le resulten indisponibles”. Asimismo, el tratadista (Higa, 2017), por el principio aludido, sostiene.

[...], el principio de irrenunciabilidad de derechos se sustenta en la naturaleza de las normas del ordenamiento laboral que reconocen derechos y constituye un mecanismo de autodefensa normativa de ordenamiento jurídico laboral. Así, a través del principio de irrenunciabilidad de derechos se impide la comisión de actos fraudulentos en contra del ordenamiento jurídico laboral, consistentes en la negación y/o desnaturalización de la regulación mediante actos realizados en ejercicio de la autonomía de la voluntad.



En esa misma línea (Ramos, 2002) sostiene, “El principio de irrenunciabilidad de derechos: [...] es un instrumento sin el cual el Derecho del Trabajo se desnaturaliza, ya que su posible derogación en el ámbito individual de la relación de trabajo conduce, lisa y llanamente, a la desarticulación del sistema de derechos y garantías que solo este sector del ordenamiento jurídico puede proporcionar a quien trabaja por cuenta de otro y en beneficio de este”.

Asimismo, el tratadista (Boza, 2011) sostiene, “El principio de irrenunciabilidad opera como un mecanismo de autodefensa normativa en apoyo del trabajador, que por su inferior posición contractual frente al empresario, podría terminar dejando de lado, aún contra su voluntad, derechos que le concede el ordenamiento jurídico.” Remitiéndose a la STC de 20 de enero de 2005, recaída en el expediente N° 3156-2004-AA/TC, precisa, “el fundamento del principio de irrenunciabilidad es doble, (...): el espíritu protector que inspira al derecho del trabajo y el carácter imperativo de las normas que informan dicha disciplina”; a esta postura coadyuva (Arevalo, 2016) quien sostiene, “El principio de irrenunciabilidad niega la validez jurídica a todo acto del trabajador que implique una renuncia a sus derechos laborales, constituyendo una limitación a la autonomía de la voluntad. Este principio busca evitar que el trabajador urgido por la necesidad de conseguir o continuar con un empleo, acepte la imposición por parte del empleador de determinadas condiciones lesivas a sus derechos laborales, haciendo ilusoria la protección que la legislación laboral le concede.”.

Por el orden imperativo del Derecho en las normas del derecho laboral, el tratadista (Neves J. , 2018) sostiene:

Un derecho puede nacer de una norma dispositiva o imperativa. En el primer caso, su titular puede decidir libremente sobre él. El acto que contenga esta decisión será de disposición. En el segundo caso, el titular del derecho no puede abandonarlo por su voluntad. Si lo hace, su acto será de renuncia. Mientras la



disposición es válida, la renuncia no. El derecho del trabajo está lleno de normas mínimas -imperativas hacia abajo y dispositivo hacia arriba-. Por tanto, los derechos reconocidos a los trabajadores son indisponibles para estos respecto de su parte imperativa pero no de la dispositiva.

Respecto a las normas dispositivas e imperativas, el Tribunal guardián de los derechos Constitucionales, en la sentencia recaída en el expediente 008-2005-PI/TC, fundamento 24, precisó:

(...) un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto, la irrenunciabilidad es sólo operativa en el caso de la segunda.

La norma dispositiva es aquella que opera sólo cuando no existe manifestación de voluntad o cuando ésta se expresa con ausencia de claridad. El Estado las hace valer únicamente por defecto u omisión en la expresión de su voluntad de los sujetos de la relación laboral. Las normas dispositivas se caracterizan por suplir o interpretar una voluntad no declarada o precisar y aclararla por defecto de manifestación; y por otorgar a los sujetos de una relación laboral la atribución de regulación con pleno albedrío dentro del marco de la Constitución y la ley. Ante este tipo de modalidad normativa, el trabajador puede libremente decidir sobre la conveniencia, o no, de ejercitar total o parcialmente un derecho de naturaleza individual.

Al respecto, puede citarse el caso del derecho a vacaciones contemplado en el Decreto Legislativo N° 713, en donde se establece que el trabajador tiene derecho a treinta días naturales de descanso remunerado al año y, dentro de ese contexto, por la prerrogativa de la voluntad establecida en dicha norma, este puede disponer hasta de quince días para continuar prestando servicios a su empleador, a cambio de una compensación extraordinaria. Por ende, tiene la capacidad autodeterminativa de decidir un “canje” sobre aquello.

En cambio, la norma taxativa es aquella que ordena y dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese sentido, el trabajador no puede “despojarse”, permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma.

2.1.3.1.1.1. La indisponibilidad como concepto de mayor afinidad a la irrenunciabilidad

La indisponibilidad como concepto de mayor afinidad al principio de irrenunciabilidad, el tratadista (Pasco, 2005) sostiene, “Los términos indisponibilidad e irrenunciabilidad son claramente afines, casi sinónimos, aunque pueda establecerse alguna sutil diferencia. En realidad, indisponibilidad es un concepto más amplio, que guarda con el de irrenunciabilidad una de género especie”, que el tratadista (Higa, 2017)



para una amplia protección de derechos laborales, afirma que “[...] la indisponibilidad proscribire los actos de disposición”. Siendo necesario dar contenido a la atribución o acto de disposición como acto contrario a la indisponibilidad.

Para efectos de su comprensión íntegra del derecho de disposición en materia laboral, el tratadista (Pasco, 2005) recurriendo a la sentencia CIDH 12.034-5 pensionistas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala:

El derecho o la facultad de disposición es uno de los atributos inherentes al derecho de propiedad, y comprende no solo la capacidad para renunciar, sino para transferir. Los derechos laborales, como todo derecho, son bienes que pertenecen al patrimonio del trabajador, el cual tiene respecto de ellos un derecho de propiedad. Dicho razonamiento de la CIDH en interpretación del tratadista mencionado concluye, “Los derechos laborales son transferibles: un trabajador puede disponer de ellos, en tanto la transferencia sea onerosa y no conlleve renuncia. Así, por ejemplo, la legislación peruana, que confiere preferencia absoluta a los créditos laborales frente a cualquier acreencia contra el empleador, contempla que dicho privilegio se extiende a quien sustituya total o parcialmente al empleador en el pago directo de tales obligaciones (artículo 2 del Decreto Legislativo 856). Si los derechos laborales fueran indisponibles, tal posibilidad estaría cerrada.

Si la ley dispone la irrenunciabilidad de derechos, no excluye necesariamente la indisponibilidad de ellos, sino solo de aquellos actos de disposición que importen una renuncia. A la inversa, si la ley consagrara la indisponibilidad, implicaría en todos los casos la proscripción de la renuncia.

2.1.3.1.1.2. Grados de imperatividad de la irrenunciabilidad

El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales si bien encuentra su fundamento en la imperatividad de las normas laborales, que viene a ser una situación clara, empero, la cuestión radica si estas normas imperativas son absolutas o relativas, para ello es menester referirnos a (Vázquez, 1982), quien “indica como fundamento de la irrenunciabilidad el hecho de que la indisponibilidad surge de la ley como un modo de asegurar la protección de los derechos que ella consagra”, así también (Guerrero, 2003), en un juicio de síntesis distingue entre el fundamento y la finalidad, esto como sigue:

El principio de irrenunciabilidad se desprende de la naturaleza de orden público de los beneficios y garantías, con carácter de mínimos, otorgados a los



trabajadores. El objeto de este principio es la protección de quien, por su condición de debilidad en lo económico, puede ser fácilmente víctima al renunciar el ejercicio de un derecho, ante la oferta inferior, pero que le resuelve una necesidad urgente e inmediata. El principio de la irrenunciabilidad de derechos es absoluto cuando perjudica al trabajador, y relativa solo en beneficio de este.

En nuestro medio, la jurisprudencia no ha determinado el grado de imperatividad del principio de la irrenunciabilidad de derechos, sino el tratadista (Pasco, 2005) remitiéndose a Luiz de Pinho Pedreira Silva, quien analizó la doctrina española sobre los grados de la fuerza imperativa, sostiene, “La doctrina española distingue tres grados a dicha fuerza imperativa o, como derivación de ellos, tres tipos de normas: (i) imperativa o categóricas o de imperatividad absoluta o de derecho necesario absoluto; (ii) de imperatividad relativa o limitadamente categorías o de derecho necesario relativo; y, (iii) dispositivas o supletorias”.

Respecto a las categorías de las fuerzas imperativas de las normas (Borrajo Da Cruz, 1978) sostiene:

Las categorías -de derecho necesario absoluto- son a tal punto imperativas que no admiten margen alguno para modificación en niveles inferiores, ni siquiera a favor del trabajador. “no pueden ser desconocidas o modificadas por las partes de la relación individual de trabajo ni tampoco por las de negociación colectiva”. Son normas absolutas que fijan no solo el piso sino también el techo en la materia por ellas regulada. En cambio, las normas de imperatividad relativa solo consagran un mínimo y toleran, por ello, avances a favor del trabajador a través de las normas descendentes o subalternas. “Establecen un principio o criterio que las partes han de acatar, pero del que podrán apartarse siempre y cuando con tal modificación o, mejor dicho, con tal variación se realice más plenamente el objetivo perseguido por la propia norma”. Son estas las más frecuentes u ordinarias en el derecho laboral, el típico “piso” normativo.

Por las normas dispositivas (Campos L. , 1976), señala, “Normas dispositivas o autorizantes o permisivas son aquellas que “ofrecen a la autonomía de las partes diversos regímenes jurídicos alternativos para regular una materia concreta, o las que expresamente autorizan a las partes a configurar una relación contractual diferente”.



En ese sentido, el principio de irrenunciabilidad como dice (Pasco, 2005), son “Las normas imperativas o de derecho necesario absoluto y las normas de imperatividad absoluta relativa o de derecho necesario relativo. Estas últimas no actúan con carácter residual, sino como norma mínima respecto de los derechos que reconocen a los trabajadores, lo que se traduce en que es válido el acuerdo que los mejore e inválido el que los perjudique. En cambio, en las dispositivas o discrecionales campea la autonomía de la voluntad y el principio de irrenunciabilidad no actúa”.

2.1.3.1.1.3. Ámbito objetivo o material del principio de irrenunciabilidad de derechos

Para la teoría objetiva, resulta inválida todo acto de renuncia del trabajador a los derechos franquados en el ordenamiento jurídico en materia laboral, por ser de orden público, este último para (Garmendia, 2001) es: “[...] conjunto de valores de la vida que por la especial trascendencia que asumen en determinado estadio de la evolución social, pasan a integrar la conciencia jurídica colectiva y se constituyen en objetos de tutela privilegiada por parte del Derecho”. Asimismo, para (De Bartolomé, 2002):

Orden público es un concepto normativo, de modo que esos valores superiores que merecen tutela privilegiada”, citando a Peces Barba concluye, “lo son de Derecho y se construyen a través del derecho como forma de organización de la vida colectiva. En consecuencia, y en tanto valores superiores, su interpretación deberá partir de la norma de mayor jerarquía de nuestro ordenamiento que es la Constitución, norma que además supone el sistema de preferencias prioritarias y fundamentadoras de la convivencia colectiva. [...] sólo así se tratará jurídicamente lo que es jurídico.

Asimismo, (Higa, 2017) sostiene, “[...] en la teoría objetiva se parte de la idea de que las normas laborales que reconocen derechos protegen un interés de la colectividad”, citando a Antonio Ojeda Aviles señala, “[...] el objetivo final de esta rama del Derecho tiene como parte muy importante el logro de un nivel social y económico, de un tenor vital que se estima como mínimo, y por debajo del cual no se piensa permitir que caiga



ninguna persona que ofrezca su trabajo subordinadamente”. Porque como bien afirma (Canessa): “[...] las normas laborales son imperativas debido a su carácter de orden público”.

El orden público como institución jurídica, la doctrina lo ha calificado con diferentes nociones partiendo desde sus consecuencias, que a postulación de (Garmendia, 2001) es: “La mayor parte de la doctrina laboralista ingresa al estudio del orden público a partir del análisis de las consecuencias que el mismo determina respecto de los efectos que habrán de estar presentes en las normas jurídicas. De este modo se tiende a identificar al orden público con nociones tales como imperatividad, intangibilidad, indisponibilidad, irrenunciabilidad, etc”. Así, para el tratadista (Caivano), “[...] la imperatividad es una herramienta de la que se vale el orden público para lograr la tutela del interés general”.

2.1.3.1.1.4. El orden público laboral en el ámbito objetivo o material del principio de irrenunciabilidad de derechos

Sobre el orden público laboral, el tratadista (Dolorier, 1994), sostiene que la construcción de este concepto se ha producido al igual que todo el ensamblaje de Derecho del Trabajo, como resultado de amplias y elaboradas discusiones jurídicas. Habiendo citado una primera posición esgrimida por Alarcón Caracuel, quién:

(...) niega la existencia del orden público laboral que, presuntamente, estaría integrado por el conjunto de normas mínimas imperativas dispersas en el ordenamiento jurídico laboral. Llega a esta conclusión en base a dos argumentos: las normas relativamente imperativas no son de orden público, protegen al trabajador y en ningún caso contemplan prioritariamente el interés general, rasgo distintivo que define el orden público y que impide su segmentación en diversos “ordenes públicos.



El mismo Dolorier Torres, si bien cita la posición de Alarcón Caracuel, empero, no comparte dicha posición, sino contrariamente afirma que existe el orden público laboral, para lo cual precisa la naturaleza jurídica de los mínimos estatales, como sigue:

(...) al describir la naturaleza jurídica de los mínimos estatales, se aprecia que éstos responden justamente a un interés social que el Estado entiende como prioritario en una sociedad, cual es la de proteger a la parte débil de la relación laboral asegurándole un mínimo de beneficios invulnerable por la autonomía individual o colectiva, orientados en la búsqueda de la igualdad sustancial entre los grupos sociales, constituyendo también un innegable soporte a las representaciones de los trabajadores. Además, la “segmentación” a la que se refiere Alarcón constituye simplemente un referente doctrinal al que se acude para definir los diferentes componentes que sirven de límite a la autonomía colectiva, lo cual no desconoce su carácter de imperativo. Y (...) son los intereses generales de toda la colectividad los que determinan el orden público laboral y no los intereses particulares de los interlocutores sociales.

Así, (Martin, 1978), sostiene, en la base de imposición de mínimos se encuentra la noción de orden público, así, “la regulación de mínimos tiene un carácter político, pues parte de una decisión estatal de fijar una escala mínima de derechos para los trabajadores que debe ser respetada por la voluntad individual y colectiva”. (Ramos, 2002) sobre el orden público laboral señala, “Ante las normas imperativas o de “orden público laboral”, cuando el legislador dispone algo sobre una determinada materia, figura o institución, no permite otra ordenación jurídica de índole diferente. Ello impide que ni en el ámbito individual ni en el colectivo se puede disponer de los contenidos establecidos normativamente porque, sencillamente, la desvinculación de la norma no está permitida”.



Siendo así, el tratadista (Higa, 2017) citando a Tomás Sala Franco, concluye, “El principio de irrenunciabilidad de derechos solo será aplicable para las normas que, además de imperativas, sean de orden público por defender intereses colectivos de la comunidad”. Y, citando a Héctor Babace, “las normas que reconocen derechos laborales protegen el interés de una colectividad (la clase trabajadora), con lo cual son de orden público y por tanto, inmodificables mediante el ejercicio de la autonomía privada”

Por lo señalado, el orden público laboral es una construcción propia del Derecho de Trabajo, entendido como conjunto de normas laborales de carácter imperativo y de orden público que reconocen beneficios mínimos al trabajador y, al tener carácter tuitivo, implícitamente lleva un contenido de protección a los intereses generales -la clase trabajadora-, porque las normas laborales obedecen a una política social del Estado fundado en la dignidad y el bienestar del trabajador, estableciendo mínimos estatales y a la vez garantizando su vigencia, para lo cual, inclusive limita la autonomía privada y colectiva, que frente a una transgresión por renuncia a derechos laborales, el principio de irrenunciabilidad de derechos invalida dichas renunciaciones.

2.1.3.1.1.5. Ámbito temporal del principio de irrenunciabilidad de derechos

El tratadista (Neves, 2018), respecto al ámbito temporal de la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos, sostiene:

En lo referido al ámbito temporal de aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos, nos interesa distinguir la oportunidad desde la que se prohíbe el acto de renuncia de aquella en la que se adquiere un derecho [...]. Un derecho es irrenunciable desde que se constituye la relación laboral, siempre que esté amparado por una norma imperativa, aunque todavía los requisitos para su disfrute no se hayan producido y, por consiguiente, el derecho no se haya adquirido.

Pongamos el siguiente ejemplo. Si un trabajador acuerda con su empleador al inicio de la relación laboral que no tendrá vacaciones, el pacto es inválido por infringir una norma imperativa, aun cuando en esa fecha el trabajador no había cumplido el tiempo de servicios requerido para la percepción del beneficio.



El derecho nacido de una norma imperativa, por otra parte, es irrenunciable más allá de la extinción de la relación laboral, mientras no se cumpla con hacerlo efectivo. En otras palabras, si resuelto el contrato de trabajo el empleador tuviera deudas pendientes con el trabajador; este tiene derecho a reclamarle su pago. Aquí hay que tener en cuenta los términos para la prescripción de la acción de cobro que establece el ordenamiento.

Por lo señalado, el principio de irrenunciabilidad de derechos en su ámbito temporal, se irradia desde la suscripción del contrato de trabajo, así como durante la ejecución o vigencia del contrato y hasta después del término de la relación laboral, dado que los derechos laborales como imperativo y de orden público, no pueden ser desconocidas o desnaturalizadas en perjuicio del trabajador por el ejercicio de la autonomía de voluntad del trabajador o colectiva, así como tampoco el empleador puede negar un derecho laboral, disminuyendo o desconociéndola con motivo de contratación a un trabajador aprovechando de su estado de necesidad de trabajo. Frente a estos hechos, el principio de irrenunciabilidad de derechos como instrumento de garantía de derechos laborales en el tiempo, invalida los actos de disposición por renuncia, desde la contratación, vigencia del contrato y hasta después de la extinción del vínculo laboral, con la única limitación de la prescripción extintiva.

2.1.3.1.1.6. Ámbito subjetivo del principio de irrenunciabilidad de derechos

El tratadista (Higa, 2017) respecto al ámbito subjetivo del principio de irrenunciabilidad de derechos, sostiene:

Siguiendo la teoría objetiva del principio de irrenunciabilidad de derechos, el principio podrá ser aplicable a las renunciaciones formuladas, tanto por los trabajadores como por las organizaciones sindicales, porque a ambos el ordenamiento jurídico laboral les reconoce derechos laborales. Por tanto, las normas en las que tales derechos son reconocidos deberán ser consideradas de orden público sobre las que no cabe renunciar.

Sin embargo, el principio de irrenunciabilidad de derechos no será aplicable al empleador debido a que, como es obvio, no forma parte de la clase “trabajadora” cuya protección se persigue. Inclusive, y por las mismas razones, ni siquiera será aplicable cuando el empleador renuncie a su poder de dirección.



Complementa, ahora bien, ello no quiere decir que sea válido que el empleador renuncie a su poder de dirección. Por el contrario, cuando el empleador renuncia al poder de dirección, está declinando la posibilidad de conducir la prestación del trabajador y, sin poder de dirección, no existiría subordinación”, citando a Neves Mujica el poder de dirección es, “sujeción de un lado, y dirección del otro, son los dos conceptos centrales del concepto”. Siendo así, la renuncia de poder de dirección, traería consigo la ausencia de subordinación y, al ser este último un elemento esencial de la relación de trabajo, originará la extinción del vínculo laboral.

Frente a un posible escenario de renuncia al poder de dirección, (Higa, 2017), analiza que podría ocurrir hasta dos supuestos de hecho: “(i) el trabajador no continúe prestando servicios; o, por el contrario, (ii) que el trabajador se muestre conforme con la renuncia formulada por el empleador y que el vínculo subsista”:

En el primer caso, la renuncia será inválida: (i) directamente, porque la relación laboral se habría extinguido por la decisión unilateral del empleador sin respetar lo previsto en el artículo 22 y siguientes del Decreto Supremo N° 003-97-TR, [...]; o, (ii) indirectamente, porque a través de la figura de la renuncia [autonomía de la voluntad] se habría defraudado las normas que regulan la extinción del vínculo laboral por la decisión unilateral del empleador, que citando a Plá Rodríguez, constituiría un fraude a la ley.

En el segundo caso, frente a la conformidad del trabajador y a la subsistencia del vínculo, no habría razón para invalidar dicha renuncia. En efecto, en términos laborales, se habría extinguido el vínculo por acuerdo entre las partes, lo cual es válido según lo dispuesto en el inciso d) del artículo 16 de la LPCL. Así pues, lo que se habría producido en ese supuesto, en vista de que el vínculo continúa, es una novación objetiva.

Respecto a la novación objetiva el tratadista (Castillo, M. y Osterling, F., 1997), sostiene, “La novación es un medio extintivo de obligaciones, la misma que puede tener su origen tanto en la voluntad como en la ley y cuyo objeto es extinguir una obligación, pero a la vez crear otra cosa. En ese sentido, la novación se distingue de otros medios extintivos de obligaciones, los que únicamente tienen por finalidad “extinguir”, ya que a



través de la novación siempre se dará origen a una obligación nueva y diferente”. Institución jurídica llevado al plano laboral por (Higa, 2017) sostiene, “Así pues, en el caso expuesto se habría extinguido una obligación (laboral) al haber sido sustituida por otra (civil o mercantil); y ello constituye una novación, justamente al haberse variado un elemento esencial de la primera obligación (la subordinación)”.

2.1.3.1.1.7. Principio de irrenunciabilidad de derechos exclusivo de derecho laboral

El derecho común como rama del derecho antiquísima y vigente, si bien en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil dispone, “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”, dicho precepto legal, pareciera a simple vista ser suficiente para garantizar la vigencia y su esencia de los derechos laborales que se erigieron del principio protector; sin embargo, la cuestión radica en la interpretación y aplicación a problemas jurídicos laborales, donde en la esencia del “orden público” del derecho común, la renunciabilidad es válida, por consiguiente, si esto fuera así, los derechos laborales quedarían desarticulados como afirma (Ramos, 2002), por ello, el principio protector como inspirador de la creación de derechos laborales, requería de otro principio para su garantía y cumplimiento propio del derecho de trabajo, y ese es el principio de irrenunciabilidad, que (Pasco, 2005) acertadamente señaló,

La irrenunciabilidad no deriva del principio protector, sino que lo completa, lo perfecciona, le da eficacia. (...). La irrenunciabilidad requiere para su eficacia ir acompañada de la nulificación absoluta de los actos que la plasman. Por lo general, las normas que se refieren a aquella consagran este efecto como parte de la misma. Esto es natural y necesario, no solo porque si la renuncia no conllevara sanción, sería una recomendación, no un mandato imperativo, sino porque en muchos ordenamientos la nulidad de un acto jurídico solo opera cuando tiene carácter específico y expreso. Si la normativa consagrara la irrenunciabilidad como simple desiderátum, el acto consagrador de la renuncia no podría ser invalidado, por falta de norma que así lo determinara.

Por otro lado, (Higa, 2017) citando a Díez Picazo y Gullón Antonio sostiene, “Confiado el derecho subjetivo al arbitrio de su titular, este tiene, por regla general, la



posibilidad de realizar los actos que afecten a la sustancia y a la subsistencia misma del derecho. Llamamos a esta posibilidad poder o facultad de disposición y, en síntesis, consiste en enajenar o transmitir el derecho a otra persona, constituir a partir de él otros derechos limitados o menores y extinguir el derecho renunciándolo”, citando a Giorgi afirma, por estas razones en la doctrina civil se ha señalado que las normas “[...] serán imperativas cuando acompañen las palabras bajo pena de nulidad, no podrán, deben u otras equivalentes”.

En el ámbito laboral, (Martin Velarde y Garcia Murcia, 2001) sostiene, “[...] ninguna de las normas que reconocen derechos laborales, salvo aquellas de derecho necesario absoluto, contiene alguna referencia expresa, o siquiera tácita, de que no pueden ser contradichas por la voluntad de las partes”; en esa línea, las disposiciones del derecho de trabajo están camuflados de nulidad expresa en muy escaso y de nulidad virtual en gran parte, respecto a dichas nulidad, el tratadista (Toyama Migusuku, 2012) sostiene:

[...] estamos ante un negocio jurídico nulo cuando la ley lo declara como tal (nulidad expresa) o cuando nos encontramos ante negocios jurídicos que incumplen disposiciones que son contrarias a normas que pertenecen al orden público o las buenas costumbres, de acuerdo al artículo V del título preliminar del CC (nulidad virtual). Todas estas normas, las expresas o genéricas, se aplican al área laboral.

Sin embargo, a diferencia del Derecho Civil, en el Derecho del Trabajo es raro encontrar una consagración expresa en relación con la sanción de nulidad. La mayor parte de las normas laborales, cuando sancionan con nulidad su inobservancia, no lo hacen de manera expresa sino virtual. Ello se justifica por el carácter eminentemente “protector” del Derecho Laboral que importa la existencia de normas mínimas (sólo puede negociarse la mejora y no puede suscribirse acuerdos en contra de los “mínimos legales”).

El tratadista (Higa, 2017), citando al maestro Américo Plá Rodríguez señala, “En consecuencia, el principio de irrenunciabilidad de derechos es propio del Derecho Laboral porque [...] al contrario de lo que ocurre en el derecho común, donde rige el principio de la renunciabilidad, en el Derecho del Trabajo rige el principio de la irrenunciabilidad” y



termina citando a Marcial Rubio complementa, "Si, por el contrario, se aplicara el principio general del Derecho recogido en el artículo V del código Preliminar del Código Civil, que debe ser interpretado bajo la lógica del derecho común, los derechos laborales no serían irrenunciables".

2.1.3.1.2. Teoría subjetiva

Respecto a la teoría subjetiva del principio de irrenunciabilidad de derechos, el tratadista (Higa, 2017) sostiene, "[...], el principio de irrenunciabilidad de derechos constituye un mecanismo de defensa del trabajador que, como parte débil de la relación laboral, carece de poder de negociación. En ese sentido, y salvo prueba en contrario, se presume que ha existido un vicio en el consentimiento del trabajador que invalida su decisión de renunciar a sus derechos". Además, recurriendo a la De la Villa quién en su obra cita a Carmelynk, precisa, "[...] la prohibición de la renuncia ha de conectarse así al propio hecho de la subordinación, estimando que en tales circunstancias la renuncia puede no ser un acto libre. Se parte de la presunción de que el trabajador que renuncia a tales beneficios legales actúa por falta de libertad, forzado a ello por la situación preeminente que ocupa el empleador en la vida social"

El tratadista (Ermida y Hernandez, 2002), remitiéndose al autor clásico Ludovico Barassi en su obra "Libro II Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano", si bien concuerda en parte que la subordinación es elemento determinante para el alcance del Derecho del Trabajo, pero también considera otros elementos como prestación personal del servicio y la remuneración, como elementos determinantes del Derecho Laboral, donde el trabajador jurídicamente dependiente y económicamente desigual al empleador, justifica la tutela laboral al trabajador, como sigue.

[...] la subordinación no significa solamente que el trabajador está obligado a prestar el servicio al cual se comprometió, sino que debe prestarlo con sujeción



personal al poder directivo del empleador, lo cual crea, en la relación de trabajo, un sometimiento jerárquico de la persona del trabajador a la persona del empleador que no se produce en los contratos civiles y mercantiles. Justamente, son este sometimiento personal del trabajador a la autoridad jerárquica del empleador y las desigualdades económicas las que dificultan que a través del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad aquél pueda negociar con éste sus condiciones de trabajo de una manera equitativa, circunstancias que justifican histórica e ideológicamente el nacimiento y la existencia del Derecho del Trabajo como una disciplina jurídica especializada que tiende a dar adecuada tutela a ese trabajador jurídicamente dependiente y económicamente desigual.

En esa línea el tratadista (Podetti, 1997) sostiene, “En la relación laboral se verifica “[...] desigualdades de carácter social, económico y cultural, entre el trabajador y el empleador, lo que se traduce en menor poder de negociación en el primero de ellos”, donde (Higa, 2017) recorriendo a Sergio Quiñonez Infante, respecto a la relación laboral sostiene, “[...] una de las partes, el trabajador, dada su debilidad económica y su vital requerimiento de obtener y asegurar un puesto de trabajo que le permita proveer a su subsistencia y a la de su familia, no disfruta efectivamente de la posibilidad de concertar libremente sus condiciones de trabajo, sino que se ve constreñido a aceptarlas unilateralmente impuestas por el patrono”, además, recurriendo a Sarthou Helios concluye, “[...] la teoría subjetiva del principio de irrenunciabilidad de derechos, la cual entiende que “la voluntad del trabajador no es libre sino que está coaccionada por el poder que la relación de trabajo otorga al patrono. Por tal razón, cabe presumir que el trabajador no busca, conscientemente, la renuncia a los derechos que tiene a su favor.

La tratadista (Ramos, 2002) haciendo referencia a los autores Bayón y Pérez Botija, señala, “En otro orden de posición, pero continuando en la línea de formación del consentimiento, se sitúan quienes han defendido el carácter de presunción *iure et de iure* de la renuncia de derechos como acto condicionado del trabajador y, en cuanto tal, inválida y sin efectos, al conectarla precisamente, con la posición de subordinación que el trabajador ocupa en la relación de trabajo”.



Por otro lado, el tratadista (Slinger, 2006) analiza que no todos los trabajadores están en la misma situación de formación y cultura, donde un segmento de trabajadores calificados sí tendrían poder de negociación con su empleador y como tal, no estarían en la condición de desigualdad en la relación laboral, si eso fuera así, la aplicación del principio de irrenunciabilidad no les sería aplicable a este segmento de trabajadores, por tanto, la presunción del vicio de consentimiento sería relativa, mas no absoluta, así al analizar el fundamento subjetivo del principio de irrenunciabilidad, sostiene.

[...] si miramos el fundamento subjetivo del fundamento de irrenunciabilidad, la teoría del vicio presunto, o si miramos la finalidad del principio de igualdad, o como se interpreta el principio de igualdad en el Derecho del Trabajo, crear desigualdades para compensar otras desigualdades, estas situaciones a nivel de jerarquía dentro de la estructura de la empresa no se dan, y permitirían pensar en una valoración a la autonomía de la voluntad, en un reconocimiento al contrato de trabajo y a las condiciones que las partes estipulen.

Finalmente, (Higa, 2017) precisa, “[...], en la teoría subjetiva, las renunciaciones contrarias al principio de irrenunciabilidad de derechos constituirán negocios jurídicos anulables, debido a que se entiende que han estado motivadas por un vicio del consentimiento”, para ello, se recurre al artículo 221° numeral 2 del Código Civil.

2.1.3.1.2.1. Ámbito objetivo del principio de irrenunciabilidad en la teoría subjetiva

El principio de irrenunciabilidad en su ámbito objetivo bajo la teoría subjetiva, parte de la premisa que el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales son aplicables únicamente a los trabajadores que no tienen capacidad de negociación con su empleador y dicho principio pone su manto de protección y garantía en los derechos que derivan de fuentes normativas -La Constitución y la ley-, así como de fuentes no normativas -contratos de trabajo- con excepción a los derechos derivados del convenio colectivo, precisando, por el segmento de trabajadores que tienen “capacidad de



negociación” con su empleador, no les será aplicable el principio de irrenunciabilidad, sino las renunciaciones que efectúen serán válidas, teniendo la carga de la prueba el empleador.

Para el tratadista (Higa, 2017) remitiéndose a Miguel Canessa Montejo sostiene, “Para la teoría subjetiva del principio de irrenunciabilidad de derechos, no interesa cuál sea la fuente del derecho materia de renuncia”, pues lo que importa es la ausencia, o no, de poder negocial de parte del trabajador”.

Por otro lado, (Higa, 2017) citando a Díez Picazo y Antonio Gullón para efectos de determinar la protección de los derechos y de su fuente con el principio de irrenunciabilidad, señala.

[...], el ámbito objetivo del principio de irrenunciabilidad de derechos aplica a las renunciaciones de derechos nacidos de cualquier fuente, incluidos los actos no normativos como el contrato”. Recurriendo a Jorge Peyrano complementa, “Por lo mismo, y a la inversa, cuando se verifique que sí existió capacidad de negociación, la renuncia será válida sin importar la fuente de la que provenga el derecho.

Esto último, la posibilidad de renunciar cuando se verifique poder de negociación, obliga a excluir del ámbito objetivo del principio de irrenunciabilidad de derechos el convenio colectivo. La razón de ello radica en que, aun cuando el trabajador sí tenga poder de negociación, admitir que mediante la autonomía individual se pueda renunciar a los derechos convenidos mediante la autonomía colectiva tendría por consecuencia vaciar de contenido a esta última. Por lo tanto, en ningún caso se podría renunciar a los derechos reconocidos en un convenio colectivo; aunque la invalidez de tales renunciaciones no obedezca a la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos.

2.1.3.1.2.2. Ámbito subjetivo del principio de irrenunciabilidad en la teoría subjetiva

Por el ámbito subjetivo del principio de irrenunciabilidad bajo la teoría subjetiva, el manto protector del principio aludido recae únicamente en el trabajador que no tiene capacidad de negociación, mas no tiene alcance a trabajadores calificados que apelando a su libertad y autonomía privada, negocian sus derechos con su empleador, así como



tampoco tiene alcance al empleador, dada a su capacidad connatural de dirección ni a la organización sindical que tiene poder negocial.

En ese sentido, el tratadista (Higa, 2017) analizando la desigualdad económica y la situación de desventaja de contratación en la que se ubica el trabajador en la relación de trabajo, sostiene.

No es gratuito que en el presente punto se haya hecho referencia a las renunciaciones de los trabajadores. Y es que, en la teoría subjetiva del principio de irrenunciabilidad de derechos, este será aplicable únicamente a las renunciaciones de derechos formuladas por el trabajador.

Así pues, el principio de irrenunciabilidad de derechos no sería aplicable a las renunciaciones formuladas por el empleador porque es él quien detenta el poder negocial; y tampoco sería aplicable a las renunciaciones formuladas por la organización sindical porque equilibra fuerzas con el empleador.

La exclusión a la renuncia formulada por la organización sindical a los derechos que alcanzó por acuerdo o pacto colectivo con el empleador, obedece a la naturaleza misma de la organización sindical, que es equilibrar poderes y por ende, tiene capacidad negociadora y equilibradora de fuerzas, que el tratadista (Villaveciencio, 2010) analizando desde la función que cumple la organización sindical, señala, “[...] equilibrar la desigual relación existente entre los asalariados individualmente considerados y el empresario [...]”.

El tratadista (Kahn-Freud, 1987) en el análisis del poder colectivo que realiza desde la perspectiva de la Sociología, sostiene.

Del lado de los trabajadores, en suma, el poder es un poder colectivo. El empresario individualmente considerado representa una acumulación de recursos materiales y humanos; en este sentido, sociológicamente hablando, la empresa es en sí misma un “poder colectivo”. Si un grupo de trabajadores (llámese sindicato o de cualquier otra forma) negocia con un empresario, estamos entonces ante una negociación entre entidades colectivas, siendo ambas, o pudiendo serlo, detentadoras de poder. Pero la relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno (*a bearer of power and one who is not a bearer of power*)



Asimismo, el tratadista (Higa, 2017) citando a Helios Sarthou para referirse a la fuerza equilibradora del organismo sindical, señala, “[...] el sujeto sindical o colectivo ejercita plenamente su autonomía como sujeto de derecho pues las razones de desigualdad entre las partes que determinan las limitaciones o restricciones a la voluntad individual en protección contra las presiones del contratante más fuerte, el patrono, desaparecen cuando los trabajadores negocian unidos en la organización sindical”, finalmente sobre el ámbito subjetivo del principio de irrenunciabilidad de derechos concluye.

En consecuencia, desde la teoría subjetiva, no existe ninguna justificación, desde la propia razón de ser de las organizaciones sindicales, para que las renuncias a los derechos que les son propios se encuentren dentro del ámbito de aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos. Aunque, por lo mismo, tampoco será de aplicación el principio de irrenunciabilidad de derechos cuando se verifique una renuncia a un derecho individual efectuada por la organización sindical en representación de algunos de sus afiliados.

2.1.3.1.2.3. Ámbito temporal del principio de irrenunciabilidad en la teoría subjetiva

El ámbito temporal del principio de irrenunciabilidad de derechos, únicamente resulta aplicable a los derechos renunciados por vicio de voluntad del trabajador durante la vigencia del vínculo de la relación laboral, puesto que, en la relación laboral es la que persiste la subordinación, con ello la desigualdad económica y la falta de poder negocial del trabajador frente a su empleador; y, una vez terminada la relación laboral, la subordinación habrá fenecido, con ello también la desigualdad económica y su falta de poder negocial; en ese sentido, el ámbito de protección y alcance del principio de irrenunciabilidad de derechos, es aplicable a los derechos renunciados acaecidos durante la vigencia de la relación laboral, porque ahí pervive la desigualdad del trabajador frente a su empleador, y una vez desaparecida esa desigualdad, los derechos laborales renunciados no gozan de protección del principio de irrenunciabilidad por fenecimiento de subordinación, sino dichos derechos renunciados desde el término de la relación



laboral, corresponderá ser accionados aplicando supletoriamente instituciones del Derecho Civil como la lesión.

El tratadista (Higa, 2017) por el ámbito temporal sostiene, “el principio de irrenunciabilidad de derechos no será aplicable para las renunciaciones formuladas luego de concluida la relación de trabajo. Ello obedece al hecho de que la desigualdad que genera la ausencia de poder negocial se genera justamente con motivo de la vigencia de la relación laboral, (citando como ejemplo la legislación de Chile, son válidas las renunciaciones de derechos formulados tras la extinción del vínculo laboral), al existir una relación de dependencia jurídica y, normalmente, económica reconocida por el ordenamiento jurídico.” Cuando analiza el supuesto en que el trabajador una vez terminada su vínculo laboral, suscribe un negocio jurídico contrario a sus intereses, plantea lo siguiente, “[...] en el caso de que el trabajador padezca un estado de necesidad que lo obligue a suscribir un negocio jurídico contrario a sus intereses, podrá recurrir a la lesión o a otros remedios jurídicos propios del Derecho Común. No obstante, no podría recurrir a la tutela de un principio que se sustenta en su condición de trabajador (subordinado y, como consecuencia de ello, dependiente) cuando ya no lo es más.”

Cabe precisar, en el ámbito temporal de los derechos laborales renunciados con posterioridad a la extinción de la subordinación, con ello la no protección de dichos derechos con el principio de irrenunciabilidad. Si bien el trabajador tendría la opción de ejercicio de la acción por “la lesión”, el tratadista (Schreiber, 2000) sostiene:

[...], la lesión es una causal de rescisión de los contratos onerosos y conmutativos y opera cuando el lesionado sufre un desmedro económico por un notorio desequilibrio entre los valores de la prestación y la contraprestación, existente al momento de la celebración. Sus efectos son rescisorios [...] y de sus características se desprende que es una figura con autonomía y virtualidad propia y distinta, en suma, de los vicios de consentimiento. [...] los criterios para determinar la lesión. Uno de ellos, denominado “objetivo”, de inspiración romanista, sólo exige la presencia de un desequilibrio entre las prestaciones, que



en doctrina se conoce como “precio vil”. Dentro de este concepto, a su vez, la desproporción puede estar marcada por una fórmula matemática (menos del 50 por cientos, etc.) o sólo se la identifica como “exorbitante” o “anormal” [...]. En el segundo criterio, conocido como “subjetivo”, la rescisión sólo opera cuando la desproporción resulta del abuso consciente del estado de necesidad o de la inexperiencia del lesionado.

Por último, existe una tercera posición, en la que concurren los factores objetivo y subjetivo y dentro de la cual puede haber o no una fórmula matemática u otra de carácter genérico. [...].

La tercera posición es la recogida por el Código Civil en su artículo 1447° que dispone, “la acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. (...)”. En consecuencia, en el ámbito temporal del principio de irrenunciabilidad de derechos bajo la teoría subjetiva, si bien no tiene aplicación a los derechos renunciados posteriores al término del vínculo laboral, el ex trabajador perjudicado, tendría derecho a la acción por la lesión, siempre y cuando en la suscripción del negocio jurídico, habría percibido por sus derechos laborales en menos de dos quintas partes de lo que le correspondía y esto tendría que haber ocurrido en su estado de necesidad de desempleo; mas no cabría acción de la lesión si posterior al término de la relación laboral, el trabajador expresamente renuncia a sus derechos, porque no cumpliría con el requisito de prestaciones conmutativas ni la onerosidad.

2.1.3.1.2.4. Principio de irrenunciabilidad de derecho exclusivo del derecho laboral en la teoría subjetiva

El principio de irrenunciabilidad de derechos como derecho exclusivo del Derecho Laboral bajo la luz de la Teoría Subjetiva, se sustenta en la situación de desigualdad en la que se coloca el trabajador respecto a su empleador durante la relación laboral, haciéndola exclusivo de esta rama del Derecho.



El tratadista (Higa, 2017) por la exclusividad del principio de irrenunciabilidad de derecho bajo la Teoría Subjetiva, sostiene, “El principio de irrenunciabilidad de derechos se sustenta en la situación de desigualdad del trabajador respecto de su empleador que le impide negociar libremente. En ese sentido, la necesidad de contar con un principio laboral estructurado en esos términos podría ser cuestionable atendiendo a que existen otras situaciones de desigualdad, distinta a la laboral, reconocidas por el ordenamiento jurídico.”

El mismo autor, al plantear que la desigualdad no únicamente existiría en el ámbito laboral, sino también en el Derecho del Consumidor y la Lesión en el derecho común, en el primero, la protección estaría marcada a evitar las consecuencias negativas de la asimetría informativa entre el proveedor y el consumidor, resaltando marcadas diferencias, en el Derecho del Consumidor la protección recae en el usuario del bien o servicio, alcanza a los supuestos de contratación en masa, las transacciones recaen sobre bienes, genera incentivos correctos en el mercado; mientras en el derecho laboral, la protección recae en el proveedor de servicios, a la renuncia de derechos, la contratación es individual, el objeto de transacción es inseparable al trabajador y por la desigualdad de la relación laboral, situaciones que justifican la exclusividad del principio como singular del Derecho de Trabajo. En cambio, por “la Lesión”, señala que la diferencia abismal radica en el inicio de la relación contractual, en la lesión se parte de una situación de igualdad que se desnaturaliza por el estado de necesidad, situación que no solo es de conocimiento de la contraparte, sino que termina aprovechándose de ella; mientras en el Derecho Laboral, las partes inician de manera desigual la relación la relación laboral, situación también que devela la exclusividad del principio a la rama de Derecho de Trabajo.



Por otro lado, (Higa, 2017) realiza su crítica a esta teoría sosteniendo, “[...] esta teoría no está exenta de críticas, ya que, por ejemplo, se cuestiona que sería bastante difícil determinar en qué casos el trabajador estuvo verdaderamente en la capacidad de negociar, así como por el hecho de que, en aquellos casos en los que no pudo hacerlo, probablemente mantenga el mismo temor al momento de determinar si demanda, o no, a su empleador cuestionando dicha situación.”

2.1.3.1.3. Teoría mixta

En la teoría mixta el principio de irrenunciabilidad de derechos, recoge los elementos objetivos, subjetivos, temporales y la exclusividad del principio de irrenunciabilidad tanto de la teoría objetiva y subjetiva, esto es, una teoría híbrida y fusionada de las dos teorías tratadas; en ese sentido, en la teoría mixta se fundamenta el principio de irrenunciabilidad en el orden público de las normas laborales y en la situación de desigualdad en la que se ubica el trabajador en la relación laboral, con alcance al trabajador y organización sindical en sus derechos imperativos de orden público, mas no sobre el trabajador calificado que tenga capacidad negocial ni propiamente a los derechos derivados de pacto colectivos por provenir de fuerzas de negociación. La protección de derechos laborales derivados de fuentes normativas y no normativas, alcanza hasta antes, durante y después de la relación laboral, al ser el principio de irrenunciabilidad exclusivo del Derecho de Trabajo.

El tratadista (Higa, 2017) respecto a la teoría mixta remitiéndose a la “XVI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad de la Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006” señala, “La teoría mixta del principio de irrenunciabilidad de derechos agrupa a las teorías objetiva y subjetiva, respectivamente, cita como ejemplo (el principio de irrenunciabilidad de derechos en Uruguay), luego remitiéndose a Jorge U. Seré, Charratti María del Luján y María V. Forestero, señala,



“[...] el principio de irrenunciabilidad de derechos se fundamenta en el carácter de orden público de las normas que reconocen derechos laborales y, en igual medida, en la situación de desigualdad del trabajador respecto del empleador, que genera la ausencia de poder negocial del primero.”

Finalmente, el tratadista (Higa, 2017), luego de haber citado a los autores Uruguayos, concluye.

Por tal razón, para la teoría mixta, serán irrenunciables los derechos laborales reconocidos en las normas jurídicas que sean imperativas debido a su carácter de orden público; y, en el caso de los demás derechos, estos serán igualmente irrenunciables salvo que se demuestre que el trabajador sí tenía poder de negociación.

Claro está que, en ningún caso, será aplicable el principio de irrenunciabilidad de derechos frente a las renunciaciones del empleador; y, en el caso de las organizaciones sindicales, el principio solo será aplicable cuando se verifique una renuncia de derechos reconocidos en una norma imperativa, dado su carácter de orden público.

2.1.3.1.3.1. Ámbito objetivo del principio de irrenunciabilidad en la teoría mixta

Por el lado de la teoría objetiva, El tratadista (Sala, 2003) sostiene “[...] el principio de irrenunciabilidad de derechos sólo será aplicable para las normas que, además de imperativas, sean de orden público por defender los intereses colectivos de la comunidad.”, añade (Higa, 2017) “[...] el principio de irrenunciabilidad no será aplicable a las renunciaciones de derechos reconocidos en los convenios colectivos ni por una costumbre jurídica, dado que ninguno de los dos califica como norma de orden público.

Por otro lado, en la teoría subjetiva el tratadista (Higa, 2017) citando Diez-Picazo y Antonio Gullón, además a Jorge Peyrano señala, “el ámbito objetivo del principio de irrenunciabilidad de derechos aplica a las renunciaciones de derechos nacidos de cualquier fuente, incluidos los actos no normativos como el contrato. Por lo mismo, y a la inversa, cuando se verifique que sí existió capacidad de negociación, la renuncia será válida sin importar la fuente de la que provenga el derecho”.



En la teoría mixta, el ámbito objetivo del principio de irrenunciabilidad, su aplicación alcanza a los derechos reconocidos en la constitución y la ley calificadas como de orden público por defender intereses colectivos de la clase trabajadora, así como los derechos que nacen de fuentes no normativas (contratos de trabajo) diferentes al convenio colectivo, dado a la situación desigual y la falta de capacidad negocial del trabajador en la relación laboral.

2.1.3.1.3.2. Ámbito subjetivo del principio de irrenunciabilidad en la teoría mixta

En la teoría objetiva el ámbito subjetivo del principio de irrenunciabilidad (Higa, 2017) señala “[...], el principio podrá ser aplicable a las renunciaciones formuladas, tanto por los trabajadores como por las organizaciones sindicales, porque a ambos el ordenamiento jurídico laboral les reconoce derechos laborales. Por lo tanto, las normas en las que tales derechos son reconocidos deberán ser consideradas de orden público sobre las que no cabe renunciar”.

En la teoría subjetiva, el ámbito subjetivo de principio de irrenunciabilidad el tratadista (Higa, 2017) sostiene, “[...] el principio de irrenunciabilidad de derechos, será aplicable únicamente a las renunciaciones de derechos formuladas por el trabajador. Así pues, el principio de irrenunciabilidad de derechos no sería aplicable a las renunciaciones formuladas por el empleador porque es él quien detenta el poder negocial; y tampoco sería aplicable a las renunciaciones formuladas por la organización sindical porque equilibra fuerzas con el empleador.”

En la teoría mixta el ámbito subjetivo del principio de irrenunciabilidad de derechos, recae únicamente en el trabajador que no tiene capacidad negocial con su empleador, quedando exceptuados los trabajadores calificados que sí tuvieron capacidad negocial con su empleador, así como tampoco resulta aplicables a las organizaciones



sindicales que por su función hacen la fuerza equilibradora ante el empleador, a excepción de sus derechos de orden público reconocido en la ley.

2.1.3.1.3.3. Ámbito temporal del principio de irrenunciabilidad en la teoría mixta

En la teoría objetiva el ámbito temporal del principio de irrenunciabilidad (Higa, 2017) señala “En vista de que la vigencia de la relación laboral no tiene nada que ver con la naturaleza de las normas, el principio de irrenunciabilidad de derechos también será aplicable después de concluida la relación de trabajo”.

En cambio, en la teoría subjetiva el ámbito temporal del principio de irrenunciabilidad (Higa, 2017) señala: “El principio de irrenunciabilidad de derechos no será aplicable para las renunciaciones formuladas luego de concluida la relación de trabajo. Ello obedece al hecho de que la desigualdad que genera la ausencia de poder negocial se genera justamente con motivo de la vigencia de la relación laboral, al existir una relación de dependencia jurídica y, normalmente, económica reconocida por el ordenamiento jurídico”.

En la teoría mixta, el ámbito temporal del principio de irrenunciabilidad de derechos, abarca en tres momentos, antes, durante y después de la relación laboral, esto es, la protección de los derechos laborales por el principio de irrenunciabilidad estará vigente su manto de garantía en los tres momentos.

2.1.3.1.3.4. Principio de irrenunciabilidad de derecho exclusivo del derecho laboral en la teoría mixta

El principio de irrenunciabilidad de derechos como derecho exclusivo del Derecho Laboral bajo la luz de la Teoría Objetiva, garantiza el cumplimiento de las leyes laborales por tratarse de normas de orden público y, por la teoría Subjetiva, el principio de irrenunciabilidad se sustenta en la situación de desigualdad del trabajador en la relación



laboral. Situaciones, que en la teoría mixta, el fundamento del principio de irrenunciabilidad es doble, proteger leyes laborales por ser de orden público y proteger al trabajador de su situación desigual frente a su empleador.

2.1.4. Teoría asumida por la Constitución Política del Perú

El principio de irrenunciabilidad es un del derecho laboral positivizada en el artículo 26° numeral 2) de la Constitución Política del Perú que reza, “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 2) Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la constitución y la ley”. Dando luces a una interpretación literal, el principio de irrenunciabilidad de derechos estaría avocado únicamente a las fuentes normativas, la Ley y la Constitución.

El tratadista, (Boza, 2011), sostiene “El principio de irrenunciabilidad de derechos tiene también sede constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. El inciso 2 del artículo 26 de la Carta Fundamental establece que este principio actúa respecto de los “derechos reconocidos en la Constitución y la ley”. [...]”, a lo que también el profesor (Neves, 2018) desde el enfoque de ámbito del principio aludido señala, “[...] el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición de un derecho recaigan sobre derechos originados en normas imperativas y sanciona con invalidez la transgresión de esta regla.”.

Asimismo, el tratadista (García, 2010) analizando el principio de irrenunciabilidad desde su finalidad sostiene, “Este principio tiene por finalidad garantizar que el trabajador goce de manera irrestricta de los derechos que le asigna la Constitución y la Ley, por estar concebidos dentro de un marco de protección dada su posición naturalmente débil en la relación laboral. Es de orden público que el trabajador acceda a todos los beneficios que las leyes laborales le asignan, [...]”.



Por lo señalado, el principio de irrenunciabilidad como propio del Derecho de Trabajo reconocido en la Constitución Política del Perú, al prohibir el acto de disposición por parte del trabajador de derechos reconocidos únicamente en la “Constitución y la Ley”, acoge la teoría objetiva, al haber delimitado expresamente las fuentes de alcance del principio de irrenunciabilidad en el artículo 26° numeral 2 de la Constitución; en ese sentido, al quedar prohibida la disponibilidad de derechos laborales al trabajador, implícitamente el principio de irrenunciabilidad protege los derechos para el goce efectivo del trabajador, ello atendiendo al orden público, la imperatividad de las leyes laborales y atendiendo a la imperatividad absoluta, relativa y/o dispositiva del derecho reconocido en la ley laboral, garantizando la vigencia de dichos derechos al poner el manto de nulidad a los actos de renuncia que efectuó el trabajador.

2.1.5. Teoría asumida por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema

El Tribunal Constitucional como instancia autónoma e independiente reconocida en el artículo 201° de la Constitución Política del Perú, constituye el órgano de control de la Constitución, es el guardián de la Constitución con legitimidad de calificar la constitucionalidad de las leyes, de las controversias jurídicas entre ellos en materia laboral y revisor de la constitucionalidad de las decisiones de los órganos jurisdiccionales; así, la Corte Suprema como órgano jurisdiccional del Poder Judicial, es la máxima autoridad en la estructura del Poder Judicial conforme a lo establecido en el artículo 25° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por el Decreto Supremo N°017-93-JUS, que tiene entre sus funciones resolver los recursos de casación en materia laboral.

Los altos Tribunales, Tribunal Constitucional y la Corte Suprema del Poder Judicial, atendiendo a su función Constitucional de control de constitucionalidad y la de administrar justicia, expidieron sendas Sentencias relativos al principio de



irrenunciabilidad de derechos, que de su análisis nos ilustra el acogimiento de la Teoría Objetiva, que es analizado en el siguiente acápite.

2.1.5.1. Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la asunción de la teoría objetiva

- a) STC recaído en el expediente N° 008-2005-PI/TC, donde el Pleno del Tribunal Constitucional al resolver la Demanda de Inconstitucional interpuesta por Don Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos contra la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público por la supuesta vulneración a los artículos 26°, 28° y 40° de la Constitución Política del Perú, porque la ley cuestionada no habría reconocido la carrera administrativa a los servidores públicos, por vulneración del derecho a la sindicalización y huelga que no había previsto expresamente la ley cuestionada, vulneración al derecho de negociación colectiva por condicionar a la autorización presupuestaria, por introducir la figura del contrato de trabajo, por vulnerar el principio de interpretación favorable y la incorporación del “mutuo disenso” como causal de terminación de empleo público.

El alto tribunal al realizar la evaluación de constitucionalidad de Ley N° 28175, analiza los principios laborales expresados en la Constitución Política del Perú, siendo uno de ellos el “principio de irrenunciabilidad de derechos”, que en el fundamento 24), C.3.4 del régimen constitucional del trabajo establece.

La irrenunciabilidad de derechos: hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos. [...].

Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2) del artículo 26° de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos “(...) derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.

No cubre, pues, a aquellos provenientes de la constitución colectiva de trabajo o la costumbre.



Por otro lado, debe precisarse que un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto, la irrenunciabilidad es sólo operativa en el caso de la segunda.

La norma dispositiva es aquella que opera sólo cuando no existe manifestación de voluntad o cuando ésta se expresa con ausencia de claridad. El Estado las hace valer únicamente por defecto u omisión en la expresión de voluntad de los sujetos de la relación laboral.

Las normas dispositivas se caracterizan por suplir o interpretar una voluntad no declarada o precisar y aclararla por defecto de manifestación; y por otorgar a los sujetos de una relación laboral la atribución de regulación con pleno albedrío dentro del marco de la Constitución y la ley.

Ante este tipo de modalidad normativa, el trabajador puede libremente decidir sobre la conveniencia, o no, de ejercitar total o parcialmente un derecho de naturaleza individual.

Al respecto, puede citarse el caso del derecho a vacaciones contemplado en el Decreto Legislativo N° 713, en donde se establece que el trabajador tiene derecho a treinta días naturales de descanso remunerado al año y, dentro de ese contexto, por la prerrogativa de la voluntad establecida en dicha norma, este puede disponer hasta de quince días para continuar prestando servicios a su empleador, a cambio de una compensación extraordinaria. Por ende, tiene la capacidad autodeterminativa de decidir un “canje” sobre aquello.

En cambio, la norma taxativa es aquella que ordena y dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese ámbito, el trabajador no puede “despojarse”, permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma.

[...].

La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral. Es conveniente consignar que una norma jurídica puede contener dentro de su texto, partes taxativas y dispositivas. [...].

- b) STC recaído en el expediente N° 03052-2009-PA/TC, donde el Pleno del Tribunal

Constitucional al resolver la Demanda de Amparo por afectación al derecho fundamental al trabajo por despido incausado, donde re analizó ¿si el cobro del beneficio social y derechos laborales, constituye consentimiento del término de la relación laboral, en vista que en sentencias anteriores el Alto Tribunal había fijado el criterio de que el cobro de beneficio y derecho laboral confirmaría el término del vínculo laboral?. El Alto Tribunal, al resolver el recurso de agravio constitucional, analizó la naturaleza jurídica del beneficio social “Compensación por Tiempo de Servicios” (CTS), concluyendo que dicho beneficio social tiene contenido de previsión para mitigar una situación de desempleo, y haciendo extensiva a otros



derechos laborales como vacaciones truncas, gratificaciones, utilidades, constituyen derechos reconocidos al trabajador como fruto del trabajo que realizó hasta la terminación de vínculo laboral, entonces, el cobro de beneficios y derechos que efectúa el trabajador de su ex empleador, lo hace en ejercicio legítimo de su derecho y dicho cobro no implica aceptación ni consentimiento de la terminación de la relación laboral, sino el trabajador tiene habilitado ejercer la acción de amparo cuando se le afectó su derecho Constitucional al trabajo como efecto del despido incausado. El Tribunal Constitucional, apartándose de sus sentencias anteriores, fija precedente vinculante siguiente: a) el cobro de beneficios sociales, compensación por tiempo de servicios, vacaciones truncas, gratificaciones truncas, utilidades u otro concepto remunerativo debido al trabajador no supone el consentimiento del despido arbitrario y, por ende, no debe considerarse como causal de improcedencia del amparo; b) El cobro de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin “incentivos” supone la aceptación de la forma de protección alternativa brindada por ley, por lo que debe considerarse como causal de improcedencia del amparo; c) El pago pendiente de la compensación por tiempo de servicios u otros conceptos remunerativos adeudados al trabajador debe efectuarse de modo independiente y diferenciado al pago de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin; el empleador deberá realizar dichos pagos a cuentas separadas o a través de consignaciones en procesos judiciales independientes.

El Tribunal Constitucional en el análisis del beneficio social de la CTS y demás derechos laborales bajo el enfoque de irrenunciabilidad al goce efectivo de los beneficios sociales, se remite a la STC 0008-2005-AI/TC,FJ 24), dado que, estos beneficios se encontraría en la ley y como tal son de orden público, para lo cual señala lo siguiente.



Por último, no podemos dejar de anotar que, el inciso 2) del artículo 26° de nuestra Carta Magna, consagra el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales reconocidos en la Constitución y en la ley, el cual prohíbe que, mediante actos de disposición, el trabajador, se despoje de sus derechos, previstos en las normas taxativas (no dispositiva), las que son de orden público y tienen vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral (STC 0008-2005-AI/TC, FJ 24).

34. Dicho principio se fundamenta en el carácter protector del Derecho laboral, debido a la desigualdad existente entre las partes, por lo que devendría en nulo todo acto del trabajador que abdique un derecho reconocido en una norma imperativa. Si bien, en sentido estricto, abstenerse de cobrar la CTS y los demás beneficios sociales no implica una renuncia de estos derechos; pues estos conceptos se mantienen íntegros e intangibles a favor del trabajador; en la práctica supeditar el cobro de éstos a la procedencia del proceso de amparo, equivale a renunciar a disponer de los mismos, con la finalidad de lograr la reposición en el trabajo; lo cual además, de resultar lesivo a la protección adecuada contra el despido arbitrario, y el acceso a la justicia, podría generar un mal hábito de parte del empleador, quién luego de haber efectuado un despido arbitrario, ponga a disposición del trabajador sus respectivos beneficios sociales, para legitimizar sus acciones aduciendo que los despidos han sido consentidos por los trabajadores, quienes por la necesidad en la que se encuentran se ven obligados a cobrar sus beneficios, agudizando la situación de desventaja que existe en la relación laboral, que justamente el derecho Constitucional Laboral debe equiparar.

- c) Asimismo, en la STC recaído en el expediente 00529-2010-PA/TC, donde el Alto Tribunal sobre el desistimiento de “cesión de derechos laborales” seguidos por el Sindicato de Trabajadores de Frigomar S.A. y a título personal los trabajadores en contra de su ex empleadora Frigomar S.A., el Cesionario Frigorífico Alianza S.A.C. y los magistrados de la Sala Laboral de la Corte Suprema, argumentaron la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales, porque por la acreencia laboral de S/ 5´745,200.62 habrían recibido la suma de S/ 656,000.00.

El Alto Tribunal remitiéndose al alcance del principio de irrenunciabilidad de derechos establecidos en la STC 0005-2005-AI/TC se remitió a los criterios fijados en esta sentencia como sigue.

Este colegiado respecto al principio de irrenunciabilidad de derechos de los trabajadores ha establecido que dicho principio “hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador en la Constitución y la ley (...) En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del título preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno. Así, conforme se desprende de lo previsto en



el inciso 2) del artículo 26° de la constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos “(...) derechos reconocidos por la constitución y la ley”. [...]. (STC N° 0008-2005-AI/TC; Fundamento 24).

De acuerdo a lo expuesto, conviene preguntarse entonces si el acto jurídico de cesión de derechos efectuada por los recurrentes a favor de la empresa Frigorífico Alianza S.A.C., cuyo contenido se aduce leonino, constituye un acto de despojo de los derechos de los recurrentes prohibido por el principio de irrenunciabilidad de derechos. Al respecto, este Supremo Colegiado entiende que dicho acto jurídico no contraviene ni infringe el principio de irrenunciabilidad de derechos de los trabajadores toda vez que, según lo alegado por los recurrentes, dicho acto jurídico no tiene como plataforma una relación laboral, es decir, no se celebra en el contexto de una relación laboral en el que las partes de dicho acto con las calidades de empleador y empleado, y en el que el objeto constituya una cesión de derechos laborales; muy por el contrario, dicho acto jurídico tiene como plataforma la autonomía de la voluntad de las personas para ceder y adquirir un derecho litigioso cuyo contenido, al intervenir un tercero ajeno a la relación laboral (la empresa Frigorífico Alianza S.A.C.-Cesionario), se convierte en uno de índole netamente civil. En razón de ello, al no estar incurso dicho acto jurídico dentro de la prohibición de renuncia a los derechos laborales de los trabajadores, la declaratoria de improcedencia del pedido de desistimiento de cesión de derechos no vulnera derecho constitucional alguno de los recurrentes; [...].

El alto tribunal, en el caso señalado, si bien citó el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales, mas no analizó su ámbito temporal del principio aludido, en vista que, el principio de irrenunciabilidad en su ámbito temporal bajo el enfoque de teoría objetiva asumida en la STC 0008-2005-AI/TC, su protección alcanza hasta después del término vínculo laboral, decisión del Tribunal que es errado con rasgos de la teoría subjetiva.

De las tres sentencias emitidas por el Tribunal constitucional, la sentencia en la que fija la pauta bacilar y adopción de la teoría objetiva sobre el principio de irrenunciabilidad, es la STC N° 0008-2005-AI/TC, sentencia que es citada en los posteriores pronunciamientos del Tribunal cuando se refiere a derechos laborales, ese unanimidad, prolongación y predictibilidad acredita la adopción de la teoría objetiva del principio de irrenunciabilidad.

2.1.5.2. Sentencias del Tribunal Supremo sobre la asunción de la teoría objetiva



El Tribunal Supremo en las sendas Casaciones laborales, también no ha sido ajeno citar y analizar el principio de irrenunciabilidad de derechos prevista en el numeral 2) del artículo 26° de la Constitución Política del Perú, sentencias como las que sigue:

- a) Casación Laboral N° 476-2005 Lima, sobre desnaturalización de contratos de locación de servicios, donde la accionada interpuso recurso de casación por la aplicación indebida del numeral 2 del artículo 26° de la Constitución Política del Perú, arguyendo que el contrato de locación de servicios y sus renovaciones se habrían suscrito a mérito del artículo 62° de la Constitución. La Corte Suprema concluyó, la libertad de contratar prevista en el artículo 62° necesariamente debe ser concordado con el artículo 2° numeral 14) de la Constitución, esto es, la contratación se debe realizar con fines lícitos sin contravenir las leyes de orden público, precisando que la contratación se encuentra a límites explícitos e implícitos, por la primera señala que, es la licitud de objetivo de contratación y respeto a la normas de orden público; mientras por el segundo señala, la restricción del derecho de contratación cuando alcanza negativamente a otros derechos fundamentales; en ese sentido, al haber acreditado la concurrencia de los requisitos o rasgos de laboralidad consistentes en prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración, aplicando la primacía de la realidad se extenuó la eficacia del contrato de locación de servicios por contrato de trabajo, por consiguiente, confirmó el reconocimiento del beneficios social y derecho laboral, en aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos laborales, por tratarse de derechos de orden público que habrían sido afectados por uso fraudulento del Contrato de locación de servicios, habiendo sentado por este principio el siguiente criterio.

Tercero: que, el artículo veintiséis de la Constitución Política del Estado de mil novecientos noventa y tres, actualmente vigente, el que reconoce una pluralidad de principios de esta naturaleza, entre ellos su inciso segundo, el principio de



irrenunciabilidad de derechos que hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador pero circunscrita a la Constitución Política y a la Ley, en razón que sus regulaciones son el mínimo indispensable que objetivamente decide aceptar la sociedad en materia de condiciones humanas para que se desarrolle la relación laboral lo que implica que estos derechos se mantienen aún en los casos en que la actitud del trabajador sea contraria a tal reconocimiento. *Cuarto:* Que, en efecto el principio de irrenunciabilidad justamente prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas entendiendo por tal, aquellas que ordenan y disponen sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral, dentro de tal ámbito, el trabajador no puede “despojarse”, permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar. Así la irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral. *Quinto:* [...] el principio de irrenunciabilidad de derechos requiere de la concurrencia de dos presupuestos ineludibles: a) la existencia de una relación de trabajo; y b) la existencia de una norma constitucional o legal que en forma taxativa establezca determinados derechos y beneficios sociales que tenga como fuente dicha relación, pues no cubre a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre. [...]

- b) Casación Laboral N° 10712-2014 Lima, sobre reintegro de remuneraciones, donde el accionada Telefónica del Perú S.A. interpuso recurso de casación sobre interpretación errónea del principio de irrenunciabilidad de derechos previsto en el inciso 2 del artículo 26° de la Constitución Política del Perú, toda vez que la sala superior, habría considerado dentro del alcance de dicho principio, las reducciones de conceptos integrantes de la remuneración, “*Tax Equalization*”.

El Tribunal Supremo en la ejecutoria señalada, para efectos de determinar su alcance y resolver la denuncia instada por la accionada, se remite a los fundamentos de la STC N° 0008-2005-PI/TC sobre los alcances del principio de irrenunciabilidad de derechos y fija criterios jurisprudenciales en el fundamento sexto, como sigue:

[...].

Nuestra legislación reconoce que el principio de irrenunciabilidad a nivel Constitucional, se encuentra establecido en el inciso 2) del artículo 26° de la Constitución Política del Perú, cuando señala que en la relación laboral se respetan, entre otros principios, el siguiente: “Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.



El Tribunal Constitucional sobre los alcances del principio de irrenunciabilidad señala lo siguiente:

Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2) del artículo 26° de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos “[...] derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre.

Por otro lado, debe precisarse que un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto, la irrenunciabilidad es sólo operativa en el caso de la segunda.

[...].

Por su parte, esta Sala Suprema considera que para una correcta interpretación del inciso 2) del artículo 26° de la Constitución Política del Perú, referente al principio de irrenunciabilidad, los Jueces de trabajo y las Salas Laborales deben tener en cuenta las siguientes reglas: 1) los derechos cuya fuente de origen sea la ley o cualquier otra norma jurídica de origen estatal, sin importar su jerarquía, son de carácter irrenunciable para el trabajador individual, sin perjuicio de los pactos de reducción de remuneraciones que son aceptados por nuestro ordenamiento jurídico conforme a la ley N° 9463 de fecha diecisiete de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, cuya vigencia se reconoce; 2) Los derechos cuya fuente de origen es el convenio colectivo o el laudo arbitral, tienen carácter irrenunciable para el trabajador individual, pero si pueden ser objeto de renuncia, disminución o modificación por acuerdo entre la organización sindical y el empleador; este es el caso de la negociación colectiva *in peius*, la cual solo puede acordarse entre los mismos sujetos colectivos y el mismo ámbito negocial; 3) Los derechos derivados del contrato individual de trabajo o de la decisión unilateral del empleador, pueden ser objeto de libre disposición por el trabajador individual, quién puede aceptar su disminución e incluso su supresión.

La Corte Suprema, bajo las reglas jurídica establecidas, en el fundamento sétimo, párrafo segundo, resolvió.

[...], esta Sala Suprema entiende que dicho acto jurídico no contraviene ni infringe el principio de irrenunciabilidad de derechos del accionante, toda vez, que según lo alegado por las partes el concepto “*Tax Equalización*”, por el cual la empresa empleadora se había comprometido a asumir el pago del impuesto a la renta y las aportaciones al sistema Privado de Pensiones, no tiene como origen la Constitución, la Ley o el Convenio Colectivo, sino un acuerdo entre las partes que encuentran asidero legal en el artículo 1354° del código Civil, que permite establecer los términos y condiciones en que estas se obligan, sin infringir norma legal de carácter imperativo. En ese sentido, al no estar incluso dicho acto jurídico dentro de los casos de prohibición de renuncia de derechos previstos en el sexto considerando de esta ejecutoria, la decisión contenida en el Convenio de Modificación de Acuerdo de fecha veintisiete de junio de dos mil tres, no vulnera el derecho constitucional del actor y es perfectamente válida; motivo por el cual las causales denunciadas devienen en fundadas.

El Tribunal Supremo como instancia última del Poder Judicial en la administración de justicia en la vía ordinaria, en la Casación Laboral N° 476-2005



Lima y Casación Laboral N° 10712-2014 Lima, para efectos de resolver los sobre la afectación de derechos laborales y sobre los alcances del principio de irrenunciabilidad de derechos laborales respectivamente, basó su análisis partiendo del criterio establecido en la STC N° 0008-2005-AI/TC, hecho que acredita la asunción de la teoría objetiva sobre el principio de irrenunciabilidad de derechos, con la precisión siguiente, en la Casación Laboral N° 10712-2014 Lima el ámbito objetivo del principio de irrenunciabilidad de derechos, ha sido ampliado a los derechos provenientes de fuentes como el convenio colectivo y laudos arbitrales aunque sin motivación alguna, fuentes que no habían sido considerados por el Tribunal Constitucional en la STC N° 0008-2005-AI/TC.

2.1.6. Presupuestos para la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos en la teoría objetiva

Para efectos de la habilitación del principio de irrenunciabilidad, corresponde satisfacer dos presupuestos: la renuncia que tiene que ser expresa y la titularidad de derecho laboral, que desarrollamos su fundamento en los párrafos siguientes.

2.1.6.1. Renuncia

El tratadista (Boza, 2011) cuando realiza el estudio sobre el principio de irrenunciabilidad en la Constitución Política vigente y la del año 1979, señala:

La fórmula constitucional actual resulta más escueta y menos precisa en diversos aspectos y, lamentablemente, la Nueva Ley Procesal de Trabajo no ha aportado nada al respeto. [...]. Desde antiguo, la doctrina española, citando a De La Villa señala, “para que ocurra una renuncia de derechos, resulta indispensable la decisión de su titular de abandonarlos de forma irrevocable y de hacerlo sin contraprestación alguna”, este último elemento refiere a Ojeda. En ese sentido, el no ejercicio de un derecho no implica una renuncia (tácita), únicamente supone la voluntad de su titular de no hacer uso de un derecho o facultad que el ordenamiento le confiere.



El tratadista (Neves, 2018) en el análisis del principio de irrenunciabilidad de derechos y de la fuente del derecho nacido como imperativo o dispositivo, por la renuncia sostiene, “[...] hay una renuncia toda vez que el titular de un derecho nacido de una norma imperativa lo abandone voluntariamente. Esta situación será muy frecuente en el derecho del trabajo cuando se produzcan actos de disposición, ya que la mayoría de las normas de esta área son de derecho necesario relativo. Aquí presumimos la imperatividad relativa de las normas, [...]. Precisa que el derecho laboral está compuesto por mínimos”.

Asimismo, el tratadista (García, 2010) en su análisis sobre el principio de irrenunciabilidad de derechos, parte su análisis de “Renuncia” desde una definición que hace la Real Academia Española (RAE) como “dimisión o dejación voluntaria de algo que se posee, o del derecho a ello”, luego, sostiene, “el acto de renuncia solo puede ser realizado por quién es titular de algo, y ese algo es justamente lo que se está dejando o de lo cual está dimitiendo. Si es un tercero quien priva a otro del goce de un derecho no se trataría de una renuncia sino más propiamente de un no reconocimiento o un desconocimiento del derecho. [...]”, finalmente, concluye por acto renuncia como sigue:

Tenemos que la renuncia se trata de un acto esencialmente unilateral, depende exclusivamente de la voluntad de quién lo realiza y se manifiesta con la sola manifestación de esa voluntad sin que esté sujeta a una aceptación o convalidación posterior.

[...].

Por la renuncia se entiende también que quien lo hace no espera -necesariamente- una contraprestación ni recibir algo a cambio. Tiene carácter extintivo pues con su decisión el titular de un derecho lo pierde para siempre, extirpándolo de su esfera patrimonial.

El acto de renuncia puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando el agente manifiesta abierta e indubitadamente su intención de dejar algo que es de su titularidad, o dirimir de él, si utilizamos la definición proporcionada por la Real Academia Española. Será tácito cuando la voluntad del agente no se manifiesta de manera expresa, pero de su conducta o comportamiento, o de las circunstancias que lo rodean, podemos inferir su real intención, aparentemente oculta en el fuero interno de la persona.

[...].



Centrándonos ya en el tema laboral, la prohibición contenida en la Constitución Política del Estado apunta a impedir que el trabajador se deshaga, en su perjuicio, de los derechos reconocidos por ella y por la ley. [...].

En cuanto al momento en que se hace efectiva la prohibición, será tanto en el mismo momento en que correspondería percibir el derecho como, incluso, en un momento posterior: la irrenunciabilidad no se agota en el tiempo. La protección al trabajador no admite distinción pues la finalidad es garantizar al trabajador el goce de sus derechos. [...].

La renuncia a un derecho laboral protegido por el principio de irrenunciabilidad de derechos es un acto nulo y no tendrá efecto jurídico alguno. [...].

El tratadista (Pasco, 2005) en su artículo denominado “En Torno al principio de irrenunciabilidad”, cuando analiza la intangibilidad, inderogabilidad, indisponibilidad desde la perspectiva del principio de irrenunciabilidad de derechos, por la renuncia sostiene, “La renuncia es un acto de disposición gratuito: la renuncia es necesariamente gratuita. La disposición puede serlo, aunque por lo común es onerosa, como sucede sin más en una compraventa, por ejemplo.” Mas adelante citando a Plá completa que, “la renuncia se refiere a un derecho cierto y existente, o por lo menos, futuro pero cierto, y que no sea un derecho impugnado, porque nadie puede renunciar a una cosa cuya propiedad no le sea reconocida ampliamente.”

El Tribunal Supremo en la Casación Laboral N° 10712-2014 Lima, fundamento sexto, en el análisis del principio de irrenunciabilidad de derechos, extiende su análisis a “la renuncia”, dando una definición siguiente, “La renuncia a derechos implica la manifestación de voluntad expresa por parte del trabajador de privarse de un derecho de naturaleza laboral, por lo que no podrá considerarse tácita. En cuanto al momento del acto de renuncia de derechos este puede presentarse antes, durante o después de terminado el contrato de trabajo.”

2.1.6.2. Titularidad del derecho

El tratadista (Higa, 2017) en su análisis del principio de irrenunciabilidad de derechos laborales, considera como presupuestos para su aplicación dos presupuestos: la renuncia y la titularidad del derecho, por el segundo presupuesto sostiene:



El otro presupuesto para la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos es que sea titular del derecho quien formule la renuncia. En ese sentido, y para guardar coherencia con el concepto de renuncia [...], tiene que ser considerado titular de derecho, tanto quien ya cumplió con los requisitos para su disfrute, como quien tiene legítimas expectativas para ello; de lo contrario, el principio de irrenunciabilidad de derechos no sería aplicable a los supuestos de “inderogabilidad”.

Ahora bien, otra discusión en este punto radica en determinar si las renunciaciones formuladas por las organizaciones sindicales de los derechos individuales de los trabajadores a quienes representan estarían incluidas dentro del ámbito del principio de irrenunciabilidad de derechos; y, al respecto, considero que sí.

Ello, porque las organizaciones sindicales pactan en nombre de los titulares de los derechos, de modo que no existen motivos para excluir a las renunciaciones de derechos de los pactos que puedan suscribir las organizaciones sindicales con el empleador; más aún, si se tiene en cuenta que las organizaciones sindicales representan a sus afiliados dentro de su ámbito y que la convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

Por último, [...], aquí cabe adelantar que solo se es titular de un derecho si dicha titularidad no es discutida. En ese sentido, frente a la aparición de un conflicto, la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos no podría ser automática ahí cuando se controvierta, justamente, la titularidad del derecho discutido.

2.1.7. Derechos laborales

El tratadista (De Diego, 2002), respecto a los beneficios sociales sostiene, que “se llama así las prestaciones no remuneratorias, no dinerarias, no acumulables ni sustituibles por dinero, que otorga el empleador a sus trabajadores, por sí o por intermedio de terceros, y que tienen por objeto mejorar la calidad de vida del dependiente o de su familia a cargo”.

Asimismo, el autor por los montos entregados por el empleador al trabajador sea por acto de liberalidad o por mandato de ley de trabajo, la denominó “prestaciones no remuneratorias” definiendo por ellas lo siguiente: “Las prestaciones no remuneratorias son prestaciones, servicios o beneficios recibidos por el trabajador del empleador, ajenos al marco contraprestacional entre ellos, y tienen por objeto reparar o compensar algún daño o en su caso brindar una ayuda al beneficiario y su grupo familiar primario con el fin de mejorar su calidad de vida.”.

Las prestaciones no remuneratorias tienen dos efectos esenciales.



- a) No están sujetas a aportes y contribuciones a la seguridad social: el monto de las prestaciones no remuneratorias no son pasibles de aportes (retenciones del salario a cargo de los trabajadores) ni están sujetos a contribuciones patronales.
- b) No son computables a los fines remuneratorios o laboratorios: al no tener carácter remuneratorio, no son base de cálculo de cualquier prestación que sí tenga dicha naturaleza (aguinaldo, vacaciones, licencias pagas, etc.). con ello se los excluye de otras prestaciones como, por ejemplo, la indemnización por despido, que se calcula en base al mejor salario normal y habitual, del cual debemos excluir las prestaciones no remuneratorias.

2.1.7.1. Derecho laboral a las vacaciones

El tratadista (Cabanellas, 1963) considera a las vacaciones anuales, como derecho a descanso ininterrumpido y remunerado, como sigue, “El derecho al descanso ininterrumpido -variable desde unos días hasta más de un mes- que el trabajador tiene, con goce de remuneración, al cumplir determinado lapso de prestación de servicios”. Complementa, las vacaciones como ininterrumpidas, pueden ser desde unos días hasta un mes.

El tratadista (Candia y Frescura L., 1986) sostiene, “[...] es el derecho concedido por la ley a todo trabajador después de cada año de trabajo continuo al servicio del mismo empleador para que goce de un periodo mínimo y retribuido de descanso en días laborales, cuya duración está predeterminado en forma progresiva y limitada, según la antigüedad en el empleo, sin dejar de percibir su remuneración.”

Asimismo, el tratadista (Alonso, 1981) define por vacación anual, “Como aquel derecho del trabajador, derivado de la relación que le liga con el empresario, y cuyo contenido consiste en la interrupción de la prestación de su trabajo durante un número determinado de jornadas consecutivas al año, sin dejar por ello de percibir las remuneraciones correspondientes a tales jornadas.”



Además, (Martinez, 1988) sostiene por “Vacación anual debe entenderse un número previamente determinado de jornadas consecutivas, fuera de los días festivos, días de enfermedad y convalecencia, durante las cuales, cada año, cumpliendo el trabajador ciertas condiciones de servicio, interrumpe su trabajo y continúa percibiendo su remuneración.”

2.1.7.1.1. Fundamento de las vacaciones anuales

El tratadista (Thayer, A. y Novoa F., 1980) sostiene que la vacación es un beneficio laboral y como fundamento sería la recuperación de energías del trabajador, con implicancia familiar, social, amical y oportunidad de viajes, esto como sigue.

Desde diversos ángulos puede analizarse el fundamento de este beneficio laboral: forma de permitir al trabajador recuperar biológicamente sus energías gastadas durante el año de trabajo; forma de distracción, alternando el fatigoso trabajo rutinario con un periodo de descanso más o menos prolongado; manera de hacer vida familiar intensa, más aún cuando coinciden las vacaciones del jefe del hogar, en forma total o parcial, con las vacaciones escolares; oportunidad de viajes, paseos, visitas a parientes o amigos, volver al terruño donde se nació y aún viven amigos o parientes.

Por otro lado, el tratadista (Rendon, 1986) analiza desde la finalidad de las vacaciones anuales, como sigue.

Periodo vacacional tiene por finalidad de darle al trabajador la oportunidad de un descanso largo para permitirle eliminar completamente la fatiga acumulada en el año y sustraerlo a las tensiones del trabajo; pero, además de ello, le proporciona la posibilidad de reencontrarse con su familia y consigo mismo, el abandonar temporalmente la localidad donde vive, huyendo del tráfico urbano, de tomar contacto con la naturaleza, de conocer otros lugares y países. Más que el reposo físico, su efecto estriba en la tranquilidad espiritual, porque solo entonces el trabajador puede evadirse de la alienación del esfuerzo diario.

Asimismo, el tratadista (Krotoschin, 1981) en su análisis, parte del beneficio que causa las vacaciones anuales tanto al trabajador como empleador, como sigue, “Las vacaciones cumplen con el fin de dar al trabajador la oportunidad de reponer sus fuerzas para el trabajo, o simplemente de conservarlas lo más posible. Las vacaciones se otorgan no solo en interés del trabajador sino también del propio empleador, y desde un punto de



vista más amplio, es una medida de protección que beneficia a la salud pública en genera.”, en esa línea (Frescura y Candia, L.,1986) relaciona el goce de vacaciones con el incremento de productividad, “Vacaciones anuales remuneradas del trabajador responden a la necesidad vital de que este pueda restaurar las energías consumidas en largos periodos de actividad profesional y renueve así su capacidad productiva en beneficio propio y de la colectividad.”

Finalmente, el profesor (De Buen N. , 2002) por las vacaciones sostiene, “Las vacaciones constituyen una causa típica de interrupción de la prestación de los servicios por parte del trabajador. Su finalidad es clara: el permitir al trabajador, mediante un descanso más o menos prolongado, recuperar las energías, pero, sobre todo, aliviar la tensión que resulta del sometimiento diario a un régimen de disciplina y subordinación. En cierto modo el trabajador, mediante el disfrute de las vacaciones, recupera su libertad”.

2.1.7.1.2. El derecho a las vacaciones como derecho fundamental

El tratadista (Landa, 2017) al analizar el derecho al trabajo por su contenido, señala que este tiene dos vertientes: (i) el derecho de acceso a empleo y, (ii) el derecho a no ser despedido si no es por causa justa, señalando por el primero, si la persona cumple con los requisitos, condiciones para el puesto y habersele adjudicado la plaza, debe ser contratado; y, por el segundo, señala la causa justa de despido tiene que estar basada en la conducta o en la capacidad del trabajador, empero, si el despido no expresa la causa, el despido deviene en arbitrario por afectación al derecho al trabajo. Enfatiza, el derecho al trabajo es un derecho relacional porque otros derechos constitucionales laborales y no laborales también configuran la relación de trabajo, fundamenta como derecho relacional al derecho de trabajo, como sigue:

Entre los derechos fundamentales laborales, la constitución reconoce el derecho a la jornada máxima de trabajo y admite las jornadas atípicas, así como el derecho a la remuneración justa y adecuada, a la libertad sindical, el derecho a la



negociación colectiva y huelga, así como a participar en las utilidades de la empresa.

De otro lado, el artículo 23 de la constitución establece que ninguna relación laboral puede limitar el goce y ejercicio de los demás derechos constitucionales de la persona. Por ello, derechos como la vida, la integridad y la salud resultan exigibles al empleador, de modo tal que este debe adoptar las medidas de protección e higiene industrial adecuados para salvaguardarlos.

Asimismo, resulta aplicable el derecho de libertad de expresión, de modo tal que los trabajadores puedan formular críticas u observaciones sobre la gestión del empleador. Sin embargo, tal libertad no ampara el insulto o la falta de respeto.

También, entre otros derechos fundamentales, interviene en la relación de trabajo el derecho al secreto de las comunicaciones que alcanza a las comunicaciones realizadas mediante correo electrónico institucional, pues el contenido del mensaje no puede ser objeto de injerencia por parte del empleador, aun cuando este es el que proporciona dicha herramienta de trabajo.

La dignidad en el trabajo, con el fenómeno de la constitucionalización del derecho del trabajo, ha tomado mayor desarrollo, porque la persona en su deber de trabajar, tiene derecho a cumplirlo en las condiciones de salubridad, esta última es la condición que debe garantizar el empleador por su diligencia y observancia de leyes estatales. Para el tratadista (Belmont, 2017), “se ubica a la dignidad en el fundamento del concepto moderno de los derechos humanos. Suele afirmarse a la dignidad humana como la reafirmación de la idea del ser humano visto como un fin en sí mismo, no mediatizado. [...]”, añade la dignidad humana en el plano del derecho de trabajo, como sigue, “el trabajo humano se integra a las condiciones que permiten a cada persona desarrollar sus capacidades y potencialidades. La idea de dignidad en relación con el trabajo, ha alcanzado un importante desarrollo vinculado al establecimiento de condiciones mínimas, es decir, justas y equitativas de trabajo y de trato, garantizadas y mediante los derechos en el trabajo, donde tendría lugar la expresión de los derechos humanos.”

Los tratadistas (Castañeda J, Rodríguez P. y Rodríguez J., 2019) sostienen, que la ubicación de los Derechos Económicos, sociales y culturales (DESC) en una sección diferente a los derechos fundamentales, no implica que no sean derechos fundamentales, precisando por esta última como, “están definidos o relacionados como derecho humanos



que tienen una relación directa a las condiciones económicas y sociales que las personas necesitan para vivir en libertad y dignamente, se relacionan con el trabajo, la seguridad social, la salud, la educación, la alimentación, el agua, la vivienda, un medio ambiente adecuado y la cultura”, que finalmente, cita el fundamento del Tribunal Constitucional Colombiana recaído en la sentencia T-570 de 1992, que establece lo siguiente.

Los Derechos Económicos y Sociales, aunque son de carácter prestacional por parte del Estado, estos son necesarios para el goce efectivo de los derechos civiles y políticos, la Corte expresó que [...] las diferentes categorías de tales derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana [...] sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.

El tratadista (Suárez, 2018), sostiene, en el derecho laboral, los derechos fundamentales pueden ser de dos clases: (i) específicos o (ii) inespecíficos. Por el primero sostiene que agrupan todos aquellos derechos tipificados expresamente en la constitución como derechos constitucionales; mientras por el segundo, considera que son otros derechos laborales no especificadas en la Constitución ni en la Ley, pero que pueden ser ejercidos por los trabajadores, como por ejemplo los que provienen de la costumbre.

2.1.7.1.3. Requisitos para goce del derecho a la vacación

El tratadista (Cánova, 2007) sostiene, para efectos de goce de vacaciones se debe cumplir hasta tres condiciones para su percepción, esto son los siguientes:

Para que el trabajador tenga derecho al descanso vacacional tiene que cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Tener una jornada mínima de 4 horas: una de las exigencias que plantea la norma es el cumplimiento de una jornada ordinaria mínima de 4 horas diarias; no obstante, no se especifica si podría considerarse cumplida esta condición en caso de que el trabajador labore una jornada semanal “promedio” de 4 horas diarias. En tal sentido, y considerando que la jornada máxima de los trabajadores siempre se calcula de manera semanal, debemos concluir que a los trabajadores que laboran un promedio mínimo de 4 horas a la semana también les corresponde el derecho al descanso remunerado. [...].



- b) Haber laborado durante un año completo: el requisito referido al cumplimiento de un año continuo de labores se computa a razón de un dozavo de la remuneración computable por cada mes transcurrido desde el ingreso y un treintavo por cada día. Las inasistencias al centro de trabajo no interrumpen el conteo para el año continuo de labores.
- c) Haber cumplido récord laboral: Dentro del año de servicios, los trabajadores deben cumplir con un determinado número de días efectivos de labor para tener derecho al descanso vacacional. Así, pueden presentarse los siguientes supuestos:

| JORNADA SEMANAL | RECORD VACACIONAL |
|--|--|
| Trabajadores con jornada ordinaria de 6 días a la semana | Deben haber realizado labor efectiva por lo menos 260 días en el año |
| Trabajadores con jornada ordinaria de 5 días a la semana | Deben haber realizado labor efectiva por lo menos 210 días en el año |
| Trabajadores con jornada ordinaria que se desarrolla en solo 4 o 3 días a la semana o en el que el centro de trabajo sufra paralizaciones temporales autorizadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo. | Los trabajadores tienen derecho al descanso vacacional siempre que sus faltas injustificadas no excedan de 10 en cada año de servicios. Se considera como falta injustificada las ausencias que no pueden considerarse como días efectivos de trabajo. |

A efectos del cálculo del récord vacacional, se considerarán días efectivos de trabajo los siguientes:

- La jornada ordinaria mínima de cuatro horas.
- La jornada cumplida en día de descanso cualquiera sea el número de horas laborado.
- Las horas de sobretiempo en número de cuatro o más en un día.
- Las inasistencias por enfermedad común, por accidente de trabajo o enfermedad profesional, en todos los casos, siempre que no supere 60 días al año.
- El descanso previo y posterior al parto: es decir los 45 días anteriores y los 45 posteriores al parto (descanso pre y posnatal, o mejor expresado aún: los 90 días anteriores o posteriores al parto (hoy 98 días) según hayan sido tomados por la interesada). Y en el caso de nacimiento múltiple dicho descanso se alarga a 120 días.
- El permiso sindical.
- Las faltas o inasistencias autorizadas por ley, convenio individual o colectivo o decisión del empleador.
- El periodo vacacional correspondiente al año anterior.
- Los días de huelga salvo que haya sido declarada improcedente o ilegal.

2.1.7.1.4. Pago de vacaciones a trabajadores que dejen de laborar

El tratadista (Arévalo, 2016) en su obra tratado de derecho laboral, señala que en el derecho a las vacaciones, la regla es el goce de vacaciones físicas y la excepción es el abono en dinero por la causa de extinción de vínculo laboral, esto como sigue:

En principio, el derecho de los trabajadores al goce vacacional remunerado no debe ser objeto de compensación o sustitución por otro, dada la finalidad que el mismo persigue; sin embargo, pueden presentarse casos de excepción, como es la extinción del vínculo laboral, en los cuales ante la evidente imposibilidad de su goce físico, la ley dispone que las mismas sean abonadas en dinero tal como explicaremos a continuación.



- a) Vacaciones no gozadas: son aquellas respecto de las cuales el trabajador ha alcanzado los requisitos exigidos por la ley para su goce, pero que no han podido ser disfrutadas. Los trabajadores que cesen en esta situación tienen derecho a que se les abone el íntegro de la remuneración vacacional [...].
- b) Vacaciones trunca: si el contrato de trabajo se extingue antes que se cumpla el periodo adquisitivo de un año, el trabajador tiene derecho a que se le pague por concepto de vacaciones una parte proporcional de la remuneración vacacional en relación al tiempo laborado. [...] para que proceda el abono de récord trunco vacacional, el trabajador acredite por lo menos un mes de servicios a su empleador. Cumplido este requisito el récord trunco será compensado a razón de tantos dozavos y treintavos de la remuneración como meses y días computables hubiera laborado, respectivamente. [...].

2.1.7.1.5. Derecho a las vacaciones derecho disponible pero no renunciabile

Se ha sostenido que los beneficios laborales y sociales son de orden público y como tal son irrenunciables. El tratadista (Neves, 2018) cuando analiza el principio de irrenunciabilidad de derechos, entra a tallar las vacaciones señalando que este derecho tiene una estructura híbrida, una parte imperativa y otra disponible a cambio de una retribución extraordinaria, esto como sigue:

La Ley sobre Descansos Remunerados reconoce a los trabajadores el derecho a treinta días de vacaciones al año. El artículo 19 de la norma, sin embargo, tiene una estructura híbrida: quince de esos días deben ser necesariamente descansados y remunerados (parte imperativa), pero otros quince pueden ser cedidos por el trabajador, si este acuerda con su empleador que los va a laborar a cambio del pago de una compensación extraordinaria (parte dispositiva). Por consiguiente, si el trabajador conviene con su empleador en trabajar durante veinte de los treinta días de sus vacaciones, su acto será inválido respecto de los cinco días que exceden de los quince sobre los que la ley permite disponer. Aquí habría una renuncia. Pero sobre los quince restantes no habría problema, porque entran en el sector dispositivo de la ley. Sobre ellos habría solo una disposición y no una renuncia y, en consecuencia, un acto válido.

Pero precisemos aún más el caso. Si el trabajador aceptara prestar sus servicios durante diez de sus treinta días de vacaciones (moviéndose hasta allí dentro de la parte dispositiva de la ley, que le autoriza a ceder hasta quince), y lo hiciera sin acordar el pago de la compensación extraordinaria, sino solo mediante una retribución ordinaria, entonces su acto -respecto de esta específica cuestión- sería nuevamente inválido, porque ese aspecto de la parte dispositiva de la norma tiene carácter imperativo. Habría, por tanto, una renuncia.

De lo expuesto podemos concluir que hay una renuncia toda vez que el titular de un derecho nacido de una norma imperativa lo abandone voluntariamente. Esta situación será muy frecuente en el derecho del trabajo cuando se produzcan actos



de disposición, ya que la mayoría de normas de esta área son de derecho necesario relativo. Aquí presumimos la imperatividad relativa de las normas, [...].

Pues bien, el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del titular de un derecho recaigan sobre derechos originados en normas imperativas y sanciona con la invalidez la transgresión de esta regla.

2.1.7.1.6. Vacaciones del trabajador, obligación laboral del empleador

Las vacaciones como derecho o beneficio laboral reconocida por la ley a favor del trabajador, en la doctrina se analizó que los derecho nacidos de fuentes normativas y no normativas, constituyen deberes para el empleador, que el tratadista (De Diego, 2002) por deberes del empleador sostiene que “se denomina así al conjunto de obligaciones a cargo del empleador, nacidas de la ley, los convenios colectivos o el contrato individual, comenzando por su deber primero que es el de abonar los salarios en forma íntegra y oportuna”, además, este deber del empleador abarcaría un espectro de deberes como: (i) el pago de la remuneración, (ii) cumplir con los organismos sindicales y de la seguridad social. Certificado de trabajo (concepto del deber de cumplimiento de las cargas sindicales y de la seguridad social), (iii) prevención o seguridad, (iv) protección, alimentación y vivienda, (v) ocupación, (vi) diligencia e iniciativa, (vii) no discriminación e igualdad de trato, (viii) respeto por la libre expresión, (ix) deber de indemnidad, (x) formación profesional y capacitación.

Por el deber de diligencia e iniciativa del empleador, sostiene, “consiste en el conjunto de medidas que debe adoptar el empleador para que el trabajador pueda disfrutar del goce íntegro de los beneficios y prestaciones originadas en el contrato de trabajo, con prescindencia de si el trabajador cumple adecuadamente con su trabajo o no.”

2.1.8. La prescripción de derechos laborales

La “prescripción” como institución jurídica que extingue la “acción” por el sólo transcurso del tiempo, mas no extingue el derecho subjetivo de contenido real o crédito,



sino transcurrido el plazo legal, estos derechos se mantienen como derecho natural del acreedor, sin posibilidad de exigirlos ante los tribunales. El sustento de la prescripción en el ordenamiento jurídico encuentra en la seguridad jurídica. Así, la prescripción encontramos de dos tipos: la adquisitiva sobre derechos reales y la extintiva sobre créditos. El tipo de prescripción que abordamos es la extintiva sobre los derechos laborales, que hacen al trabajador o ex trabajador, titular de créditos laborales reconocidos por el derecho de trabajo generados por el tiempo de prestación de sus servicios subordinados a su empleador, razón por la que dejamos de tratar la prescripción adquisitiva.

El tratadista (Osorio, 2010) en su diccionario jurídico por la “acción”, “[...] la define como derecho que se tiene a pedir alguna cosa en juicio, y modo legal de ejercitar el mismo derecho, pidiendo en justicia lo que es nuestro o se nos debe. Para Capitant, es el remedio jurídico por el cual una persona o el Ministerio Público piden a un tribunal la aplicación de la ley a un caso determinado. Y para Couture es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, consistente en la facultad de acudir ante los órganos de la jurisdicción, exponiendo sus pretensiones y formulando la petición que afirma como correspondiente a su derecho.”

El tratadista (Ramirez, 2000) al realizar el estudio de la institución de la “prescripción”, expone su origen en el derecho Romano, que ha sido tratado como unitario, esto es, sin hacer distinción sobre prescripción adquisitiva de la extintiva, la que también habría redundado en el Código Napoleón. La distinción habría partido en el Derecho Germano con los pandectistas en la elaboración del BGB, luego fuertemente influenciado en el Derecho Italiano, que también habría tenido fuerte influencia en el Código Civil Peruano de 1984, concluyendo.



La prescripción es una institución jurídica de raigambre romana y de origen procesal, fundada en el transcurso del tiempo. (...). El transcurso del tiempo para la consolidación de un derecho determinó que en el mismo Derecho Romano se hiciera necesario precisar la duración de la posesión para hacer procedente la usucapio, esto es, la adquisición del derecho. [...] el Código Civil francés de 1804 [...] con la doctrina francesa formuló la idea general de la prescripción extintiva, que también denominó liberatoria, pues al producir la extinción del derecho de crédito por el transcurso del tiempo, el deudor quedaba liberado de su obligación. La misma doctrina francesa llegó a sostener que la prescripción extintiva no extinguía el derecho sino la acción judicial correlativa, ya que el acreedor que dejaba transcurrir un plazo determinado por la ley perdía la acción para hacer efectivo su crédito frente a su deudor.

[...].

La prescripción es, en esencia, y desde su origen románico, una excepción oponible a la pretensión para enervarla o neutralizarla. Por eso, es acertada la doctrina que ve en la prescripción no una causa de extinción de la pretensión, sino el fundamento de un medio de defensa, como es la excepción.

Por su parte, el tratadista (Toyama J. , 2001) sobre la Protección, Privilegio, Tiempo, Forma y Pago de los Beneficios Sociales, en el extremo del tiempo hace mención a la “prescripción laboral” como medio extintivo del ejercicio de la acción por el transcurso del plazo y por la inacción del titular del derecho subjetivo, concluyendo.

[...], la prescripción extintiva es un instituto procesal por la cual se extingue la posibilidad de interponer una acción -no el derecho- por la inacción del titular de un derecho subjetivo en un determinado plazo.

Por medio de la prescripción, entonces, se pretende otorgar seguridad jurídica de tal manera que una persona no tenga un plazo indefinido para entablar una demanda. En otras palabras, la prescripción supone una suerte de sanción para el titular de un derecho subjetivo que, oportunamente, no interpuso una acción y permite que, con el transcurso del tiempo, mantenga su derecho pero con la imposibilidad de exigirla e invocarla a terceros.

[...].

Finalmente, tenemos el tema de la interrupción de la prescripción. En materia Laboral no existe ningún dispositivo que regule las causales de interrupción de la prescripción. Empero, en el CPC y el CC sí existen causales de interrupción y que, para efectos de este artículo, solamente los contraeremos a la demanda judicial. El numeral 4) del artículo 438° señala “el emplazamiento válido de la demanda produce los siguientes efectos: interrumpe la prescripción extintiva. [...] el acuerdo N° 05-99 del Pleno Jurisdiccional Laboral de 1999 indicó que las normas antes citadas no se aplican en materia laboral: El plazo de prescripción de las acciones por derechos derivados de la relación laboral se interrumpe con la demanda ante el órgano jurisdiccional.



Asimismo, el tratadista (Pasco, 2005) en su análisis sobre probable conflicto de la irrenunciabilidad con la prescripción citando a Vázquez Vialard señala, “en la figura de la prescripción “se enfrentan dos principios, uno del derecho del trabajo (el de irrenunciabilidad) y otro del derecho común (el de seguridad jurídica), al que normalmente la doctrina y las normas legales dan prioridad sobre la anterior” refiriéndose al derecho común, concluyendo en lo siguiente:

Consideramos que esa solución es razonable en la medida en que la inacción voluntaria del trabajador durante un lapso prudencial (...) demuestra su falta de interés para ejercer el derecho que la ley le reconoce. Por lo tanto, creemos que se justifica que transcurrido el plazo y en la medida en que la parte interesada oponga la defensa (ya por vía de acción -no es necesario que así lo haga- o de excepción, que debe hacerlo tempestivamente) (...), el trabajador pierda parte de la efectividad de su derecho, que se convierte así en una obligación natural.

En nuestro criterio el conflicto entre irrenunciabilidad y prescripción no existe, desde una perspectiva estrictamente jurídica.

En primer lugar, la renuncia “en un negocio jurídico, individual o bilateral (...) a través del cual el trabajador expresa el abandono de su derecho (en la medida en que se lo admite, es total). En cambio, en la prescripción no hay renuncia, sino inacción, que en la medida que se prolonga más allá del plazo fijado, daña la efectividad de la acción.

De otro lado y fundamentalmente, la prescripción no extingue el derecho, sino solo la acción para reclamarlo. El derecho como tal subsiste, aunque adquiera una diversa naturaleza: la de derecho natural. El trabajador no ha renunciado a él, aunque el ordenamiento no le ofrezca ya medios para hacerlo efectivo. [...].

Por ende, no puede objetarse la prescripción desde la perspectiva de la irrenunciabilidad, ya que el derecho, aunque en estado de latencia, sigue vivo y no ha sido objeto de renuncia. Tanto así que sí es reconocido recupera instantáneamente su efectividad y vuelve a ser jurídicamente exigible, fenómeno que no existe en la renuncia, que destruye el derecho subjetivo y exonera de modo irreversible al obligado.

[...].

Por lo demás, si el fundamento del principio de irrenunciabilidad es el carácter imperativo de la norma, tal carácter existe en otras normas jurídicas ajenas al campo laboral, y en todas ellas impera el principio prescriptivo, [...] una invulnerabilidad al paso del tiempo que contraría la necesidad de seguridad jurídica.

Y si se asume que hay también, en la sombra o a la espalda de la irrenunciabilidad, la idea de que el trabajador, cuando renuncia, lo hace compelido por la necesidad, sujeto a una ruda desigualdad jurídica, urgido por problemas económicos actuales, que lo pueden llevar a sacrificar parte de sus derechos, ninguna de esas situaciones no inválida ni está presente frente a la prescripción, que revela por el contrario que el trabajador ya no está presionado ni por la urgencia ni por la necesidad, a tal grado que puede permitirse dejar pasar un tiempo, por lo general muy prolongado, y que en la mayoría de legislaciones sólo cuenta desde que el vínculo laboral se



extingue, eliminando así también la presión psicológica implícita en el contrato de trabajo..

Asimismo, el tratadista (De Buen N. , 2000) en su análisis de reglamentación de la prescripción extintiva en las relaciones laborales, sostiene, “No cabe duda de que, si no estuviera debidamente reglamentada la prescripción extintiva, la vida de las relaciones laborales sería intolerable y no habría tiempo más que para atender a los conflictos, sin que exista capital que pudiera hacerles frente. En ello, inclusive, se produciría un fenómeno pernicioso para la estabilidad de las empresas y, por lo mismo, para los propios trabajadores”.

El tratadista (Neves J. , 2005) cuando realiza el análisis de la institución jurídica de la “prescripción” de derechos laborales en el tiempo desde la Constitución Política del Perú de los años 1979 y 1993, donde los derechos erigidos en normas imperativas sin bien son irrenunciables, mas no son imprescriptibles por su fundamento en la seguridad jurídica, señalando por ésta lo siguiente:

[...] el principio (*refiriéndose a la irrenunciabilidad*) protege, pues, al trabajador frente a la supresión de su derecho por un acto propio. Pero no determina, en modo alguno, la imprescriptibilidad de dichos derechos laborales. Esta institución (*refiriéndose a la “prescripción”*) tiene un fundamento distinto: por seguridad jurídica no se puede dejar abierta indefinidamente la posibilidad de interponer una acción para reclamar un derecho, sino que debe fijarse un plazo para ello. Ese plazo tiene que ser el razonable para que un justiciable diligente haga valer su derecho. Dejar transcurrir el plazo sin interponer el reclamo, no elimina el derecho, sino que suprime la acción. Tal es justamente la diferencia entre la caducidad y la prescripción. En el caso de que se venza el plazo y no se utilice el derecho a reclamar, lo que ya no podrá hacerse después, no hay renuncia alguna, porque el trabajador no se priva voluntariamente de un derecho, el que mas bien está pretendiendo ejercer tardíamente, sino simplemente un no ejercicio de su derecho de acción. La privación de la posibilidad de reclamar proviene de un mandato legal, que establece un plazo para ello. [...].

[...] en consecuencia, en el ámbito laboral, la prescripción se rige por la ley vigente al momento de iniciarse, sin importar si ésta ha sido modificada por otra, ni qué plazo establezca ésta. Estableciéndose en la Ley N° 27321 con vigencia desde veintitrés de julio del año dos mil (23/07/2000), como plazo de prescripción de derechos laborales, cuatro (4) años computables desde la extinción del vínculo laboral.



Asimismo, el tratadista (Osorio, 2010) por la seguridad jurídica señala, “Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio. A su vez la seguridad limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos. Como es lógico, la seguridad jurídica sólo se logra en los Estados de Derecho, [...]”

Por lo señalado, la prescripción extintiva de los derechos laborales, para el deudor es un medio de defensa mediante la excepción contra las pretensiones de créditos laborales formuladas por el ex trabajador, que se funda por el transcurso del tiempo y ejercicio tardío más allá del plazo establecido en la ley, teniendo como efecto jurídico la improcedencia de la pretensión por habersele extinguido su facultad de la acción, donde el derecho de crédito laboral está latente, vivo, pero ya no exigible ante los tribunales, pasando así a un derecho de diversa naturaleza, derecho natural. La prescripción de los derechos laborales encuentra su fundamento en la seguridad jurídica, esta seguridad manifestada directamente para la coexistencia de la estabilidad de las empresas y de los propios trabajadores, de modo tal, que esta estabilidad no sea afectada por la acción del derecho subjetivo por tiempos muy prolongados, donde el crédito laboral y sus intereses laborales se habrían acumulado excesivamente, poniendo en riesgo el capital de las empresas y la estabilidad de los trabajadores, que frente al embargo de bienes de la empresa puede conllevar a la quiebra de la empresa y con ello, los trabajadores serian cesados, afectándose así el interés general de la clase trabajadora. Así la irrenunciabilidad no riñe con la prescripción extintiva, la primera actúa frente al despojo de derechos por



autonomía de voluntad del trabajador, mientras el segundo opera por la inacción del ex trabajador.

2.1.9. Laguna de la ley

El tratadista (De Diego, 2002) respecto a las lagunas en las leyes laborales, serían los vacíos en el sistema jurídico, esto es, en las disposiciones normativas no estarían contempladas una situación o circunstancia, por consiguiente, no se encuentra en una norma que resultaba aplicable a un caso en concreto, habilitando recurrir a la analogía o a los principios generales del derecho de trabajo. Esto como sigue:

Laguna de la ley, son aquellos vacíos que tiene el sistema jurídico en donde las normas no han contemplado una situación o circunstancia, y por ende, no se encuentra una norma que resulte aplicable.

Al respecto, [...] se debería recurrir a las leyes análogas, o en su caso, se podrá resolver la cuestión en base a los principios de la justicia social, a los principios generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe.

El tratadista (Guastini, 2016) sostiene, las lagunas del Derecho denotan cuatro fenómenos diversos: i) las lagunas normativas propiamente dichas, “en un ordenamiento hay una laguna normativa cada vez que se presente un supuesto de hecho por el cual ninguna norma del ordenamiento prevea una consecuencia jurídica cualquiera” ii) lagunas técnicas, ocurre cuando en una ley no existe norma complementaria para su eficacia de otra norma; iii) lagunas axiológicas, es cuando un determinado supuesto de hecho está regulado, pero lo está de modo insatisfactorio, exige de una norma justa; y, iv) lagunas institucionales, se presenta cuando por causa de *facto*, una de las instituciones deja sus funciones. Por las lagunas y técnicas interpretativas, señala:

Las lagunas son a menudo presentadas como un (peculiar) problema de interpretación. Bien vistas las cosas, sin embargo, son algo más complejos. [...].

En consecuencia, una laguna abre no ya un problema interpretativo, sino un problema de otra naturaleza. [...] un problema alegado por una laguna no puede ser resuelto por vía de interpretación: para colmar una laguna es necesario “integrar” o completar el sistema jurídico, produciendo una norma nueva. (i)En



primer lugar, la interpretación puede prevenir una laguna, evitarla: en el sentido que los textos normativos a disposición pueden ser interpretados de modo tal que la laguna ni siquiera se presente. (ii) en segundo lugar, la interpretación, como puede evitar las lagunas, así también puede producirlas: en el sentido de que los textos normativos a disposición pueden ser interpretados de modo tal que una laguna se presente; (iii) en tercer lugar, la interpretación -si puede producir las lagunas, o prevenirlas- no puede, empero, colmar las lagunas: la laguna, si se presenta, lo hace solo por la interpretación ya ocurrida. Para colmarla, no queda más que integrar el derecho, o sea, crear derecho nuevo. [...].

Asimismo, (Guastini, 2016), para efectos de satisfacer o colmar las lagunas de la Ley, señala como procedimientos interpretativos idóneos para *prevenir* las lagunas, los procedimientos interpretativos idóneos para *producirlas*, y las técnicas de integración del derecho idóneas para *colmarlas*, integrando o completando el ordenamiento, sosteniendo por como las técnicas idóneas para producir lagunas legales, (i) el argumento a contrario (en una de sus variantes) y, (ii) el argumento de disociación. Señalando por el primero, es utilizado como sustento de una interpretación literal, de forma que excluye que la disposición interpretada no pueda ser aplicada a supuestos de hecho diversos y ulteriores a los supuestos de hecho incluidos en el significado literal de la disposición normativa; mientras por segundo, sostiene, en introducir en la disposición normativa una distinción no considerada por el legislador, reduciendo la aplicación de una disposición a un determinado supuesto de hecho. Y finalmente, como técnicas para prevenir y colmar las lagunas de la ley sostiene lo siguiente:

- (i) Argumento “a contrario sensu” (en su segunda variante) puede ser usado para recabar de la disposición interpretada -supongamos: “Si poseedores de gatos, entonces obligatorio pagar un impuesto”- una norma implícita que conecta una consecuencia jurídica (contraria) a todos los supuestos de hecho no literalmente incluidos en la disposición de que se trata. “Si poseedores de gatos (sino, en cambio, poseedores de perros, tigres, serpientes y así sucesivamente), entonces no obligatorio pagar aquel impuesto”. De tal modo se excluye que los supuestos de hecho no literalmente incluidos queden carentes de regulación jurídica, ya que la disposición, mientras prevea expresamente los supuestos de hecho a que se refiere, conectando a ellas una consecuencia jurídica cualquiera, al mismo tiempo también regula implícitamente todas las otras, conectando a ellas la consecuencia jurídica opuesta. [...]



- (ii) Interpretación extensiva, se denomina “extensiva” aquella interpretación que precisamente, extiende el significado literal -más inmediato- de una disposición de manera que incluya en su campo de aplicación también supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no estarían allí. Tal interpretación puede ser argumentada recurriendo a los argumentos analógicos (*o a simili*) y a *fortiori*. Así, si una disposición conecta una consecuencia jurídica al supuesto de hecho “poseedores de gatos”, se puede sostener que ella regula también los supuestos de hecho “poseedores de perros” y “poseedores de tigres”, aduciendo, a la luz de una cualquiera supuesta *ratio legis*: (a) o que estos dos supuestos de hecho son similares, bajo un perfil relevante, al supuesto de hecho regulado (argumento analógico); (b) o que ellos merecen, con mayor razón, la misma regulación (argumento *a fortiori*). [...].
- (iii) Interpretación evolutiva, propiamente hablando no es una técnica interpretativa específica. Se denomina evolutiva aquella interpretación que tiende a adaptar viejas (o relativamente viejas) disposiciones a supuestos de hecho concretos y nuevos, no incluidos en el significado “originario” de la disposición, aduciendo algo como el cambio de las circunstancias económicas, políticas, sociales, la evolución de la “conciencia social” y similares. [...].

2.1.9.1. Los principios generales del derecho del trabajo como elemento de integración jurídica y solución a las lagunas legales

El tratadista (De Diego, 2002) por principios generales del derecho del trabajo sostiene que, “se denomina así a las reglas o pautas inmutables que rigen la materia y que tienen por fin salvaguardar la dignidad del trabajador y protegerlo de los eventuales abusos del empleador, además de preservar la unidad sistemática y orientar al intérprete como al legislador dentro de la rama específica”, añade, que dichos principios generales del derecho del trabajo caracterizan la autonomía de esta rama del derecho y hace que tenga identidad propia y hace diferente frente a otras ramas del derecho. Además, señala que cumple varias funciones, entre las que sigue:

- a) Son un elemento de integración jurídica: los principios buscan integrar el sistema dentro de una unidad sistemática que ofrezca seguridad, evitando con ello los desvíos asistemáticos que producen *desfasajes*, tanto al legislador cuando elabora la ley como al intérprete cuando se aspira a resolver los conflictos en base a la unidad del sistema o subsistema bajo consideración.
- b) Conforman una regla que orienta e integra la interpretación: los principios, por ser pautas permanentes que ilustran y orientan al interprete, ya sea frente a una acción judicial, ya sea para adecuar la norma abstracta al caso particular, en el marco de las relaciones laborales. [...].



- c) *Evitan desvíos y preservan la unidad sistemática*: los principios tienden a armonizar el sistema evitando que los institutos pierdan el rumbo adecuado, o que por efecto de interpretaciones radicales, o de la constante creación de normas (legales o convencionales), se cambie el sentido o el objetivo intrínseco de los valores y fines custodiados. Con ello se logra que las normas abstractas y su aplicación práctica al caso concreto guarden una adecuada interrelación.
- d) *Cubren las lagunas del derecho*: tienen una función supletoria para el juez o para el intérprete, ya que se debe recurrir -entre otras pautas- a los principios generales para suplir los vacíos de la ley.

Finalmente, sostiene que son principios generales del derecho del trabajo los siguientes: protectorio, irrenunciabilidad, continuidad, primacía de la realidad, buena fe, justicia social, equidad, prohibición de hacer discriminaciones y gratuidad de los procedimientos.

2.1.10. Derecho a la tutela

El derecho a la tutela, resultado de la constitucionalización del derecho a la acción, que atravesó desde el Derecho Romano con la *actio* hasta la denominación de la tutela jurisdiccional efectiva en los finales del siglo XIX, esta última preocupada en la necesaria idoneidad y oportuna protección del derecho material a través del proceso, donde las partes ante la decisión mediante sentencia idónea y oportuna del Juez, sea obligatorio y efectiva la satisfacción del derecho discutido.

Por la evolución histórica del derecho de la *actio*, el tratadista (Priori, 2014) sostiene, en la segunda mitad del siglo XIX no se concebía el derecho de la acción como una categoría distinta del derecho material, sino se pensaba que el derecho de acción se ejercía contra el adversario, esto siguiendo a la definición de Celso, para quien la acción era el derecho de perseguir en juicio lo que le era debido (derecho material) y así fue aceptado; sin embargo, la doctrina Alemana del siglo XIX repensó profundamente el derecho a la acción y sentó bases que en el siglo XX su discusión fue fructífera, esas directrices serían las siguientes: i) la aproximación histórica a cualquier estudio que quisiera hacerse sobre la acción; ii) el fuerte contenido dogmático de su discusión y iii)



los conceptos se elaborarían sobre la base de la relación de la acción con el derecho material.

El tratadista citado, señala que los romanos no tenían una definición sobre la *actio*, sino *actio* representaba múltiples acepciones como “*De agere Actio*”, “*Legis actiones*”, citando Savigny señala “no todos los juristas romanos clásicos usaron la palabra *actio* en el mismo sentido, Papaniani usaba la palabra *actio* para referirse a la *actio in personam*, Ulpiano y Gayo usaban la palabra *actio* para referirse al género (*actio in personam* y *actio in rem*). En obra de Gayo se conoce el procedimiento formulario que consta de cuatro partes: *demonstratio*, *intentio*, *adjudicatio* y *condemnatio*.

Siguiendo al tratadista citado, señala, para Savigny el derecho a la acción es una nueva relación entre el agresor y el ofendido como resultado de la violación del derecho. “esta relación se llama derecho de actuar o de acción en sentido sustancial, que es distinto de la acción en sentido formal, es decir, a la efectiva actividad del ofendido, mediante la cual él hace valer su derecho de actuar, actividad que con sus condiciones y formas corresponde a la teoría del procedimiento”, concluyendo, i) que la acción es para Savigny un nuevo estado del propio derecho material violado, confundiéndose con él y ii) que a cada derecho le corresponderá una acción. No existe en la concepción de Savigny, la idea que sea un derecho ejercido frente al Estado, sino ejercido inter partes (*privado*), y no frente al Estado.

Sin embargo, la polémica surge con Windscheid, quién en posición opuesta a Savigny sostiene, “La *actio* o acción, es la facultad, inherente a todo derecho, de invocar en el caso en el que este venga lesionado, la tutela de la autoridad judicial. El derecho de acción subsiste incluso antes de la violación, pero solo se torna realizable inmediatamente después de esta. *La actio* no es nada derivado, ella es algo original y autónomo y establece



una nueva noción, la de pretensión al señalar, “El ordenamiento jurídico no es el ordenamiento de los derechos, sino más bien el de las pretensiones judicialmente perseguibles”, recibiendo crítica de Muther al sostener, “hemos demostrado que el ordenamiento jurídico romano no era el ordenamiento de las pretensiones judicialmente perseguibles, sino el ordenamiento de los derechos, y que sólo los derechos podrían ser perseguibles en juicio”.

Finalmente, (Priori, 2014) concluye, la noción de pretensión elaborada por Windscheid resulta fundamental para el surgimiento de la noción abstracta de la acción y que sirvió de base dogmática para la posterior elaboración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

El tratadista (Couture, 2010) define la acción como “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión. [...] toda persona tiene derecho, en condiciones de igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. [...]. Este poder jurídico compete al individuo como tal, como un atributo de su personalidad”, que a posición de (Priori, 2014) señala que, Couture estable una relación entre acción y realización efectiva de las garantías de la justicia.

La elevación a rango constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ha determinado el surgimiento de diversos principios, como el de flexibilidad de las normas procesales, destinados a permitir que el juzgador, en el caso concreto pueda, pero aun con ciertas restricciones, lo que supone una incursión del juzgador en labores que bajo el paradigma del Estado de derecho estaban circunscritas esencialmente en las labores propias del Poder Legislativo.

Sin embargo, más allá de establecer esas competencias y alcances de la función del Poder Judicial de adecuar las normas procesales ¿puede el poder judicial, en aras de dar una protección eficaz a los derechos, crear para el caso concreto un



remedio que no ha sido previsto por el legislador, modificarlo o atenuarlo? No hablamos de la función de crear derechos, sino de ingresar solo ámbito de remedios. ¿O es que el Juez está circunscrito a satisfacer derechos dentro de los límites y con los remedios previstos por el legislador?

De este modo, si asumimos que la tutela jurisdiccional efectiva se vulnera también cuando la respuesta jurisdiccional que el juez debe dar para la protección de un derecho no es capaz de dar plena satisfacción del derecho material, debido a la estructura del remedio previsto por el legislador, de modo que si el juez otorgase ese remedio, no está protegiendo verdaderamente el derecho.

El tesista (Montero, 2015) citando a Escobar Rozas, quien citó a Bigliuzzi, por la tutela sostiene, “la palabra “tutela” es empleada para designar dos cosas distintas: *la primera*, entenderla como sinónimo de reconocimiento que la norma realiza respecto de un interés, elevándolo así a rango de presupuesto de cierta situación jurídica subjetiva - calificación de juridicidad-; *la segunda*, como sinónimo de protección, siendo así una reacción del ordenamiento jurídico cuando un interés -previamente tomado en cuenta- ha sido lesionado.”, precisando por tutela del derecho subjetivo como “[...] una situación subjetiva de ventaja que nace a modo de reacción del ordenamiento jurídico ante la lesión (o peligro de lesión) de un interés”, concluyendo, que la tutela tiene por finalidad eliminar la obstrucción de la satisfacción del interés protegido o lograr la satisfacción de uno nuevo cuando el original hubiera desaparecido.

Los tratadistas (Taruffo M. Gonzales J. Chamorro F. Luiso F. Marinoni L. Ramirez D. San Martín C. Santistevan J. Abad S. Priori G. Ledezma M. Reggiardo M. Matheus C. Palacios E. Sumaria O. Cuba y castañeda F., 2009) citando a Francisco chamorro Bernal y Jesús Gonzáles Pérez por derecho a la tutela jurisdiccional efectiva sostienen:

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego de cual se expedirá una resolución fundada con posibilidad de ejecución.



Dicho concepto, abarca los grados de este derecho, que a saber son, una tutela jurisdiccional en primer grado que comprende el acceso a la jurisdicción, una tutela jurisdiccional en segundo grado que comprende el obtener una respuesta que resuelva el conflicto y que esté fundada en derecho; y una tutela jurisdiccional de tercer grado que exige que esta respuesta que otorga el órgano jurisdiccional sea susceptible de ser ejecutada, el cuarto grado determina la efectividad del derecho que en conjunto es elevado al rango de constitucional y por lo tanto genera en el Estado una protección especial a través de las garantías constitucionales cuando se percibe una lesión en cualquiera de esos grados, y además de la obligación de promoción de este derecho en oposición a formas restrictivas a este derecho.

Asimismo, para lograr la efectividad, este concepto se apoya sobre un sustento teórico definido por los principios del pro actione (a favor del ejercicio del derecho de acción), la razonabilidad, y la obligación del Estado de promover y proteger este derecho, principios por los cuales en caso de dudas ante la forma prescrita no se puede impedir o restringir el ejercicio del derecho de acción, [...].

2.1.10.1. Derecho a la tutela de derechos laborales

El tratadista (Castañeda J. Rodríguez P. y Rodríguez J., 2019) analiza a la remuneración como mínimo vital, reconocidos en la Constitución Política de Colombia y los pronunciamiento del Tribunal Constitucional de ese país, que parte sosteniendo que el derecho de trabajo en la Constitución Política del Estado Colombiano no se encuentra ubicado en el capítulo de derechos fundamentales, sino dentro del capítulo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dicha ubicación del derecho del trabajo en este capítulo de la Constitución, no quita la categoría de derecho fundamental por su ubicación, sino atendiendo a la vinculación o conexidad de la remuneración con la dignidad humana, reconoce a los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales, por su tal consideración, gozan de tutela de acción para su protección. Concluyendo el autor como sigue:

[...], si bien la Constitución se encuentran los derechos fundamentales en capítulos diferentes a los DESC; la Corte Constitucional ha señalado que no obedece su posición a lo que puede ser considerado un derecho fundamental, pues a pesar que los DESC son caracterizados por su carácter prestacional, la jurisprudencia a establecido su reconocimiento como derechos fundamentales por su estrecha relación con la dignidad del ser humano y con la necesidad de contar con un mínimo de medios materiales para el disfrute de los demás derechos específicos en la Constitución Nacional. Además la Corte en aras de ampliar la



protección de los DESC, resalta la tesis de la conexidad, donde gracias a este concepto se protegen estos derechos, cuando existe vulneración a una vida digna e integridad, esta conexión facultó a los DESC para reclamar mediante la acción de tutela la vulneración de derechos.

El derecho al mínimo vital, [...] hace parte de los DESC y actúa en conexidad con los demás derechos fundamentales, con una relación directa con el disfrute de una vida digna, por ello, la corte constitucional, [...], estableció el mínimo vital, como un derecho fundamental y estableció su relación directa a los principios de dignidad humana, [...].

El mínimo vital, se constituye como principio para el disfrute de una vida digna, [...], la reclamación de acreencias laborales vía de acción de tutela, se considera que es eficaz, porque la ausencia de salarios tiene una relación directa con el mínimo vital ya que afecta claramente la calidad de vida de una persona y en este sentido su dignidad, [...]. La demora en el pago de salarios o demás acreencias laborales, pueden llevar al trabajador a una precaria situación económica que puede afectar su integridad, [...].

Los derechos fundamentales, en este caso la retribución salarial actúa en conexidad al derecho fundamental a la subsistencia, reconocido por la Corte constitucional por su relación intrínseca a la salud, la vida, al trabajo y a la seguridad social; pero no se extingue solo en la satisfacción de necesidades del trabajador, pues también compromete al núcleo familiar que dependen económicamente de él.

Asimismo, el tratadista Argentino (Vazquez, 1999) respecto a la tutela del crédito laboral, esencialmente sostiene, que la tutela del crédito laboral está conformado por el conjunto de normas de carácter sustantiva y formal a fin de evitar fraudes de quiebra del empleador y el fraude laboral, además de proteger los derechos laborales de los trabajadores, derechos consistentes en remuneraciones y todo otro beneficio que se genera por la ejecución del contrato de trabajo, así como los derechos generados con la extinción del contrato de trabajo. Enfatiza que los salarios y demás derechos laborales deben cumplirse con el pago y los descuentos por retenciones habilitadas por ley en las fechas máximas de ley, atendiendo a su periodicidad. Todo exceso a dicho plazo habilita la mora, así el pago ha de efectuarse mediante depósito a nombre del trabajador cuando el



empleador tenga igual o mayor 100 trabajadores de lo contrario en lugar de trabajo, lo que en adelante constituye obligación del empleador, obligación que la autoridad administrativa laboral realiza el “control y supervisión” de su cumplimiento. Señala que en la Argentina con la dación de la Ley N° 23.472 se crea un fondo de Garantía de los Créditos Laborales administrado por la ANSeS, que habría sido creado a mérito del Convenio 173 de la OIT sobre “protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador”, que entre sus funciones es “adelantar parte de los créditos laborales a los trabajadores como consecuencia de la insolvencia de su empleador”, subrogándose en el derecho y acciones del trabajador respecto de las sumas entregadas, exigiendo como requisito que el trabajador haya participado en el procedimiento concursal, concluyendo:

Por tutela del crédito laboral como medida de protección del salario. - con el objetivo de evitar fraudes y garantizar al trabajador la percepción íntegra, real y tempestiva de su salario (obligación del empleador a la que se asimilan las demás que tienen su origen en una relación de trabajo, como consecuencia de su ejecución o una extinción; [...], se establecen una serie de exigencias que deben cumplirse para que el acto surta efecto, [...].

Por el lado peruano, el tratadista (Arce, 2012) realiza una crítica al legislador procesal de trabajo por dos cuestiones, *primero*, al no haber previsto una vía procedimental acorde al principio de celeridad para la tutela de protección de derechos fundamentales del trabajador y, *segundo*, por haber establecido como vía procedimental ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales de trabajo, cuando por lo menos debió considerarla en la vía abreviado porque guardaría mayor afinidad a la celeridad; por otro lado, también la crítica hace al Tribunal Constitucional, dado a la laboralización de la Constitución Política del Perú y con ello, los derechos laborales como derechos fundamentales por conexidad a la dignidad humana, al haber cerrado o restringido el proceso de amparo con la dación de la sentencia recaída en el expediente N° 206-2005-PA/TC (caso Baylón Flores), al establecer como precedente vinculante, “el pago de remuneraciones y beneficios económicos” deben tramitarse en la vía ordinaria laboral y



el tropiezo con la actividad probatoria, estación que no la tiene la acción de amparo, cerrándose así la posibilidad de realizar nuevos pronunciamientos que habiliten la acción de amparo. Concluye sobre la afectación al derecho de remuneración cuando el monto de la pretensión sea inferior a cincuenta unidades de referencia procesal (URP), como sigue:

Pareciera que el derecho a la remuneración no es un derecho fundamental o que ningún acto puede lesionarlo, debido a que el legislador procesal divide las competencias del procedimiento ordinario y del procedimiento abreviado sólo en función del monto demandado.

Por ejemplo, si a un trabajador no se le paga su remuneración mínima vital (RMV), entonces se está lesionando el derecho constitucional a la remuneración mínima. Nada tiene que ver en esta calificación que el monto demandado pase las cincuenta URP o no. Cualquier violación de RMV debe ser tramitada como una lesión a un derecho fundamental, al margen del monto.

Este es un caso más donde es patente que el legislador procesal no tuvo en mente una posible violación del derecho a la remuneración, sino simplemente se visualizó la misma como un problema de cálculo. Creo que igual error cometió el TC en la sentencia Baylón Flores cuando señala con rotundidad que “el pago de remuneraciones y beneficios económicos” debe tramitarse en la vía ordinaria laboral. Tampoco el TC pudo advertir que el derecho a la remuneración es un derecho fundamental del trabajador y que puede ser lesionado.

2.1.10.2. Clases de tutela

La tutela como mecanismo de defensa de un derecho material, en la materia laboral en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral recaído en el Decreto Legislativo N° 728, frente al despido arbitrario, el legislador ha establecido como mecanismo de defensa del derecho al trabajo, la tutela resarcitoria y la tutela restitutoria, en adelante constituyen dos tipos de tutela reconocidos en el Derecho de Trabajo.

2.1.10.2.1. Tutela resarcitoria

El tratadista (Ossorio, 2010) define por resarcir como “Efectuar un resarcimiento” y por resarcimiento sostiene, “Toda reparación o indemnización de daños, males y perjuicios”, que el tratadista (Campos H. , 2012) cuando realiza un estudio sobre la



responsabilidad civil por el abuso en el ejercicio de derecho, señala, que los intereses lesionados pueden ser protegidos por la tutela resarcitoria.

Asimismo, el tratadista (Blancas, 2006) en el plano de la tutela frente al despido arbitrario en el marco de la Ley de Fomento de Empleo, esto es, despidos arbitrarios de hecho o los despidos sin expresión de causa ejecutados por el empleador, sólo será eficaz, cuando el empleador pague una compensación económica al trabajador vulnerado, habiendo denominado tutela resarcitoria, mas esta tutela no opera en los casos de despido nulo previstos en el artículo 29° de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral. Para lo cual, resulta menester insertar lo sostenido, como sigue:

Este sistema reparador fue mantenido, en su rasgos básicos, por la LFE pero ésta norma, de acuerdo a su orientación desreguladora, introdujo (art. 72) la posibilidad de que el Juez pudiera sustituir, en la sentencia sobre la acción de reposición, esta medida reparadora por el pago de la indemnización por despido cuando la reposición “resultare inconveniente dadas las circunstancias”. De este modo, la LFE abrió, por vez primera desde la década de los setenta, la posibilidad de sustituir la tutela restitutoria por la tutela resarcitoria en materia de despido, por voluntad ajena al trabajador, bien que dejando la decisión en manos del juez, lo que podía considerarse una garantía mínima.
[...].

De esta suerte, la LPCL ha reemplazado, para el supuesto del despido “arbitrario”, la tutela restitutoria por la tutela resarcitoria, lo que desde el punto de vista conceptual significa romper la conexión lógico-jurídica entre ilegitimidad-ineficacia del despido y admitir que el despido ilegitimo (incluso en los supuestos ya señalados del despido de hecho o sin expresión de causa) es, sin embargo, eficaz y sólo concede derecho a una compensación económica

2.1.10.2.2. Tutela restitutoria

El tratadista (Blancas, 2006) analizando el despido en el Derecho Laboral Peruano, señalando que en la Constitución Política del Perú del año 1979, la medida reparadora frente al despido incausado o injustificado, era la reposición con todos sus beneficios y, que el pago de una indemnización por el empleador como una medida alternativa, podía ser elegido por el trabajador al impugnar judicialmente el despido o en



ejecución de sentencia, una vez declarada la invalidez del despido. Precizando por tutela restitutoria lo siguiente:

La tutela restitutoria, plasmada en la reposición, obedece a la conexión lógica y jurídica entre ilegitimidad e ineficacia del despido, en razón de la cual la declaración judicial de ilegitimidad del despido conllevaba, como efecto necesario, la ineficacia del mismo, manteniendo la vigencia del vínculo laboral, siendo consecuencia directa de ello la obligación del empleador de reponer al trabajador en su puesto de trabajo.



CAPÍTULO III

MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. DISEÑO Y TIPO DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. Diseño

El metodólogo (Pineda, 2017) citando a Kerlinger, por diseño sostiene, “conceptualmente, el diseño es el plan y la estructura concebidos de manera que puedan obtenerse respuestas a preguntas de investigación.”, luego, concluye, “El diseño de la investigación se ocupa precisamente de esa tarea: su objeto es proporcionar un modelo de verificación que permita constatar hechos con teorías, y su forma es la de una estrategia o plan general que determina las operaciones necesarias para hacerlo.”

Por la clasificación del diseño en la investigación jurídica, (Pineda, 2017) clasifica hasta en tres diseños, siendo (i) diseño cuantitativo, (ii) diseño cualitativo y (iii) diseño mixto. Por el tipo de investigación en la presente tesis, nos limitaremos a la definición del diseño cualitativo, ello atendimiento a la naturaleza de la investigación de instituciones jurídicas, derecho a las vacaciones y el principio de irrenunciabilidad.

El metodólogo (Sampieri) por el diseño cualitativo sostiene, “En las investigaciones cualitativas, la reflexión es el puente que vincula al investigador y a los participantes”, esto es, para (Escobedo, 2009) la “investigación cualitativa es un paradigma que se fundamenta en depuradas y rigurosas descripciones de situaciones o eventos, de conductas, que garantizan la máxima objetividad en la captación de la realidad siempre compleja, preservando la espontaneidad temporal de los hechos, con el fin de que la recolección sistemática de datos, categóricos por naturaleza, posibilite la obtención de



conocimientos válidos con suficiente potencia comprensiva, acorde a los objetivos planteados”. Finalmente, para (Pineda, 2017) citando a Nelly Bautista señala:

La investigación cualitativa hace registros narrativos de los fenómenos, trabaja con el discurso de la gente es decir, la comunicación verbal y no verbal y los estudia y los estudia mediante técnicas como la observación participante, entrevistas no estructuradas, entre otras, que difieren en sus objetivos del método cuantificable. Planteado así es evidente que puede resultar de mucha utilidad para el caso de la investigación de los fenómenos jurídicos, pues no olvidemos que siendo el derecho un producto cultural de naturaleza peculiar, su problemática puede ser abordada desde tales perfiles, y sobre todo buscando ofrecer soluciones concretas a igualmente problemas concretos. (...). Por la calidad del diseño cualitativo, el análisis de datos se da más de modo inductivo (...) y por su característica, es flexible y elástico, es decir, puede adaptarse a lo que se descubre mientras se recogen los datos, (...).”.

En consecuencia, en la presente investigación de tesis, el diseño de investigación es cualitativo, ello atendiendo a la naturaleza de la investigación de instituciones jurídicas, como: principio de irrenunciabilidad, derecho a las vacaciones y tutela resarcitoria, esto como producto del análisis del Convenio N° 52 de la Organización Internacional de Trabajo denominada “convenio sobre las vacaciones pagadas”, la Constitución Política del Perú, la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, la Jurisprudencia y la Doctrina.

3.1.2. Tipo

El metodólogo (Sierra, 2005) para efectos de llegar al tipo de investigación, analiza desde la finalidad de la investigación, señalando, “Se dice finalidad por cuanto está referido al propósito que tiene la investigación”, en este caso, la finalidad que se tuvo fue crear una nueva disposición normativa y con ello, nuevos conocimientos jurídicos sobre la acumulación de vacaciones que exceden los dos periodos laborales a partir del artículo 102° del Decreto supremo N° 005-90-PCM, mediante el estudio de las instituciones jurídicas del principio de irrenunciabilidad, derecho a las vacaciones, tutela



resarcitoria. Conocimiento que permitirá incrementar el acervo doctrinario existente en el derecho laboral a las vacaciones en el ámbito público, por ello se dice que es Básica a consideración de los tratadistas (Palacios, J. Romero, H. y Ñaupas, H., 2016). Por otro lado, el metodólogo (Espezua, 2017) sostiene, “cuando la investigación tiene como objeto a las normas de Derecho o instituciones jurídicas, entonces, el tipo de investigación es “Jurídico Dogmático”.

3.2. ÁMBITO DE ESTUDIO

El metodólogo (Espezua, 2017) al referirse al ámbito o lugar de estudio, señala, “Es la breve descripción del lugar de estudio (Juzgado, comunidad, distrito, provincia, país”, en ese sentido, al ser la finalidad de la investigación “la acumulación de vacaciones que exceden los dos periodos laborales”, en el ámbito del derecho laboral público, bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 reglamentado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, en consecuencia, constituye ámbito de estudio el derecho a las vacaciones acumuladas que exceden dos ciclos laborales en derecho laboral público, con alcance nacional al territorio de la República del Perú.

3.3. UNIDAD DE ESTUDIO, DIMENSIONES Y DELIMITACIÓN TEMPORAL

3.3.1. Unidad de estudio

Constituyen unidades de estudio los siguientes.

- Convenio N° 52 de la Organización del Trabajo denominado “Convenio sobre las vacaciones pagadas”.
- Teorías del Principio de irrenunciabilidad de derechos.
- Derecho a las vacaciones en el marco del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector público.
- Doctrina
- Tutela resarcitoria.



- Prescripción extintiva de derechos laborales.
- Lagunas de las leyes.

3.3.2. Dimensiones

- Principio de irrenunciabilidad de derechos
- Derecho a las vacaciones.

3.3.3. Delimitación temporal

La delimitación temporal de la investigación no se tiene, en vista que se investigó instituciones jurídicas que su vigencia no acabará en el tiempo, salvo derogación o modificación del artículo 52° del Decreto Legislativo N° 276, en todo caso, dichas situaciones de darse, constituiría el límite temporal.

3.4. DESCRIPCIÓN DE MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

3.4.1. Métodos

En la investigación, se utilizó el método hermenéutico, método de integración, método analítico y sintético.

- a) Método de hermenéutico, porque se recurre a la interpretación sistemática de las normas.
- b) Método de integración, porque frente a la laguna de la ley contenida en el artículo 52 del Decreto Legislativo N° 276, se integra con los principios general del derecho del trabajo.
- c) Método analítico y sintético, porque se realiza un examen de las unidades de estudio sobre el principio de irrenunciabilidad de derechos, derecho a las vacaciones, tutela resarcitoria, prescripción de derechos laborables, lagunas de la ley, para dar una respuesta a la tutela resarcitoria del principio de irrenunciabilidad de derechos frente



al derecho a las vacaciones acumuladas mayores a dos años en el marco del Decreto Legislativo N° 276.

- d) Método Dogmático, el tratadista (Aranzamendi, 2014) al tratar los enfoques metodológicos de la investigación jurídica, considera al enfoque dogmático como método para investigaciones jurídicas, sosteniendo por dicho enfoque como sigue:

En el Derecho, tiene aplicación, generalmente, en el estudio del Derecho positivo y lo conceptualmente construido. Según este método, el Derecho debe ser interpretado en función de los conceptos que forman redes teóricas en un sistema integrado y, en consideración, a que no se hallan desconectadas, sino como conformantes de un sistema normativo cerrado, unitario y autosuficiente estableciendo entre ellas relaciones lógico-normativas que le dan coherencia y jerarquía interna. La dogmática busca conocer los principios rectores que informan la norma positiva sancionadora por la autoridad con fuerza de ley; elabora construcciones jurídicas racionales ajustadas a su materialidad, sin consideraciones extrajurídicas, políticas, ideológicas, religiosas o éticas. (...) tiene como finalidad investigar el recto sentido de los preceptos y establecer coherencia lógica de las proposiciones jurídicas exenta de contradicciones. (...). Este método es tal, en cuanto acepta como incluso los datos del Derecho positivo y los postulados elaborados a expensas de los mismos mediante una generalización inductiva, punto de partida de ulteriores deducciones. El Derecho queda así centrado en la norma, reducido a su pureza, y la ciencia le considera en cuanto norma, sin preocuparse del contenido, adoptando, en fin, una actitud neutral, indiferente, meramente descriptiva, sin valoración.

3.4.2. Técnicas

El metodólogo (Aranzamendi, 2014) señala, “son técnicas de investigación, los diversos procedimientos metodológicos, estrategias y análisis documentales utilizados para acopiar y procesar la información necesaria. (...). Señalando algunas técnicas: la entrevista, cuestionario, encuestas, estudio de casos, análisis de expertos y análisis de datos”.

En la investigación se utilizó las siguientes técnicas.

- a) Estudio de casos, porque permitió la investigación de la situación jurídica de las vacaciones acumuladas que exceden los dos ciclos laborales en el marco del derecho



a las vacaciones en el Régimen Laboral Público bajo el Decreto Legislativo N° 276 reglamentado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM.

- b) Análisis de expertos, en el sentido que, para crear una disposición normativa a partir de la integración del ordenamiento jurídico, sobre el supuesto de hecho de “acumulación de vacaciones que exceden los dos ciclos laborales”, se recurrió a la doctrina en materia de derecho laboral, derecho a las vacaciones y los principios que inspiran el derecho del trabajo, esto es, materia especializada en esta rama del Derecho.

3.4.3. Instrumentos

Los instrumentos empleados son:

- a) **Ficha bibliográfica.** – “Constituyen un instrumento imprescindible en el proceso de investigación, particularmente en la fase inicial de consultar los libros o fuentes principales que forman la base de análisis y argumentación de trabajo. La función consiste en identificar las fuentes de información que se van a examinar o estudiar para escribir el trabajo: los libros, folletos, leyes, artículos de revistas y periódicos, documentos gubernamentales, tesis, fuentes audiovisuales y demás”. (García A., 2019).
- b) **Ficha de resumen.** - “La ficha de resumen tiene los datos que permitirán identificar el documento consultado, pero en lugar de la cita textual se transcribe el resumen del pasaje o segmento, evitando, en lo posible, la interpretación”. (García A., 2019).



CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

DESARROLLO Y EXPOSICIÓN DE LOS RESULTADOS

4.1. LA PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD AL DERECHO A LAS VACACIONES EN EL MARCO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 276

La Constitución Política del Perú, en el capítulo II “De los Derechos Sociales y Económicos” establecida en el artículo 26°, reza los principios que inspiran y protegen el derecho del trabajo y que las partes de la relación jurídica laboral, tienen el deber de respetar y cumplirlas en la relación jurídica laboral, dichos principios consisten en: (i) igualdad de oportunidades sin discriminación, (ii) carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, (iii) interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Asimismo, algunos de los principios taxativizados en la Constitución, se encuentran también recogidos en las leyes laborales, como es el caso del principio de irrenunciabilidad en el Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, en el capítulo IX “De los derechos de los Servidores”, artículo 102° se tiene la disposición normativa siguiente, es derecho del servidor, “Las vacaciones anuales y remuneradas establecidas en la Ley, son obligatorias e irrenunciables, se alcanza después de cumplir el ciclo laboral y pueden acumularse hasta dos periodos de común acuerdo con la entidad, preferentemente por razones de servicio. El ciclo laboral se obtiene al acumular doce (12) meses de trabajo efectivo, computándose para este efecto las licencias remuneradas y el mes de vacaciones cuando corresponda”.



En el desarrollo de la presente investigación, nos limitamos a desarrollar el principio del punto dos, consistente al principio de irrenunciabilidad y su relación con el derecho a las vacaciones, sus alcances, delimitación y su función integradora dentro del ordenamiento jurídico en la rama del derecho del trabajo.

4.1.1. Unanimidad de las teorías del principio de irrenunciabilidad en garantizar el cumplimiento de derechos provenientes de la ley

Las tres teorías desarrolladas en el capítulo II de la presente investigación, sobre el principio de irrenunciabilidad de derechos, propuestos por Alfonso Higa García, esto consistente en: (i) teoría objetiva, (ii) teoría subjetiva y (iii) teoría mixta, si bien difieren de manera general en el ámbito objetivo, subjetivo y temporal, pero también es cierto, que dentro del ámbito objetivo o material, consistente en la fuente de los derechos laborales, las tres teorías citadas, consideran a la ley laboral dentro del alcance del principio de irrenunciabilidad.

- a) La teoría objetiva del principio de irrenunciabilidad, propuesta por Higa García y desarrollada por los tratadistas: Plá Rodríguez, Pasco Cosmópolis, Ramos Quintana, Boza Pró, Neves Mujica y Arévalo Vela, de sus posturas se colige por el principio de irrenunciabilidad como un instrumento de autodefensa de las “leyes laborales” que reconocen beneficios al trabajador y que éste último no puede privarse por su autonomía de voluntad mediante actos de renuncia expresa a las ventajas laborales como el derecho a las vacaciones, por tratarse de normas imperativas y de orden público, su vulneración devendría en nulidad por afectación de leyes imperativas.

Según Ramos Quintana, el Derecho de Trabajo sin el principio de irrenunciabilidad, los derechos laborales reconocidos al trabajador se desnaturalizarían y quedaría desarticulada el sistema de derechos y garantías por el



ejercicio de la autonomía de voluntad del trabajador, que según Boza Pró, pueden ser contra su voluntad y por la posición del empresario.

El Tribunal Constitucional en la STC N° 3156-2004-AA/TC, establece que el principio de irrenunciabilidad tiene doble fundamento, el espíritu protector que inspira al derecho del trabajo y el carácter imperativo de las normas que informan dicha disciplina. Según Higa García citando a Héctor Babace, las normas de derechos laborales son de orden público y por ende imperativas porque protegen el interés colectivo conformado por la clase trabajadora.

Por la teoría objetiva del principio de irrenunciabilidad, los derechos laborales como el derecho a la vacación establecida en el artículo 102° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, es una norma de orden público e imperativa y goza de protección del principio de irrenunciabilidad.

- b) Asimismo, en la teoría subjetiva del principio de irrenunciabilidad, también propuesta por Higa García y desarrollada por los tratadistas: De La Villa, Ermida y Hernández, Humberto Podetti, Quiñonez Infante, Bayón y Pérez Botija, Slinger, para estos tratadistas, el principio de irrenunciabilidad de derechos es un mecanismo de defensa al trabajador por su condición de desigualdad en la relación laboral y por su falta de poder de negociación con el empleador. La desigualdad es de carácter jurídico (jurídicamente dependiente) y económico (económicamente desigual) como señala Ermida y Hernández; en consecuencia, para compensar estas desigualdades, el principio de irrenunciabilidad en el ámbito objetivo o material, extiende su manto protector a los derechos laborales nacidos de fuentes normativas y fuentes no normativas, como señala Miguel Canessa Montejo, siempre y cuando el trabajador no haya tenido poder de negociación con su empleador. Los actos de renuncia, bajo



esta teoría, gozan de una presunción de vicio de voluntad del trabajador por la situación jurídica de subordinación y desigualdad frente a su empleador, por tanto, las renunciaciones son anulables por vicio de consentimiento conforme precisa Higa García.

Asimismo, el principio de irrenunciabilidad en su ámbito objetivo, tiene alcance a los derechos laborales que tienen su fuente en normas legales, siendo esto así, el derecho a la vacación como derecho laboral taxativo en el artículo 102° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, goza de protección del principio de irrenunciabilidad, toda vez que dicho derecho laboral no puede ser renunciado por el servidor público bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276, tanto más, el servidor público no goza de facultades de negociación, sino las remuneraciones y los beneficios sociales y laborales vienen presupuestadas en el presupuesto público de la Entidad, cerrando toda posibilidad de negociación de remuneraciones en el contrato de trabajo.

- c) Finalmente, la teoría mixta del principio de irrenunciabilidad, propuesta también por Higa García y desarrollado por los tratadistas: Jorge U. Seré, Charratti María del Lujan y María V. Forester, sostienen que el principio de irrenunciabilidad se fundamenta en el carácter de orden público de las normas que reconocen derechos laborales, así como el contrato de trabajo que reconoce mayores derechos laborales y en la situación desigual del trabajador en la relación laboral que genera la ausencia de poder de negociación, extirpando de su alcance, a los trabajadores que sí tuvieron poder de negociación, así como a los derechos laborales nacidos de los convenios colectivos por tener su origen en la negociación.

En el ámbito objetivo o material del principio de irrenunciabilidad de derechos bajo esta teoría, el principio mencionado tiende su manto protector a los derechos



laborales nacidas de fuentes normativas, es el caso, del derecho a las vacaciones establecidas en el artículo 102° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, que reúne las características de norma de orden público, imperativo y el trabajador de la administración pública bajo el Decreto Legislativo N° 276 aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, no tiene poder de negociación en el contrato de trabajo, resultando aplicable la protección del principio de irrenunciabilidad al derecho a las vacaciones.

En las tres teorías desarrolladas (teoría: objetiva, subjetiva y mixta), su ámbito objetivo o material, acreditan que el principio de irrenunciabilidad garantiza el cumplimiento de los derechos laborales provenientes de normas del derecho del trabajo, esto es, la irrenunciabilidad busca la plena eficacia de leyes laborales como diría Boza Pró, donde el empleador en su deber de cumplimiento del derecho del trabajo, debe conceder el derecho a la queda obligado, así de pagar los beneficios sociales y/o laborales, ello atendiendo al principio de irrenunciabilidad, conforme precisó la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Lima en el Expediente N° 4679-2001-ERA, porque las leyes laborales como normas de orden público e imperativo, su desvinculación no le está permitida ni al trabajador ni al empleador, sino la irrenunciabilidad exige su pleno cumplimiento de los derechos laborales como las vacaciones remuneradas.

El derecho a las vacaciones, establecida en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, en el capítulo IX “De los derechos de los Servidores”, artículo 102° reconoce como derecho del servidor público, “Las vacaciones anuales y remuneradas establecidas en la Ley, son obligatorias e irrenunciables, se alcanza después de cumplir el ciclo laboral y pueden acumularse hasta dos periodos de común acuerdo con la entidad, preferentemente por razones de servicio. El ciclo laboral se obtiene al



acumular doce (12) meses de trabajo efectivo, computándose para este efecto las licencias remuneradas y el mes de vacaciones cuando corresponda”, por consiguiente, el derecho a la vacación establecida en el Decreto Supremo N° 005-90-PCM es una norma de orden público e imperativo que goza de la protección y, el principio de irrenunciabilidad exige al empleador su pleno cumplimiento del derecho, y, al trabajador el goce efectivo de las vacaciones.

4.1.2. La función integradora del principio de irrenunciabilidad de derechos en la laguna de la acumulación de vacaciones en el reglamento de la ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público

El derecho a las vacaciones establecidas en el artículo 102° del Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, dispone, “Las vacaciones anuales y remuneradas establecidas en la Ley, son obligatorias e irrenunciables, se alcanza después de cumplir el ciclo laboral y pueden acumularse hasta dos periodos de común acuerdo con la entidad, preferentemente por razones de servicio. El ciclo laboral se obtiene al acumular doce (12) meses de trabajo efectivo, computándose para este efecto las licencias remuneradas y el mes de vacaciones cuando corresponda”.

El reglamento de la Ley de la Carrera Administrativa respecto al derecho a las vacaciones, dispone, son acumulables hasta dos periodos por común acuerdo con la entidad, preferentemente por razones de servicio, mas no prevé sobre el supuesto de hecho cuando las vacaciones no gozadas exceden los dos periodos establecidos en el reglamento con acuerdo común. Pero a su vez, la misma disposición normativa establece, el derecho a las vacaciones es obligatoria e irrenunciable, quedando un vacío o laguna en las vacaciones acumuladas que exceden los dos periodos que establece la disposición normativa, entonces, surge las interrogantes necesarios para colmar este vacío o laguna



legal, ¿Cómo debe ser entendido el principio de irrenunciabilidad a las vacaciones en el marco del Decreto Legislativo N° 276?, ¿las vacaciones acumulables por dos periodos, son los únicos periodos que están protegidos por el principio de irrenunciabilidad o también se extiende a periodos mayores a los dos periodos establecidos por el reglamento?, ¿las vacaciones acumuladas mayores a cuatro años, son derechos prescritos y no gozan de la protección del principio de irrenunciabilidad?, interrogaciones que lo desarrollamos en las siguientes secciones.

4.1.2.1. Inspiración y protección del principio de irrenunciabilidad en la creación y goce del derecho a las vacaciones

Los principios como mandatos de optimización, Luz Pacheco Zerga citando a Pasco Cosmópolis, señala que constituyen fundamento último y primordial con una triple función: (i) informar y fundamentar el orden jurídico; (ii) servir de fuente supletoria ante el vacío o la laguna legal y, (iii) opera como criterio orientador en la labor interpretativa.

En la historia del derecho del trabajo, tiene su origen en la escisión del derecho civil, que Neves Mujica reseña, la relación laboral bajo los valores del derecho civil, prevalecían la autonomía privada de la persona, la igualdad de las partes y los acuerdos en contratos de arrendamiento de servicios eran ley para las partes sin considerar la realidad de desigualdad que existía entre el trabajador y el patrono, situación que se agudizó aún más en la Revolución Industrial aunado la corriente liberalismo, que condujo a un régimen de explotación extrema de la mano de obra sin precedentes en la historia: jornadas extenuantes, salarios miserables, pagados muchas veces en vales, pésimas condiciones de salud y seguridad. Esta situación generó la reacción de la clase trabajadora explotada y el surgimiento de organizaciones sindicales, que exigieron al Estado, fijar reglas básicas para las relaciones laborales, a fin de lograr un régimen de trabajo menos abusivo, situación que obligo al Estado abandonar su posición neutral e intervenir en la



determinación del contenido de los derechos y obligaciones de los sujetos laborales individuales, dando origen al contrato de trabajo y del área que se ocupa de todas las relaciones derivadas de él, el derecho del trabajo.

El ordenamiento laboral entiende a los sujetos de la relación laboral materialmente desiguales, porque uno tiene poder económico y el otro no, así uno tiene libertad contractual y el otro no, frente a esta situación de desigualdad, las partes, si bien por el ejercicio de la autonomía privada pueden constituir vínculo laboral, pero la ley (derecho del trabajo) limita y fija derechos mínimos, que Neves Mujica explica, “la ley no solo regula el acceso y la ejecución del contrato, sino además de su contenido, y lo hace de modo relativamente imperativo: fijando beneficios mínimos en favor del trabajador, que por autonomía privada pueden incrementarse, pero no reducirse, que Pasco Cosmópolis complementa sosteniendo, “el principio de irrenunciabilidad de derechos, es absoluto cuando perjudica al trabajador, y relativa solo en beneficio de este”. Constatado el desequilibrio real entre los sujetos laborales individuales, el propósito del derecho del trabajo es el de compensarlo con otro desequilibrio en el nivel jurídico, [...] al contratante débil. Este es el sentido de intervención tuitiva del Estado en esta área”.

En el derecho del trabajo, Pasco Cosmópolis, sostiene que “la norma laboral esta impregnada y nutrida por el principio protector”, esto es, las leyes laborales se crean observando la desigualdad del trabajador en la relación laboral, para a partir de la ley, se busca equilibrar esa desigualdad; sin embargo, los derechos reconocidos en leyes laborales quedarían indefenso frente al poder del empleador y por la necesidad de empleo del trabajador, cuando no se tendría el principio de irrenunciabilidad, porque este principio es lo que perfecciona y le da eficacia a las leyes laborales, a tal punto que limita la autonomía de voluntad del trabajador para renunciar.



El principio protector, según Julián Arturo de Diego, tiene por finalidad, amparar al trabajador en virtud del desequilibrio (hiposuficiencia) que existe frente a la superioridad del empleador. El principio precitado se desarrolla a través de tres formulas: a. el principio *in dubio pro operari*; b. la regla de la norma más favorable; y c. la regla de la condición más beneficiosa. El principio protectorio es uno de los elementos caracterizantes del derecho del trabajo, que no sólo evidencia el desequilibrio entre las partes del contrato individual sino que demuestran el esfuerzo del legislador por buscar que aquellas diferencias busquen un punto de equilibrio, que neutralice las mismas. [...]”.

Habiendo señalado que el derecho del trabajo inspirado en el principio protectorio y sus subprincipios, con la creación de derechos laborales se busca neutralizar el desequilibrio de la relación laboral existente, además, dicho principio como propio del derecho del trabajo, tiene su fundamento en la dignidad humana como sostiene Pacheco Zerga. Pero también es cierto, que los derechos laborales no encontrarían su cumplimiento ni efectividad por si solas, porque serian vaciadas por la autonomía individual del trabajador, y para evitar esta situación desnaturalizadora de esta rama del derecho, es que se complementa con el principio de irrenunciabilidad que, para Pasco Cosmópolis, el principio de irrenunciabilidad es la más importantes y emblemático del Derecho del Trabajo, que pone la prevalencia la norma laboral sobre los acuerdos entre empresario y trabajador, protegiendo a este para el real disfrute de los derechos que le otorga la ley.

En consecuencia, queda acreditado que los derechos laborales se crean inspirado en el principio protectorio y sus subprincipios: *in dubio pro operari*, la regla de la norma más favorable y la regla de la condición más beneficiosa, para neutralizar la desigualdad de la relación laboral en la que se ubica el trabajador, y el principio de irrenunciabilidad hace prevalecer los derechos laborales sobre los acuerdos de las partes de la relación



laboral e inspira el cumplimiento efectivo de los derechos laborales y el goce de esos derechos por parte del trabajador. Así, el derecho a las vacaciones remuneradas reconocidas en el artículo 102° del Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, ha sido creado por el legislador inspirado en el principio protector, para dotarle al trabajador un tiempo ininterrumpido sin afectar sus remuneraciones, para que ésta pueda recuperar biológicamente sus energías gastadas por el trabajo de un año y permita reconciliar y hacer su vida familiar más intensa, derecho laboral que es de orden público e imperativo, que está inspirado y garantizado su goce de cumplimiento en el principio de irrenunciabilidad; y, de manera excepcional, cuando el trabajador termina el vínculo laboral sin que el trabajador haya hecho goce físico de su derecho a las vacaciones, idóneamente queda habilitada la tutela resarcitoria mediante compensación vacacional por vacaciones no gozadas por todo el tiempo acumulado, siempre y cuando no este prescrito el derecho a las vacaciones.

4.1.2.2. El principio de irrenunciabilidad protege las vacaciones acumuladas por periodos superiores a dos periodos

El principio protectorio en el derecho del trabajo, inspira la creación de leyes laborales que reconocen derechos hacia los trabajadores para neutralizar la diferencia y equilibrar la relación laboral, esto es, las leyes laborales tienen una finalidad equilibradora de la relación laboral; mientras, el principio de irrenunciabilidad al proteger el derecho laboral, garantiza que los servidores públicos gocen de estos derechos, teniendo como límite a la prescripción extintiva o la caducidad.

El tratadista Pasco Cosmópolis citando a Américo Plá Rodríguez, señala que el fundamento del principio de irrenunciabilidad obedece a la posición de las diversas corrientes, entre los cuales señalan: (i) el principio de indisponibilidad, (ii) la



imperatividad de las normas laborales, (iii) su carácter de orden público, (iv) la limitación a la autonomía de la voluntad; y, (v) el presunto vicio de voluntad, que Vázquez Vialard sintetiza esas corrientes en dos categorías: primero, los que acogen el principio de indisponibilidad, destacan como aspectos prevalentes de ésta, que la indisponibilidad de la ley, habilita los presupuestos para su vigencia en los hechos, su imperatividad, su carácter de orden público y a la limitación de la autonomía de la voluntad; y, segundo, los que fundan el principio de irrenunciabilidad en el “vicio de consentimiento”, porque parten de la presunción de la incapacidad del trabajador para negociar. Concluyendo, la irrenunciabilidad tiene su fundamento en la imperatividad de la norma, que no es sino expresión de su carácter de orden público; esa imperatividad, a su vez, tiene por finalidad consolidar la eficacia del principio protector, a cuyo objeto limita la autonomía de la voluntad y precave al trabajador incluso contra sus propios actos”.

En ese sentido, todas las leyes laborales como el “derecho a las vacaciones remuneradas” tienen como destinatarios de esta ventaja a la clase trabajadora, y estas leyes nacen con imperatividad como expresión de orden público. El carácter de orden público de las leyes laborales, se sustenta en los pisos mínimos que la ley laboral establece a las partes a observar y cumplir en la relación jurídica laboral, que Dolorier Torres en posición contraria a Alarcón Caracuel, señala que el orden público de las leyes laborales tiene su fundamento en, “[...] la naturaleza jurídica de los mínimos estatales [...] esta responde justamente a un interés social que el Estado entiende como prioritario en una sociedad, cual es la de proteger a la parte débil de la relación laboral asegurándole un mínimo de beneficios invulnerable por la autonomía individual o colectiva, orientados en la búsqueda de la igualdad sustancial entre los grupos sociales, [...]”.

En consecuencia, el principio de irrenunciabilidad protege el derecho a las vacaciones remuneradas, y el derecho a las vacaciones remuneradas constituye un



mínimo estatal creado por el legislador a favor de la clase trabajadora, como tal, esta norma laboral es de orden público e imperativo, invulnerable a la autonomía de voluntad del propio trabajador, inclusive a las lagunas de la ley que discute o pone en duda su disfrute de ese derecho.

Para efectos de resolver la laguna de la ley, resulta menester tener la literalidad de la disposición normativa del artículo 102° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM que reglamenta al Decreto Legislativo N° 276, dispone, “las vacaciones anuales y remuneradas establecidas en la ley, son obligatorias e irrenunciables, se alcanzan después de cumplir el ciclo laboral y pueden acumularse hasta dos periodos de común acuerdo con la entidad, preferentemente por razones de servicios. [...]”.

De la disposición normativa, la intensión y la finalidad teleológica del legislador al crear el mínimo estatal o derecho mínimo como el las vacaciones remuneradas, precisa en la disposición normativa que dicho derecho es obligatorio e irrenunciable, el carácter obligatorio nace de la propia imperatividad del derecho a la vacación por tratarse de una norma de orden público que beneficia al servidor público como clase trabajadora; y, al establecer en la misma disposición normativa que el derecho a la vacación remunerada es irrenunciable, el legislador protegió este derecho con el manto del principio de irrenunciabilidad, a fin de garantizar su cumplimiento y eficacia en favor del trabajador, como se ha señalado por la irrenunciabilidad, todos los derechos laborales están garantizados a su efectividad mediante disfrute del derecho de vacaciones remuneradas por el servidor público.

La condición única que el legislador estableció para el goce del derecho a las vacaciones remuneradas, es el cumplimiento del ciclo laboral, lo que la doctrina denominó en su mayoría como récord laboral, donde Cánova Talledo para efectos de goce



de vacaciones, clasificó el récord laboral atendiendo al número de días laborados en la semana por el trabajador, esto como sigue: (i) trabajadores con jornada de 6 días a la semana, deben haber realizado labor efectiva por lo menos 260 días en el año; (ii) trabajadores con jornada ordinaria de 5 días a la semana, deben haber realizado labor efectiva por lo menos 210 días en el año; y, (iii) los trabajadores con jornada ordinaria que se desarrolla en solo 4 o 3 días a la semana o en el que el centro de trabajo sufra paralizaciones temporales autorizadas por la Autoridad Administrativa de trabajo, tienen derecho al descanso vacacional siempre que sus faltas injustificadas no excedan de 10 en cada año de servicios. Además, de tener una jornada mínima de 4 horas y haber laborado durante un año completo, esta última se computa a razón de un dozavo de la remuneración computable por cada mes transcurrido desde el ingreso y un treintavo por cada día. En consecuencia, el ciclo o récord laboral está en función al número de días trabajados en la semana y a la acumulación de días de trabajo en el año, así, el servidor público que ha cumplido con el récord laboral, tiene a su favor el derecho a las vacaciones remuneradas y el empleador en su deber, la obligación de concederlas por tratarse de norma de orden público e imperativo. Precisando, el término “acumulación” que refiere la disposición normativa, no constituye requisito adicional para el derecho a las vacaciones, sino únicamente es un indicativo de que el servidor público por acuerdo con la Entidad, puede posponer su disfrute de sus vacaciones fundado en razones de servicio. Además, las palabras de la disposición normativa “acumularse hasta dos periodos”, no pueden interpretarse en el sentido abrogatorio del derecho a las vacaciones, porque no constituyen medios extintivos del derecho laboral, como sí lo son: la caducidad o el pago.

Por otro lado, cuando el legislador al crear el artículo 102° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM que dispone, “las vacaciones pueden acumularse hasta dos periodos de común acuerdo con la entidad, preferentemente por razones de servicios”. Esto no



constituye ni significa que las vacaciones acumuladas mayores a dos periodos sean renunciables ni mucho menos opera la renuncia tácita, así como tampoco conlleva a que este derecho haya prescrito, por las razones siguientes. La disposición normativa citada requiere ser interpretada con el artículo 24° literal d) del Decreto Legislativo N° 276 que dispone, como derecho de los servidores públicos, “gozar anualmente de treinta días de vacaciones remuneradas salvo acumulación convencional hasta dos periodos”, el legislador al desarrollar estas dos disposiciones normativas, pone por delante el interés general de “servicio a la Nación”, manifestada este en el trabajo efectivo del servidor público en pleno periodo de su vacación programado, por ello, justifica que la acumulación de vacaciones es sólo por razón de servicios, sin embargo, si en los hechos, el servidor público por necesidad de servicio de la Entidad o su especialidad calificada o atención a la ciudadanía de tal manera que no puede quedar ininterrumpida, acumula vacaciones mayores a dos periodos (tres, cuatro o más años de servicios) por escrito, el legislador omite regular al supuesto de hecho planteado, pero sí fija el tope máximo de interrupción de servicios a la Nación con motivo de goce de vacaciones remuneradas, primero, fija como regla general treinta días de vacaciones remuneradas por año de servicios y, segundo, excepcionalmente de manera implícita fija sesenta días de goce vacacional como máximo en un año, que corresponde a dos ciclos laborales acumulados; esta excepción a sesenta días de goce vacacional, el legislador habilita en la propia disposición normativa al haber establecido la palabra “salvedad”, que nos conduce hacer una interpretación extensiva más allá de la regla de treinta días y llegar a la conclusión del tope máximo de sesenta días de goce de vacaciones, cuando establece salvo acumulación convencional hasta dos periodos que resulta de dos años de servicios acumulados sin vacaciones.



Visto así, el legislador prevé la regla de treinta días y la excepción de manera implícita a sesenta días de vacaciones remuneradas, porque la administración pública como entidad estructurada y sistemática, no puede quedar desatendida la atención o el servicio a la ciudadanía o el funcionamiento del aparato estatal por mayor tiempo, tanto mas, si se toma en cuenta el trabajo coordinado entre órganos y sub órganos en la estructura orgánica de la administración pública, velando así el legislador, por el servicio permanente del Estado a la ciudadanía expresada como “Nación”.

Entonces, el servidor público que tenga tres, cuatro o más periodos acumulados de servicios, en todo caso, puede hacer goce de sus vacaciones hasta un máximo de sesenta días en un año, siempre y cuando tenga a su favor vacaciones acumuladas, y así sucesivamente hasta terminar los periodos acumulados, sólo así, en su plenitud se habría cumplido el mandato imperativo del derecho a las vacaciones remuneradas y la eficacia de real disfrute que exige el principio de irrenunciabilidad de derechos.

La Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público creado por el Decreto Legislativo N° 276 y reglamentado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, dispone, “los servidores públicos están al servicio de la Nación, supeditando sus intereses personales por el interés común”. Las vacaciones remuneradas como derecho laboral, son de interés personal de cada servidor público hablando particularmente, empero, cuando la necesidad de servicio a la Nación persiste a la fecha programada de vacaciones, el interés personal de goce de vacaciones queda supeditado al interés general de servicio a la ciudadanía, que el legislador denominó por “razón de servicio”, que se expresa como servicio a la Nación”, de tal manera que el aparato estatal no se detenga en su obligación de prestar servicios a la ciudadanía, preocupación del legislador que ha sido también recogido como objetivos de la “Ley Marco del Empleo Público” creado por la Ley N° 28175, que busca modernizar la administración pública,



en el Título Preliminar artículo II establece como objetivo, “3. crear las condiciones para que las entidades públicas sean organizaciones eficientes, eficaces, participativas, transparentes, honestas y competitivas en el cumplimiento de sus responsabilidades de gobierno y en los servicios que prestan a la sociedad” y “4. Normar las relaciones de trabajo en el empleo público y la gestión del desempeño laboral para brindar servicios de calidad a los usuarios, sobre la base de las políticas de gestión por resultados”, además, el artículo IV establece que son principios del empleo público, entre ellos, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación favorable al trabajador en caso de duda.

Con lo señalado, la disposición normativa de “Las vacaciones anuales y remuneradas establecidas en la Ley, son obligatorias e irrenunciables, se alcanzan después de cumplir el ciclo laboral y pueden acumularse hasta dos periodos de común acuerdo con la entidad, preferentemente por razones del servicio” establecida en el artículo 102° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM que reglamenta al Decreto Legislativo N° 276, dicha disposición normativa interpretada con el artículo 24° literal d) del Decreto Legislativo N° 276 que dispone, como derecho de servidor público, gozar anualmente de treinta días de vacaciones remuneradas y excepcionalmente sesenta días cuando existe acumulación convencional de periodos vacacionales, además del artículo 3° del interés del servidor público supeditado al interés general en el servicio a la Nación y, finalmente con la Ley N° 28175 que busca la modernización de la administración pública a través de servicios de calidad a la sociedad; en ese sentido, la acumulación de vacaciones a dos periodos por común acuerdo, debe ser entendido sólo para efectos de goce de vacaciones, esto es, el servidor público en un año puede gozar excepcionalmente sesenta días de vacaciones remuneradas por dos periodos acumulados por razón de servicio a la Nación y, si el servidor público tiene acumulado más de dos periodos



acumulados de vacaciones, de ninguna manera podrá hacer goce de sus vacaciones por periodos mayores a sesenta días en un año, sino las vacaciones acumuladas que exceden dos periodos, deberán ser gozadas en los siguientes años hasta agotar lo acumulado, ello es así, porque el derecho a la vacación proviene su reconocimiento expreso en el artículo 25° de la Constitución Política del Perú al establecer “los trabajadores tienen derecho a descanso anual remunerado” y este descanso anual, es la vacación remunerada, reconocido al servidor público en el artículo 24° de la Ley y artículo 102° del Reglamento de la Ley de la Carrera Administrativa, que por su característica es una norma de orden público que irradia la imperatividad y como tal, el derecho vacacional remunerado no tiene límite su acumulación a dos años, sino puede acumularse por mayores periodos cuando se justica dicha acumulación en el servicio a la Nación.

Finalmente, el principio de irrenunciabilidad pone su manto protector sobre el derecho a las vacaciones remuneradas acumuladas iguales o mayores a dos periodos, sustentados en el servicio a la Nación, garantizando su efectividad mediante el goce y disfrute por parte del trabajador como destinatario beneficiado de este derecho. Así, el derecho a las vacaciones se concretiza por el sólo cumplimiento del récord laboral y cumplido dicho requisito, el derecho adquiere la calidad de exigible y goza de protección y garantía del principio de irrenunciabilidad.

4.1.2.3. La laguna en la ley no implica renuncia tácita del derecho a la vacación porque sería una medida vulneratoria a la constitución y a la ley al estar reconocido expresamente el principio de irrenunciabilidad en dichas fuentes

Se ha señalado que constituyen presupuestos del principio de irrenunciabilidad de derechos, la titularidad del derecho y la renuncia. Boza Pró citando a De La Villa sostiene, existe renuncia de derechos, cuando el titular del derecho decide abandonarlos de forma irrevocable y sin contraprestación alguna, y citando a Ojeda precisa, el no ejercicio de un



derecho no implica renuncia tácita, sino supone la voluntad de su titular de no hacer uso de un derecho que el ordenamiento laboral le confiere, situación que ha sido precisado por el Tribunal Supremo en la Casación Laboral N° 10712-2014-Lima, fundamento sexto, en el sentido de que la renuncia a los derechos laborales deber ser expreso, descartándose así toda posibilidad de renuncia tácita.

Por otro lado, la renuncia a los derechos laborales como es el caso del derecho a las vacaciones remuneradas, puede presentarse antes, durante o después del término del contrato de trabajo como señala Higa García, por consiguiente, el principio de irrenunciabilidad, también estará vigente su manto protector y garantista del derecho a las vacaciones remuneradas en los tres momentos citados. Pasco Cosmópolis citando a Américo Plá, precisa que la renuncia se refiere a un derecho cierto y existente, o por los menos, futuro pero cierto, y que no sea un derecho impugnado, porque nadie puede renunciar a una cosa cuya propiedad no le sea reconocida ampliamente.

Por lo señalado, no hay renuncia tácita al derecho a las vacaciones remuneradas, porque dicho derecho es imperativo una vez cumplido con el requisito del récord laboral, momento desde que goza de protección y garantía del principio de irrenunciabilidad para su eficacia mediante goce de vacaciones y de manera excepcional, cuando habría terminado el vínculo laboral con su empleador, pero el servidor público tiene vacaciones acumuladas y no gozadas por razones de servicio, habilitará la tutela resarcitoria mediante pago por compensación vacacional por todo los periodos acumulados, cada una con el monto de la última remuneración total que percibió el servidor público.

Entonces, el derecho a las vacaciones remuneradas como derecho imperativo e irrenunciable, ante una laguna en la ley, no se equipará a una renuncia tácita, porque se determinó que la renuncia tácita no calza en los derechos laborales.



Ahora la laguna en las leyes laborales, Julian Arturo de Diego señala que son los vacíos en el sistema jurídico y, que en las disposiciones normativas no se encuentra contemplada una situación o circunstancia, por consiguiente, no se encuentra en una norma que resulta aplicable a un caso en concreto, debiendo recurrirse a las leyes análogas, los principios generales del derecho, la equidad y la buena fe, que Ricardo Guastini clasifica en cuatro las lagunas de la ley: i) las lagunas normativas propiamente dichas, “en un ordenamiento hay una laguna normativa cada vez que se presente un supuesto de hecho por el cual ninguna norma del ordenamiento prevea una consecuencia jurídica cualquiera”; ii) lagunas técnicas, ocurre cuando en una ley no existe norma complementaria para su eficacia de otra norma; iii) lagunas axiológicas, es cuando un determinado supuesto de hecho está regulado, pero lo está de modo insatisfactorio, exige de una norma justa; y, iv) lagunas institucionales, se presenta cuando por causa de facto, una de las instituciones deja sus funciones, generando laguna de cual otra institución asuma esas funciones.

En el caso de la disposición normativa del artículo 102° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM que reglamenta al Decreto Legislativo N° 276, dispone, “las vacaciones anuales y remuneradas establecidas en la ley, son obligatorias e irrenunciables, se alcanzan después de cumplir el ciclo laboral y pueden acumularse hasta dos periodos de común acuerdo con la entidad, preferentemente por razones de servicios. [...]”. Aquí, la situación de hecho regulada es: “cada ciclo laboral genera vacaciones” y la consecuencia jurídica es: “las vacaciones remuneradas pueden acumularse hasta dos periodos”; la laguna legal que se genera es en el supuesto de hecho, de “los servidores públicos que tienen acumulado más de dos ciclos laborales y su consecuencia jurídica”, generándose así una laguna en la disposición normativa de tipo “Laguna normativa propiamente dicha”, y para colmarla, Ricardo Guastini, recomienda integrar el derecho para así crear



nuevo derecho, que también Julian Artuto De Diego por la función de unidad sistemática de los principios generales del derecho del trabajo, señala, en la creación de normas no debe cambiarse el fin custodiado por las normas, de los cuales se determina que la laguna legal con la integración del derecho de trabajo y con su principio general del derecho del trabajo “el principio de irrenunciabilidad”, genera nueva norma, que no tiene efecto habilitante a la renuncia tácita del derecho creado.

En ese sentido, la laguna de la disposición normativa del artículo 102° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM al ser integrado con el artículo 24° literal d) del Decreto Legislativo N° 276, se determinó que la acumulación de vacaciones a dos periodos, esta referido para el goce excepcional de vacaciones remuneradas por sesenta días en un año como máximo, y que las vacaciones pueden acumularse por tiempos mayores a dos periodos por razones de servicio, pero su goce de las mismas está limitado a los sesenta días de vacaciones en un año y así sucesivamente hasta agotar las vacaciones acumuladas. Este nuevo supuesto de hecho creado “acumulación de vacaciones mayores a dos periodos por razón de servicio a la Nación” con la consecuencia jurídica excepcional de “goce de vacaciones remuneradas por sesenta días en un año y así sucesivamente hasta agotar las vacaciones acumuladas”, constituye creación de “nueva norma”, la misma que resulta coherente a la imperatividad del derecho a las vacaciones remuneradas que se alcanzó con el récord laboral y, dicha creación de nueva norma, responde y preserva la “unidad sistemática” de derechos laborales, que es brindar derechos al trabajador, derechos que son de orden público e irrenunciable. El principio de irrenunciabilidad, busca en el derecho a las vacaciones su eficacia plena en favor del servidor público, garantizándose así la finalidad del derecho a la vacación; hacer lo contrario, como querer hacer una interpretación, luego crear nueva disposición normativa en sentido de renuncia tácita de los periodos vacacionales acumulados por mayores a dos periodos, vulneraría el



principio constitucional de la irrenunciabilidad de derechos y el carácter de orden público y la imperatividad del derecho a la vacación remunerada reconocida en la ley. Un vacío legal, no puede afectar derechos de orden constitucional como las Vacaciones.

4.1.2.4. La prescripción del derecho a las vacaciones no opera sobre las vacaciones acumuladas mientras subsiste el vínculo laboral

El derecho a las vacaciones remuneradas y cualquier otro derecho laboral, son limitados en el tiempo, su no acción del derecho subjetivo en el plazo fijado por la ley, conlleva a la prescripción de la acción por el sólo transcurso del plazo, lo que la doctrina fundamentó en la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico.

La prescripción según Vidal Ramírez, tiene su origen en el derecho Romano y es de origen procesal, su tratamiento de esta institución jurídica ha sido “unitario”, toda vez que el Derecho Romano no hacía distinción la prescripción extintiva de la adquisitiva, sino fueron los Pandectista que separaron ambas instituciones jurídicas en la elaboración del BGB, así en el Código Civil Frances de 1804 la doctrina francesa formuló la idea general de la prescripción extintiva, que también la denominó liberatoria, que se produce por el transcurso del tiempo y el deudor queda liberado de su obligación, precisando que la prescripción es en esencia una excepción oponible a la pretensión para neutralizar la acción, que para Toyama Miyagusuko, el derecho de crédito laboral se mantiene pero sin posibilidad de exigirla a terceros.

La prescripción extintiva del derecho a las vacaciones remuneradas y de cualquier otro derecho laboral no es oponible ni colisiona con el principio de irrenunciabilidad de derechos, que Pasco Cosmópolis señala, no existe conflicto entre irrenunciabilidad y la prescripción desde la perspectiva estrictamente jurídico, porque mediante la renuncia como negocio jurídico, el trabajador expresa el abandono de su derecho; en cambio, en la



prescripción, no hay renuncia sino inacción, que de prolongarse la inacción más allá del plazo fijado por la ley, daña la efectividad de la acción, pero el derecho persiste aunque en estado de latencia porque no ha sido objeto de renuncia y vuelve a ser exigible inmediatamente si es reconocido por el deudor.

La prescripción encuentra su necesidad en la seguridad jurídica, que Neves Mujica sostiene que el principio de irrenunciabilidad protege al trabajador de la supresión de su derecho por acto propio, pero no determina de modo alguno la imprescriptibilidad de los derechos laborales, donde la prescripción tiene su fundamento en la seguridad jurídica, de modo que, no se puede dejar abierta indefinidamente la posibilidad de interponer una acción para reclamar un derecho, sino se fija un plazo que tiene que ser razonable, de lo contrario, Néstor De Buen, señala que las relaciones laborales serían intolerables, porque no habría tiempo sino para atender únicamente las demandas, el capital de las empresas no podría hacer frente a tales obligaciones, las empresas no encontrarían estabilidad e inclusive los propios trabajadores, al verse afectado el capital, ni la empresa puede producir los bienes o servicios ni el trabajador puede encontrar seguridad de percibir sus remuneraciones, dada a la alta probabilidad de embargo de bienes y cuentas corrientes de las empresas, porque los derechos laborales tienen una orden de prelación preferente en la vía administrativa del procedimiento concursal, así como en la vía jurisdiccional, entonces, para evitar esa situación caótica, la prescripción extintiva de derechos laborales encuentra fundamento en la seguridad jurídica y no contraviene el principio de irrenunciabilidad al no configurarse expresión de voluntad de renuncia por parte del servidor público.

En ese sentido, habiendo encontrado el fundamento de la prescripción y su no colisión con el principio de irrenunciabilidad, es menester precisar el momento inicio del cómputo de la prescripción extintiva, al respecto la mayoría de la doctrina postulan desde



la extinción del vínculo laboral y, una minoría observando las reglas del derecho civil postula desde el momento que el derecho laboral es exigible.

El tratadista Toyama Miyagusuku, es de la postura que el inicio de la prescripción extintiva de derechos laborales debe considerarse desde el momento en que el derecho es “exigible”, fundamentado en lo siguiente, “[...] todos los beneficios sociales [...] son exigible antes del cese de la relación laboral -salvo la parte de los beneficios sociales truncos- [...]”. En cambio, la doctrina que postula por el inicio de cómputo de la prescripción extintiva desde la extinción del vínculo laboral, encontramos a Pasco Cosmópolis, para quien la prescripción cuenta desde que el vínculo laboral se extingue, momento en que el trabajador ya no tiene presión psicológica del empleador y la desigualdad jurídica existente desaparece, que Neves Mujica complementa, “En el ámbito laboral, la prescripción se rige por la ley vigente al momento de la extinción del vínculo laboral, sin importar si ésta ha sido modificado por otra ley o que haya previsto plazo diferente, enfatizando, con la dación de la Ley N° 27321 vigente desde 23 de julio del año 2000, los derechos laborales prescriben a los cuatro (4) años, plazo que es aplicable también a los derechos laborales del personal sujeto al régimen laboral público, así establecido en la Resolución de Sala Plena N° 002-2012-SERVIR/TSC reiterada en el fundamento 2.6 del Informe Técnico N° 1892-2019-SERVIR/GPGSC.

Por otro lado, la interrupción de la prescripción extintiva de los derechos laborales por el ejercicio de la “acción”, dicha situación no se encuentra previsto en el Decreto Legislativo N° 276 ni en su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, así como tampoco está prevista en la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo creado por la Ley N° 27584 modificado por el Decreto Legislativo N° 1067, sino esta situación a decir de Toyama Miyagusuko, ha sido dilucidada en el Acuerdo Plenario N° 05-99 del Pleno Jurisdiccional Laboral de 1999, donde por principio



de supletoriedad, se realizó un análisis del artículo 438° numeral 4) del Código Procesal Civil, que dispone, “el emplazamiento válido de la demanda produce la interrupción de la prescripción extintiva”, habiendo acordado el pleno inaplicar dicha disposición y en su lugar se estableció, “el plazo de prescripción de las acciones por derechos derivados de la relación laboral se interrumpe con la demanda ante el órgano jurisdiccional”.

Por lo señalado, para efectos del inicio del cómputo de la prescripción extintiva de derechos laborales desde la extinción del vínculo laboral, es la posición que compartimos, por razones siguientes, en nuestro país, según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2021), en el segundo trimestre del año 2020, la tasa de desempleo a nivel nacional fue de 8.8%, donde un promedio de 994,300 personas buscan empleo y esta tasa a nivel urbano se eleva a 12.4%, estos índices reflejan que la oferta de mano de obra en nuestro país, es mayor a la demanda de mano de obra, donde la necesidad de encontrar un empleo, es sólo una posibilidad como diría Neves Mujica, de ahí que el trabajador ante una oferta de empleo, por su voluntad de acto propio puede renunciar a los derechos laborales que le franquea la ley, con tal de obtener un empleo y por ende, una remuneración permanente que satisfaga sus necesidades fundamentales y la de su familia como la alimentación, vivienda entre otras, así como puede suceder acuerdos fraudulentos entre el propio trabajador y el empleador, en el sentido que, tendrá empleo pero durante la relación jurídica laboral, nunca se le pague al trabajador los derechos laborales, como las vacaciones remuneradas por año, las gratificaciones por fiestas patrias y por navidad, que habilitaría al empleador alegar que dichos derechos fueron exigibles en su momento, pero como no había accionado el trabajador por miedo de perder el empleo, el empleador fraudulentamente alegaría el medio de defensa de la prescripción extintiva de dichos derechos laborales, aprovechando así, indebidamente la desigualdad jurídica y necesidad del trabajador. Además, en la vigencia de la relación laboral, la



desigualdad económica y jurídica del empleador es evidente, que ante el ejercicio de la acción del trabajador contra su empleador, es altamente probable que pierda su empleo, entonces, la manera más idónea para evitar actos fraudulentos del empleador y garantizar la eficacia de los derechos laborales, es que la prescripción se compute desde la extinción del vínculo laboral, ya que, al ocurrir esto, también se habrá extinguido la subordinación y con ello la situación de desigualdad en la que se encontraba, encontrándose el trabajador libre de toda presión que altere su voluntad, puede libremente demandar sus derechos laborales acumulados o devengados.

Siendo esto así, queda acreditado que la prescripción no extingue el derecho a las vacaciones acumuladas ni cualquier otro derecho laboral durante la vigencia del vínculo laboral, sino la prescripción extintiva se habilita en el momento mismo de la extinción del vínculo laboral, y se interrumpe el plazo de prescripción con la interposición de la demanda ante la autoridad jurisdiccional.

4.2. LAS VACACIONES SON DERECHOS FUNDAMENTALES DISPONIBLES A CAMBIO DE UNA COMPENSACIÓN ECONÓMICA, PERO NO RENUNCIABLE

Los derechos laborales reconocidos dentro del capítulo II de los derechos sociales y económicos de la Constitución Política del Perú, si bien su ubicación se encuentra en un capítulo distinto de los derechos fundamentales, ello no implica que los derechos laborales ubicados dentro de los derechos económicos y sociales dejen de ser derechos fundamentales, sino su reconocimiento como tal, es por la estrecha relación de la remuneración con la dignidad humana, como lo precisó el Tribunal Constitucional de Colombia citado por (Castañeda J, Rodríguez P. y Rodríguez J., 2019).



El derecho al trabajo establecida en el artículo 22° de la Constitución Política del Perú, su ejercicio como tal, conlleva a la habilitación de otros derechos sociales y laborales que se encuentran en la propia Constitución y las Leyes laborales. Landa Arroyo a la situación del derecho al trabajo que habilita a otros derechos laborales, la denominó como “derecho relacional”, resaltando entre los derechos laborales constitucionalizados: “el derecho a la jornada máxima de trabajo, jornadas atípicas, la remuneración, libertad sindical, negociación colectiva, huelga, participación en utilidades de la empresa, así como el goce de otros derechos constitucionales, consistente en la libertad de expresión, secreto a las comunicaciones”, además, debiéndose de agregar el “derecho al descanso anual remunerado” (reconocida en la ley como derecho a las vacaciones remuneradas) que reza el artículo 25° de la Constitución, por ser un derecho laboral reconocido en el orden Constitucional y re expresado en la ley. Estos derechos laborales reconocidos en el orden Constitucional, Suárez Manrique lo clasifica como “derecho fundamental específico” por su taxatividad.

Se ha señalado en el primer resultado de esta investigación, los derechos laborales que crea el legislador, lo hace para efectos de neutralizar la desigualdad de relación jurídica en la que se coloca el trabajador, habiendo sido catalogado en la doctrina como derechos mínimos o mínimos estatales, que persigue dotar al trabajador beneficios normalmente de carácter económico y otras veces no remunerativo, que tiene por objeto “mejorar la calidad de vida” como señala Julian Arturo de Diego.

La calidad de vida, a nuestra perspectiva, está ligado con la realización efectiva de los derechos económicos y sociales, el cumplimiento efectivo de estos derechos se entrelaza o da camino a la realización de la dignidad humana. Para Castañeda J, Rodríguez P. y Rodríguez J., “Los Derechos Económicos, sociales y Culturales (DESC), [...] están definidos o relacionados como derechos humanos que tienen relación directa a



las condiciones económicas y sociales que las personas necesitan para vivir en libertad y dignamente, se relacionan con el “...trabajo, la seguridad social, la salud, la educación, la alimentación, el agua, la vivienda, un medio ambiente adecuado y la cultura”. Entonces, la calidad de vida está condicionada a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, sólo logrando la satisfacción de estos derechos, la persona tendrá una calidad de vida que irradia a una vida digna y le permite el desarrollarse íntegramente, a contrario sensu, la ausencia de cualquiera de los derechos integrantes a los derechos económicos, sociales y culturales, pone a la dignidad en una expectativa.

Para la efectividad o vigencia de los derechos económicos y sociales, Castañeda J, Rodríguez P. y Rodríguez J., citando a Céspedes, sostienen, “a pesar de la importancia para los derechos de las personas, los DESC, han estado marcados por dos posturas diferentes, uno que los limita como su condición de derechos y los establece como normas de “carácter programático” y sujeto a diferentes variables, entre ellas el crecimiento económico para lograr su extensibilidad, impidiendo a las personas exigir de forma inmediata sus derechos; la segunda postura, los determina como derechos humanos, necesarios para que las personas puedan disfrutar de sus libertades civiles y políticas”.

A nuestra perspectiva, consideramos que los derechos vinculados con los derechos económicos y sociales, son brindados de manera mixta, esto es, por el Estado y por el sector privado. Los servicios básicos si bien lo brinda el Estado, pero son insuficientes para la cantidad de personas, encontrándonos en un déficit de servicios básicos, donde la persona que no ha sido satisfecho de dichos servicios por el Estado, no tiene opción otra que recurrir al sector privado, quien brinda los servicios básicos vinculados a derechos económicos y sociales, ejemplo de ello es la educación, la salud, etc., pero para ejercer y gozar de esos derechos, la persona lo conseguirá dichos servicios básicos a cambio de dinero, recurso que normalmente las obtienen de sus remuneraciones por la prestación de



su trabajo, convirtiéndose así, el derecho al trabajo en un derecho fundamental, que no únicamente se detiene ahí, sino el derecho al trabajo como derecho relacional expresada por Landa Arroyo, se expande o activa otros derechos laborales reconocidos en la Constitución y la Ley, siendo uno de esos derechos, el derecho a las vacaciones remuneradas que se alcanza con el récord laboral como producto del trabajo, así el trabajo como medio para alcanzar una remuneración para satisfacer necesidades básicas (derechos sociales) para una vida digna, coloca al derecho al trabajo como derecho fundamental, y los derechos relacionales como las vacaciones, también adquiere el carácter de derecho fundamental, porque ese descanso prolongado del que goza el trabajador como vacaciones, dignifica al trabajador al permitirle renovar las energías gastadas en el trabajo y la reconciliación más plena con su familia y amigos, de lo contrario, el trabajo sería un sacrificio extenuante que absorbe toda la vida del trabajador con presión laboral permanente sin dignidad.

4.2.1. El derecho al trabajo con vacaciones remuneradas reafirma su categoría de derecho fundamental

Realizar trabajo sin vacaciones en tiempos actuales donde con el fenómeno de la constitucionalización de los derechos laborales, categorizan a ésta como derechos fundamentales, sería ir en contra del principio de progresividad de derechos laborales, y hasta tal vez sería un retroceso a la época de la revolución industrial, donde en aplicación indebida del derecho civil sin observar la desigualdad innata de las relaciones entre trabajador - empleador, se pensó erradamente que se encontraban en la igualdad de condiciones, justificando así la explotación laboral, porque no había derechos laborales, situación que obligo a levantarse en protesta a los mismos trabajadores explotados en contra del Estado y su empleador exigiéndoles reglas que regulen la relación laboral, que origino el nacimiento del derecho del trabajo.



En el año 1936 La Organización Internacional del Trabajo (OIT) crea el Convenio N° 52 denominado “Convenio sobre la vacaciones pagadas”, que ha sido adoptado en Ginebra en la vigésima reunión del Comité Internacional de Trabajo (CIT), y ratificado en nuestro país mediante la Resolución Legislativa N° 13284 de fecha 1 de febrero del año 1960, luego recogido en la Constitución Política del Perú del año 1979 y el actual del año 1993, en este último, el derecho a las vacaciones remuneradas se encuentra establecida en el artículo 25° segundo párrafo cuyo tenor es, “Los trabajadores tienen derecho a descanso [...] anual remunerado. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio”, así la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público creado por Decreto Legislativo N° 276, en el artículo 24° literal d) dispone como derecho del servidor público, “gozar anualmente de treinta días de vacaciones remuneradas salvo acumulación convencional hasta de 02 periodos”, gozando así, el derecho a las vacaciones, reconocimiento en el orden Constitucional y en la Ley.

El derecho a las vacaciones ha sido definido por Alonso Olea como derecho del trabajador, derivado de la relación que le liga con el empresario, y cuyo contenido consiste en la interrupción de la prestación de su trabajo durante un número determinado de jornadas consecutivas al año, sin dejar por ello de percibir las remuneraciones correspondientes a tales jornadas, complementa Martínez Roldan, las vacaciones deben darse fuera de los días festivos, días de enfermedad y convalecencia.

En nuestra legislación, con la dación del Decreto Legislativo N° 1405 reglamentado por el Decreto Supremo N° 013-2019-PCM, las vacaciones de treinta días naturales por año de servicios, habilitó el fraccionamiento de las vacaciones con un mínimo de siete días naturales, con el fundamento de la conciliación de su vida laboral y familiar, fundamento que compartimos parcialmente, negando la conciliación de su vida



laboral, porque el fundamento ultimo de las vacaciones es la libertad, entendida como libre de trabajos durante sus vacaciones destinadas al disfrute con su familia, amigos, viajes, visitas y otras actividades que relajen al trabajador, mas en el tiempo de vacaciones, el trabajador no debe prestar servicios de atenciones a su empleador vía remota, celular u otro medio que obstruya su libertad de disfrute de vacaciones.

Los fundamentos de las vacaciones anuales, según Néstor de Buen es, permitir al trabajador descanso prolongado para recuperar sus energías, aliviar la tensión que resulta del sometimiento diario a un régimen de disciplina y subordinación mediante el disfrute de las vacaciones y recuperación de su libertad, que Thayer A. y Novoa F. complementan, las vacaciones permiten hacer la vida familiar más intensa, oportunidad de viajes, paseos, visitas a parientes o amigos, volver al terruño donde se nació, asimismo, para Rendon, las vacaciones proporcionan la posibilidad de reencontrarse con su familia y consigo mismo, el abandonar temporalmente la localidad que vive, huyendo del tráfico urbano, tomar contacto con la naturaleza que estriba en la tranquilidad espiritual, porque solo entonces el trabajador puede evadirse de la alienación del esfuerzo diario. El resultado positivo de las vacaciones para Krotoschin, es el incremento de productividad.

Siendo así, las vacaciones remuneradas están relacionados directamente con la dignidad de la persona humana en su condición de trabajador, al permitirle en ese tiempo recuperar su libertad y disfrutar de su familia y restablecer su equilibrio emocional, de lo contrario, el trabajador al realizar el trabajo de manera permanente durante un año en 210 o 260 jornadas diarias de trabajo efectivo, que genera desgaste de sus energías e incrementa la carga de la tensión como efecto de la presión de subordinación en la que se encuentra en relación laboral, a la larga desencadenaría en una enfermedad ocasionado por el propio trabajo, afectando su dignidad de la persona del trabajador.



Al trabajador en la relación laboral, no se le puede desconocer o rebajar su dignidad, como bien el Constituyente estableció en el tercer párrafo del artículo 23° de la Constitución, en consecuencia, el trabajador en la relación laboral al tener derecho a las vacaciones que le permite mantenerse con energías renovadas y encontrar el equilibrio emocional por medio del goce de las vacaciones, hace compatible de alguna manera el trabajo con su dignidad. Derecho que el legislador estableció como condición mínima en el derecho del trabajo para garantizar la dignidad del trabajador, que, a decir de Belmont, el disfrute del derecho laboral haya sido justo, equitativo y garantizado como expresión de derechos humanos, quedando así, reafirmado la categoría de derecho fundamental de las vacaciones como derecho relacional del derecho al trabajo.

4.2.2. El derecho a la vacación es un derecho de grado de imperatividad relativa

Los derechos laborales como normas de orden público e imperativo, la doctrina se ha encargado de realizar el estudio de la imperatividad de los derechos laborales, Pasco Cosmópolis, remitiéndose a la doctrina española, distingue hasta tres grados a dicha fuerza imperativa o tres tipos de normas: (i) imperatividad absoluta o de derecho necesario absoluto, no admiten margen alguno para la modificación de los derechos laborales en niveles inferiores, ni siquiera a favor del trabajador, constituyen el piso y el techo del derecho regulado; (ii) imperatividad relativa o de derecho necesario relativo, consagra un mínimo denominado también como el típico “piso normativo”, que al modificarse una norma se tome en cuenta el criterio de mayor realce del objetivo de la norma, (iii) dispositivas o discrecionales o supletorias, son normas que ofrecen a la autonomía de las partes, diversos regímenes jurídicos alternativos para regular una materia concreta, o las que expresamente autorizan a las partes a configurar una relación contractual diferente, donde el principio de irrenunciabilidad no tiene alcance.



El tratadista Neves Mujica, sostiene que un derecho puede nacer de una norma dispositiva o imperativa. En el primer caso, su titular puede decidir libremente sobre él, el acto que contenga esta decisión será de disposición. En el segundo caso, el titular del derecho no puede abandonarlo por su voluntad. Si lo hace, su acto será de renuncia. Mientras la disposición es válida, la renuncia no. El derecho del trabajo está lleno de normas mínimas -imperativas hacia abajo y dispositivas hacia arriba-. Por tanto, los derechos reconocidos a los trabajadores son indisponibles para estos respecto de su parte imperativa pero no de la dispositiva. Cita como ejemplo, La ley sobre Descansos Remunerados reconoce a los trabajadores el derecho a treinta días de vacaciones al año. El artículo 19 de la norma, sin embargo, tiene una estructura híbrida: quince de esos días deben ser necesariamente descansados y remunerados (parte imperativa), pero otros quince pueden ser cedidos por el trabajador, si este acuerda con su empleador que los va a laborar a cambio del pago de una compensación extraordinaria (parte dispositiva).

A nuestra perspectiva, si bien Neves Mujica afirma que la Ley Sobre los Descansos Remunerados (vacaciones) es un derecho híbrido compuesto de la parte imperativa absoluta y parte dispositiva, pero dicho análisis lo realiza desde el espectro del sector privado, recaído en el Decreto Legislativo N° 713, mas su análisis no abarcó al derecho a las vacaciones en el ámbito del sector público bajo la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público; por otro lado, coincidimos con el tratadista Pasco Cosmópolis, en el sentido de los grados de imperatividad de los derechos laborales: imperatividad absoluta, imperatividad relativa y normas dispositivas.

El derecho a las vacaciones en la administración pública, también es híbrida, pero con características diferentes a la del sector privado. En el sector público, la Ley de Bases de la Carrera Administrativa ni en su reglamento ni en otra ley del régimen laboral público, no habilita a la Entidad comprar parte de las vacaciones del servidor público que



se encuentre con relación laboral vigente, sino más bien pregona que las “vacaciones son obligatorias e irrenunciables”, dicha disposición normativa, devela su carácter de derecho imperativo. Por otro lado, la situación que se asemeja entre el sector público y privado, es la necesidad de seguir contando con los servicios del trabajador, pese a su programación de vacaciones como efecto de haber cumplido su récord laboral, en esa situación, el sector privado puede comprar quince días de sus vacaciones a cambio de una compensación extraordinaria, ejecutando así el trabajador la parte dispositiva de su derecho vacacional, en cambio, en el sector público frente a la misma situación de la necesidad de servicio a la Nación, el servidor público no puede disponer total o parte de sus vacaciones a cambio de una compensación extraordinaria, ni así puede ejecutar la Administración pública por principio de legalidad, sino más bien, el reglamento de la Ley de la Carrera Administrativa, habilita al servidor público acumular sus vacaciones por razones de servicio a la Nación, y que al año siguiente de manera excepcional, le habilita hacer goce de sus vacaciones acumuladas con límite de hasta sesenta días naturales en un año y así sucesivamente hasta terminar sus vacaciones acumuladas.

El derecho a las vacaciones en el sector público se convierte en una norma dispositiva, cuando el servidor público tiene acumulado vacaciones no gozadas por razones de servicios a la Nación, pero por las causales de término de la carrera administrativa: fallecimiento, renuncia, cese definitivo o destitución, no gozó o habiéndolo hecho, gozo en parte sus vacaciones acumuladas, pero el derecho a la vacación remunerada sigue exigible al empleador, pero tal derecho ya no puede ser gozado dentro de la relación laboral porque ésta se extinguió, entonces, habilita la compensación vacacional por cada ciclo laboral acumulado, irradiando así y en la fase de desvinculación laboral, el carácter dispositivo del derecho a las vacaciones, esta disposición no es una renuncia al derecho, sino lo hace a cambio de una compensación económica equivalente



a una remuneración mensual total por cada ciclo laborado, y por los meses proporcionales laborados, también se compensará como vacaciones trucas los periodo laborados pero que no alcanzó el ciclo laboral, compensado económicamente en razón proporcional a dozavas partes. Precisando, el derecho a las vacaciones si se le quisiera dotar de carácter absoluta, entonces se exigiría su goce efectivo de las vacaciones y eso sería imposible jurídicamente, porque con el término de la carrera administrativa, se extingue el vínculo laboral; mientras, en el goce de las vacaciones, el vínculo laboral se suspende de manera imperfecta, así la imperatividad absoluta terminaría desnaturalizando la relación laboral y muchas veces resultaría perjudicial al propio trabajador.

4.3. LA TUTELA RESARCITORIA, MEDIO IDÓNEO DE PROTECCIÓN FRENTE A LAS VACACIONES ACUMULADAS EN EXCESO A DOS CICLOS LABORALES EN EL MARCO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 276

Montero citando a Bigliuzzi, sostiene que la institución jurídica “tutela” tiene dos definiciones, la primera, como sinónimo de reconocimiento de la norma a un determinado interés que la denomina “situación jurídica subjetiva”; y, por el segundo, como sinónimo de protección, donde el ordenamiento jurídico reacciona frente a la lesión a determinado interés protegido también por el ordenamiento jurídico.

La tutela como producto de la constitucionalización de la “acción”, ahora se denomina tutela jurisdiccional efectiva, que como derecho subjetivo, la persona lesionada de sus derechos acude al órgano jurisdiccional para reclamar su derecho sea restituyendo o resarciendo a cargo del agresor. El tratadista Priori Posada, por la evolución histórica de la acción hasta la denominación “tutela jurisdiccional efectiva”, sostiene, la acción tiene su origen en el Derecho Romano y no se concebía como categoría distinta del



derecho material, sino se pensaba que la “acción” era implícita en el derecho material y se activaba con la lesión de esta y se ejercía contra del adversario; sin embargo, la doctrina alemana del siglo XIX, repensó la institución jurídica de la “acción”, estableciendo directrices para su estudio dogmático tomando en cuenta su aproximación histórica, que luego en el Siglo XX su discusión en la doctrina ha sido fructífera, al distinguir la “acción” del derecho material, su autonomía y su ejercicio ante el Poder del Estado (Poder Judicial). Para Savigny, el derecho a la acción es una nueva relación entre el agresor y el ofendido que se genera como resultado de la violación del derecho del ofendido, y, que a cada derecho le corresponde una acción, esto es, la acción sería dependiente del derecho sustantivo o material, posición criticada por Windscheid, para quien, la acción es autónomo al derecho sustantivo y es inherente a todo derecho, que se invoca una vez lesionado el derecho sustantivo, además, el ordenamiento jurídico no es el ordenamiento de derechos, sino mas bien el de las pretensiones judicialmente perseguibles, que para Priori Posada, la pretensión elaborada por Windscheid, resultó fundamental para el surgimiento de la noción abstracta de la acción y que sirvió de base dogmática en la elaboración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En el derecho del trabajo, el tratadista Blancas Bustamante en el estudio de la protección contra el despido arbitrario, sostiene, el despido arbitrario de hecho o los despidos sin expresión de causa ejecutados por los empleadores, solo será eficaz cuando el empleador pague una compensación económica al trabajador vulnerado de su derecho al trabajo, habiéndola denominado “tutela resarcitoria”; en cambio, si el despido es nulo por las causales de afiliación o participación a un sindicato, por ser candidato a representante de los trabajadores, por presentar queja contra su empleador, discriminación y embarazo establecidas en el art. 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, frente a estos casos corresponde la “tutela restitutoria”. Clasificándose así la



tutela de derechos laborales en: tutela resarcitoria y tutela restitutoria. La primera, consiste propiamente en la reparación o indemnización por los daños y perjuicios causados, que normalmente consiste en la compensación económica a la parte ofendida; mientras, por el segundo, es la reposición del trabajador a su puesto de trabajo con todos los derechos y beneficios previa declaración de la nulidad del despido nulo o arbitrario.

A nuestra perspectiva, el derecho a las vacaciones como derecho fundamental por el carácter relacional del derecho al trabajo, por su sola condición de derecho laboral goza de la imperatividad, protección y garantía del principio de irrenunciabilidad, exigiendo esta última su plena efectividad, sin embargo, frente a la situación del servidor público que acumuló vacaciones por periodos iguales o mayores a dos ciclos laborales y luego terminó su carrera administrativa sin haber gozado de sus vacaciones o haberlo hecho en parte, el derecho a las vacaciones continúa exigible, pero que ya no podrá efectivizarse propiamente como goce de vacaciones remuneradas por haberse extinguido la relación laboral, pero también es cierto, que dicho derecho no puede ser renunciado por gozar de la protección del principio de irrenunciabilidad, frente a dicha situación, la medida idónea es la tutela resarcitoria, esto expresada en el pago de la compensación vacacional por cada periodo acumulado sobre la última remuneración total.

La tutela resarcitoria si bien ha sido habilitada para los casos de despido nulo o fraudulento, esto en el fondo es por una afectación al derecho fundamental al trabajo y demostrada el acto ilegítimo del empleador en el proceso y, sumado a ello la decisión de voluntad del trabajador de exigir como medida reparadora la “tutela resarcitoria” en la impugnación del despido o propiamente en la ejecución de la sentencia, lo hace por afectación al derecho fundamental que consiste en el “derecho al trabajo”, pero también se ha sostenido, que con la constitucionalización del derecho laboral, el derecho a las vacaciones constituye también un derecho fundamental, entonces, ante el no oportuno



cumplimiento de la entidad en otorgar el derecho a las vacaciones al servidor público que terminó su carrera administrativa, indirectamente ese derecho fundamental se ha visto afectado de su goce oportuno, ante tal afectación, el ordenamiento jurídico franquea de tutela a ese derecho, esa tutela atendiendo a su carácter de entrega económica por compensación vacacional, se manifiesta como tutela resarcitoria en la vía administrativa, mas bien en la vía jurisdiccional la pretensión dependerá del tipo de acto administrativo emitido en relación al cumplimiento de pago de la compensación vacacional, que puede ser la nulidad total o parcial, ello atendiendo a la afectación del derecho o frente a la omisión de la Entidad en pronunciarse sobre el pago de la compensación vacacional, que terminará en una denegatoria ficta, donde igualmente la pretensión sería la nulidad del acto administrativo ficta, pretensión que se tramitará en la vía procedimental especial del proceso contencioso administrativo.

4.4. CRÍTICA A LOS INFORMES TÉCNICOS DE LA GERENCIA DE POLÍTICAS DE GESTIÓN DEL SERVICIO CIVIL -SERVIR-

La Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil -SERVIR-, sobre el pago de la compensación vacacional por vacaciones acumuladas y no gozado al servidor público que termina su vínculo laboral, cuyo régimen laboral fue el Decreto Legislativo N° 276, informó lo siguiente.

- a) INFORME TÉCNICO N° 087-2018-SERVIR/GPGSC de 19 de enero de 2018, concluyó: 3.3 *“no se encuentra permitida la acumulación de más de dos (2) periodos vacacionales. Esta prohibición significa que de producirse una acumulación mayor, los periodos excedentes pierden sus efectos; es decir, si el servidor o funcionario no gozara de sus vacaciones por más de dos (2) periodos anuales consecutivos, perdería el derecho tanto al goce físico como al pago de la remuneración respectiva.”*,



señalando como argumento de análisis en el punto 2.12 ii) lo siguiente, “Alcanzado el derecho, el servidor debe gozar del descanso pero puede, de común acuerdo con la entidad, acumular hasta dos (2) periodos vacacionales, preferentemente por razones de servicio; no obstante, no está permitida la acumulación de un periodo adicional y, en caso de ocurrir, el periodo excedente carece de efecto”

- b) INFORME TÉCNICO N° 938-2020-SERVIR/GPGSC, concluyó: “3.3 *aquel servidor o funcionario que no haga uso efectivo de su descanso vacacional e el año que corresponde, solo podrá acumularlo con otro periodo vacacional para su goce posterior, perdiendo definitivamente el exceso*”, señala como argumento en el punto 2.3 “de este límite que la norma establece se desprende que cualquier exceso de dos (2) periodos vacacionales acumulados se pierde de forma definitiva. Siendo imposible que la entidad reconozca el goce efectivo o el abono de la compensación vacacional respectiva”.

Sobre el particular, nuestra postura no comparte con la interpretación que efectúa SERVIR, porque las conclusiones a la que arriba, carece de motivación en la parte de análisis de los informes citados. La motivación establecida en el artículo 139° numeral 5 de la Constitución Política del Perú, no es restringido únicamente para el fuero judicial, sino que alcance también es para la administración pública e inclusive para los privados, esto conforme ha sido aclarado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 03891-2011-PA/TC Lima, fundamento 17, como sigue:

“La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3° y 43° de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido



al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso”

El Tribunal Constitucional sobre la debida motivación y el debido proceso en la sentencia recaído en el expediente N° 728-2008-HC/TC fundamento 7, haciendo referencia a la STC N° 3943-2006-PA/TC y antes en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini en la STC N° 1744-2005-PA/TC, precisó que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos: a) Inexistencia de motivación o motivación aparente; b) Falta de motivación interna del razonamiento; c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas; d) La motivación insuficiente; e) La motivación sustancialmente incongruente; y f) Motivación cualificada.

SERVIR en la interpretación que efectúa el artículo 102° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM mediante el INFORME TÉCNICO N° 087-2018-SERVIR/GPGSC, concluye que “no se encuentra permitida la acumulación de más de dos (2) periodos vacacionales. Esta prohibición significa que de producirse una acumulación mayor, los periodos excedentes pierden sus efectos” y, el INFORME TÉCNICO N° 938-2020-SERVIR/GPGSC concluye también de forma similar, “aquel servidor o funcionario que no haga uso efectivo de su descanso vacacional en el año que corresponde, solo podrá acumularlo con otro periodo vacacional para su goce posterior, perdiendo definitivamente el exceso”. Esto es, en su entender de SERVIR, las vacaciones acumuladas que exceden dos periodos vacacionales pierden sus efectos; sin embargo, en el cuerpo de análisis de ambos informes, no existe justificación de porqué las vacaciones ganadas que son



derechos fundamentales y exigibles, pierden sus efectos, cuando en la ley analizada el legislador no prevé una normativa que exprese en ese sentido, tanto mas, si en la propia disposición normativa del artículo 102° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM reza que las vacaciones son irrenunciables y tienen su fuente jurídica no únicamente en la ley, sino en instrumentos internacionales como el Convenio N° 52 de la OIT “Convenio sobre las vacaciones pagadas”, ratificada por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 13284 y recogida en el artículo 25° de la Constitución, además, los derechos laborales como es el caso de las vacaciones, gozan de protección constitucional del principio de irrenunciabilidad para su efectividad, prevista en el artículo 26° de la Constitución Política del Perú.

Entonces, SERVIR al concluir que las vacaciones acumuladas por periodos que exceden los dos periodos carecen de efecto, es una conclusión arbitraria vaciado argumentos jurídicos, donde ni siquiera advierte la existencia de una laguna en la disposición normativa del artículo 102° del reglamento de la carrera administrativa, y dicha omisión, hace que no observe los principios del derecho de trabajo que inspiraron en la creación del derecho a las vacaciones, como es el caso del principio protectorio que contiene tres subprincipios: in dubio pro operario, la regla de la norma más favorable, y la regla de la condición mas beneficiosa, que orientan la creación de leyes laborales para neutralizar la diferencia existente en la relación laboral, y dichos derechos como las vacaciones, gozan de la protección del principio de irrenunciabilidad para su efectividad, principio de orden Constitucional establecida en el artículo 26°.

Por otro lado, frente a un derecho cierto, existente como las vacaciones acumuladas por periodos superiores a dos ciclos laborales, SERVIR al quitar sus efectos jurídicos, lo que hace es, “desconocer el ejercicio de los derechos constitucionales del servidor público”, situación que esta proscrita constitucionalmente en el artículo 25° que reza,



“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. Se ha sostenido que los derechos laborales con el fenómeno de la Constitucionalización, adquieren la calidad de derechos fundamentales, esto, por el sólo hecho de que el trabajo y los derechos relacionales que derivan de ella, están íntimamente relacionados con el ingreso que obtiene el trabajador por fruto de su trabajo y derechos que le franquea la ley, que está pensado por el legislador, para que el trabajador cuente con recursos económicos que le permitan a él y su familia satisfacer sus necesidades básicas para una vida digna, por ello, se ha sostenido que el trabajo compatible con la dignidad, si esto es así, desconocer derechos laborales como la vacación, es afectar la dignidad del trabajador, tanto más, el servidor público quien tiene el deber de Servir a la Nación, no tiene atribución de fijar las vacaciones, sino quién fija las vacaciones de acuerdo al artículo 104° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, es la Entidad pública, entonces, cómo se puede pretender responsabilizar al servidor público de su no goce de vacaciones, cuando no esta en la esfera de sus facultades, sino mas bien, en su obligación del servidor publico es el “prestar servicio a la Nación”, deber que se superpone a sus interés personales como el goce de vacaciones.

Finalmente, por los derechos de carácter internacional, constitucional y legal sostenido, el INFORME TÉCNICO N° 087-2018-SERVIR/GPGSC, y el INFORME TÉCNICO N° 938-2020-SERVIR/GPGSC, contienen conclusiones arbitrarias contrario al ordenamiento jurídico laboral, situaciones que lo coloca en la afectación del derecho a la debida motivación de los servidores públicos, en su vertiente de inexistencia de motivación.



V. CONCLUSIONES

PRIMERO: La acumulación de vacaciones establecidas en el artículo 102° del Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM dispone, “*Las vacaciones anuales y remuneradas establecidas en la Ley, son obligatorias e irrenunciables, se alcanza después de cumplir el ciclo laboral y pueden acumularse hasta dos periodos de común acuerdo con la entidad, preferentemente por razones de servicio. [...]*”. El texto normativo presenta laguna legal para el supuesto de hecho de: “acumulación de vacaciones mayores a dos periodos por razón de servicio a la Nación”, para efecto de colmar ese vacío, corresponde ser integrado con el dispositivo normativo del artículo 24° literal d) del Decreto Legislativo N° 276 que dispone como derecho de los servidores públicos, “*gozar anualmente de treinta días de vacaciones remuneradas salvo acumulación convencional hasta dos periodos*”.

1.1. La disposición normativa de “acumulación de vacaciones hasta dos periodos por acuerdo con la Entidad”, esta referida únicamente para efectos de goce de vacaciones, la misma que no puede exceder de sesenta días en un año como producto de acumulación de dos ciclos laborales y fundados en el servicio a la Nación, porque el derecho a las vacaciones remuneradas se alcanza con el récord laboral, requisito que es suficiente y hace de ese derecho exigible hasta antes de la prescripción extintiva, porque el derecho a las vacaciones es una norma de orden público e imperativa, que para su efectividad goza de protección del principio de irrenunciabilidad. En ese sentido, la proposición, “*acumulación convencional hasta dos años*”, no constituye requisito adicional para el derecho a las vacaciones, sino únicamente es un indicativo de que la Entidad y el servidor público, pueden postergar el disfrute de vacaciones por acuerdo en razón de servicio a la Nación, así, como tampoco puede interpretarse como abrogación del derecho a las



vacaciones, porque no constituye medio extintivo de derechos, como si lo es, la caducidad o el pago. En consecuencia, la acumulación de vacaciones por periodos mayores a dos ciclos laborales, es perfectamente posible, bastando para ello acreditar que el servidor público se encontraba prestando servicios a la Nación y el acuerdo expreso con la Entidad.

SEGUNDO: El principio de irrenunciabilidad, protege los derechos laborales que componen el derecho de trabajo, como es el caso de las vacaciones remuneradas, dotándola de eficacia para su pleno goce y disfrute por parte de la clase trabajadora como lo son los servidores públicos, al extremo que limita al trabajador de su autonomía de voluntad de renunciar por acto propio, aquellos derechos laborales nacidos de la Constitución Política del Perú, los tratados Internacionales en Derechos Laborales ratificados por el Perú y la Ley; y, nulifica todo acto de renuncia de derechos laborales por vulneración a normas de orden público que irradia imperatividad, expresada éste como de obligatorio cumplimiento para las partes de la relación laboral. El principio de irrenunciabilidad acoge la teoría objetiva al proteger únicamente derechos laborales de fuente normativa, con alcance a los trabajadores antes, durante y después de la relación laboral, así también se extiende a la organización sindical en sus derechos imperativos.

TERCERO: El principio de irrenunciabilidad por su función en el área del Derecho de Trabajo, constituye pauta basilar para la interpretación, así como suple e integra la ley ante las lagunas de la ley laboral, sin perder de vista, la finalidad teleológica de los derechos laborales. Así el derecho a las vacaciones remuneradas por treinta días naturales por ciclo laboral, el legislador la creó para dotarle al servidor público de un tiempo prolongado e ininterrumpido para que restablezca sus energías y reconcilie con su familia, esa es la finalidad; en consecuencia, “la acumulación de vacaciones mayores a dos periodos por razón de servicio” no prevista en el artículo 102° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, constituye laguna en la ley, dicha laguna no puede afectar derechos



laborales, porque el derecho a la vacación el servidor público la obtiene por el sólo cumplimiento del ciclo laboral, convirtiéndose en derecho exigible, que el principio de irrenunciabilidad protege para su efectividad de dicho derecho, evitando que se desnaturalice o abroge por vacío o laguna de la ley, así al haberse creado la nueva norma jurídica “acumulación de vacaciones mayores a dos periodos por razón de servicio a la Nación” con la consecuencia jurídica excepcional de “goce de vacaciones remuneradas por sesenta días en un año y así sucesivamente hasta agotar las vacaciones acumuladas”, dicha creación mantiene incólume la finalidad del “derecho a las vacaciones”, conservando así la unidad sistemática del derecho laboral.

CUARTO: El derecho a la vacación remunerada, es un derecho fundamental por estar reconocida en el convenio N° 52 de la OIT, ratificado por el Perú, recogido en la Constitución Política del Perú y en la Ley de la Carrera Administrativa, derecho que no puede ser derogada ni rebajada por el vacío en la ley ni opera la renuncia tácita, derecho laboral que se manifiesta de dos formas: primero, la vacación al estar sujeto al pago de una remuneración, permite al servidor público y a su familia, seguir satisfaciendo sus necesidades básicas que se condice con la vida digna; y, segundo, permite al servidor público, salir del extenuado trabajo y recuperar su libertad con el goce de vacaciones, al permitirle renovar las energías gastadas en el trabajo, la reconciliación plena con su familia y encontrar el equilibrio espiritual al estar en contacto con la naturaleza y disfrute de mayor tiempo con su familia, así, las vacaciones, hace compatible el trabajo con la dignidad del trabajador.

QUINTO: El derecho a las vacaciones, se genera como derecho exigible a favor del servidor público por el sólo cumplimiento del récord laboral, habilitándose válidamente su acumulación por periodos mayores a dos ciclos laborales cuando es por razón de servicio a la Nación, derecho que es de orden público que irradia imperatividad para el



cumplimiento de las partes de la relación laboral y goza de protección del principio de irrenunciabilidad para su eficacia. Así, el derecho a la vacación tiene una fuerza normativa híbrida, por una parte, tiene una composición imperativa únicamente durante la vigencia de la relación laboral, que se manifiesta en el goce efectivo de las vacaciones de treinta días y excepcionalmente de sesenta días en un año cuando se tiene vacaciones acumuladas, y, se convierte en derecho dispositivo al término de la relación laboral, donde las vacaciones acumuladas y no gozadas, son pagadas al ex servidor público mediante la compensación vacacional por cada ciclo laboral sobre la última remuneración, esto porque al quedar extinguido el vínculo laboral, es imposible jurídicamente otorgar vacaciones remuneradas, sino que ésta tiene su eficacia cuando la relación laboral está vigente.

SEXTO: Frente al servidor público que termina la carrera administrativa con vacaciones acumuladas, esto como causa del empleador que no otorgó oportunamente el goce de las vacaciones, afectó el derecho fundamental a las vacaciones oportunas, frente a tal afectación, la ley de la carrera administrativa prevé el pago de una compensación vacacional por cada periodo acumulado sobre la última remuneración total, dicha entrega económica se manifiesta como tutela resarcitoria.



VI. RECOMENDACIONES

Las entidades de la administración pública que tengan trabajadores bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, que tengan servidores públicos que acumularon vacaciones por más de dos periodos por razones de servicio a la Nación, pero que tienen duda razonable con respecto al artículo 102° del Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM que dispone, *“Las vacaciones anuales y remuneradas establecidas en la Ley, son obligatorias e irrenunciables, se alcanza después de cumplir el ciclo laboral y pueden acumularse hasta dos periodos de común acuerdo con la entidad, preferentemente por razones de servicio. [...]”*, debe ser interpretado con el artículo 24° literal d) del Decreto Legislativo N° 276 que dispone como derecho de los servidores públicos, *“gozar anualmente de treinta días de vacaciones remuneradas salvo acumulación convencional hasta dos periodos”*.

En consecuencia, deben entender que la vacación constituye un derecho fundamental del servidor público y como tal, un vacío o laguna en la ley no afecta dicho derecho laboral ni implica renuncia tácita ni prescripción extintiva, sino a lo contrario, goza de protección del principio de irrenunciabilidad para su efectividad. Siendo así, la disposición normativa *“las vacaciones pueden acumularse hasta por dos periodos”* y *“los servidores públicos tienen derecho a gozar de treinta días de vacaciones remuneradas salvo acumulación convencional hasta dos periodos”*, debe entenderse dos cosas: *primero*, las vacaciones pueden acumularse por periodos iguales o mayores a dos ciclos laborales por razones de servicio a la Nación; y, *segundo*, el servidor público excepcionalmente puede gozar de vacaciones por sesenta días en un año y así



sucesivamente hasta terminar sus vacaciones acumuladas. Y cuando el servidor público con vacaciones acumuladas, termina la carrera administrativa, corresponde pagarle por cada vacación acumulada, una compensación vacacional de una remuneración total como tutela resarcitoria por afectación a la vacación oportuna.

Finalmente, el derecho a las vacaciones como derecho fundamental, la entidad debe otorgarlas oportunamente al servidor público que tiene récord laboral, a fin de que el trabajo no se torne en sacrificio extenuado, sino que el trabajo debe ser compatible con la dignidad del servidor público, para ello, debe manejar mediante la oficina de personal un control de récord laboral por cada trabajador (a) y dentro de sus funciones específicas debe implementarse el de “otorgar vacaciones al servidor público con récord laboral oportunamente, bajo responsabilidad legal.



VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(s.f.).

Alonso, M. (1981). *Curso de Derecho del Trabajo* (Séptima ed.). Barcelona: Ariel.

Aranzamendi, L. (2014). *La Investigación Jurídica: Diseño del Proyecto de Investigación, Estructura y Redacción de la Tesis*. Lima: Grijley.

Arce, E. (2012). La Tutela Laboral de los derechos fundamentales del trabajador. Una Asignatura Pendiente en Tiempos de reforma. *Revista de la Facultad de Derecho*, 10-11.

doi:<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2841/2770>

Arevalo, J. (2016). *Tratado de Derecho Laboral*. Lima: Pacífico Editores S.A.C.

BARRANTES VARELA LUISINHO FEDERICO Y LOIDA TATIANA SANTOS ARCE. (2013). EL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO Y LA DETERMINACION DEL IMPUESTO A LA RENTA EN LA EMPRESA INGENIERIA DE SISTEMAS INDUSTRIALES S.A. EN EL AÑO 2013. TRUJILLO, TRUJILLO, LA LIBERTAD: UPAO.

Belmont, J. L. (2017). *Los Derechos Humanos Laborales*. México: CNDH.

Blancas, C. (2006). *El Despido En El Derecho Laboral Peruano* (Segunda ed.). Lima: Ara Editores.

Borrajo Da Cruz, E. (1978). *Introducción al derecho Español del Trabajo*. Madrid: Tecnos.

Boza, G. (2011). *Lecciones del Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.



- Boza, G. (2011). *Lecciones del Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- BURGA ARGANDOÑA, M. E. (2014). CULTURA TRIBUTARIA Y OBLIGACIONES TRIBUTARIAS EN LA EMPRESAS COMERCIALES DEL EMPORIO GAMARRA 2014. *TESIS*. LIMA, LIMA, PERU: USMP.
- Cabanellas, G. (1963). *Contrato de Trabajo* (Vol. 251). Buenos Aires: Omeba.
- Caivano, R. (s.f.). Arbitrariedad y Orden Público. *Foro Jurídico N° 12*, (pág. 66).
- Campos, H. (2012). El Juicio de Resarcibilidad en el Ordenamiento Jurídico Peruano. *IUS ET VERITAS*, 45(45), 3.
doi:<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11999/12567>
- Campos, L. (1976). *Los Principios de Norma más Favorable y de Condición más Beneficiosa en las fuentes del Derecho Español del trabajo* (ET. Colección ed.). Madrid.
- Candia y Frescura L. (1986). *Derecho Paraguayo del Trabajo y la Seguridad Social* (Tercera ed.). Asunción: El Foro.
- Canessa, M. (s.f.). *El Jus Cogens Laboral: Los Derechos Humanos Laborales Recogidos en Normas Imperativas del Derecho Internacional General*. SPDTSS.
- Cánova, K. (2007). *Vacaciones*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Capon, F. , Giorlandini, E. (1987). *Diccionario de Derecho Social*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Castañeda J. Rodriguez P. y Rodriguez J. (2019). Procedencia de la Acción de Tutela Como Mecanismo Excepcional para la Reclamación de Acreencias Laborales. *Scientia Fons libertatis*, 23-24.



doi:<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/15436/Paper%20Derecho%20Laboral.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

CASTILLO DEXTRE CIELO, H. B. (2005). CONSULTORIA TRIBUTARIA. *TESIS PUCP*. LIMA, LIMA, LIMA: PUCP.

Castillo, M. y Osterling, F. (1997). *Tratado de las Obligaciones* (Vol. XVI). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Caxi, A. (2017). *Hacia una Aplicación Racional de la Prueba de Oficio en el Proceso Civil-Aporias Teoricas en la Defensa de la Prueba de Oficio y Análisis de la Racionalidad de su Aplicación como Juicio de Hecho y ejercicio de Poder*. Obtenido de <http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/7973>

CINTHIA, R. R. (2014). PLANEAMIENTO TRIBUTARIO Y SU INCIDENCIA EN LA SITUACION FINANCIERA DE LA EMPRESA INMOBILIARIA SANTA CATALINA S.A.C. DE LA CIUDAD DE TRUJILLO EN EL PERIODO 2013. *TESIS* . TRUJILLO, TRUJILLO, LA LIBERTAD: UNT.

CORNEEL, F. G. (1967). PLANEACION TRIBUTARIA: ENSEÑANZA Y PRACTICA. *TAX LAW REVIEW VOL 22, 3*.

Couture, E. (2010). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (Quinta ed.). Buenos Aires: La Ley.

CUCCI, J. B. (2011). PLANEAMIENTO TRIBUTARIO Y LA NORMA XVI DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO TRIBUTARIO . En J. B. CUCCI, *PLANEAMIENTO TRIBUTARIO Y LA NORMA XVI DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO TRIBUTARIO* . LIMA: ACTUALIDAD EMPRESARIAL.



DATEANDTIME.INFO. (s.f.). *LINEAS COORDENADAS DE LA CIUDAD DE JULIACA*. Recuperado el 08 de JULIO de 2017, de <http://dateandtime.info/es/citycoordinates.php?id=3937513>

De Bartolomé, J. (2002). El Orden Público como Límite al Ejercicio de los derechos y Libertades. *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 137.

De Buen, N. (2000). *Derecho del Trabajo* (Tercera ed., Vol. I). México: Porrúa.

De Buen, N. (2002). *Derecho del Trabajo* (Decimosexta ed., Vol. Segundo). México: Porrúa.

De Diego, J. (2002). *Manual del Derecho de Trabajo y Seguridad Social* (Quinta ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

De Diego, J. (2004). *Manual de Derecho de Trabajo y la Seguridad Social*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Diez Picazo, L., Gullón, A. (1975). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.

Dolorier, J. (1994). *Orden Público Económico, Orden Público Laboral y los Límites a la autonomía Colectiva*. Recuperado el 17 de junio de 2021, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11380/11893>

Ermida y Hernandez. (2002). *Crítica de la Subordinación* (25 ed.). Lima: Ius Veritas. doi:<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16214>

Escobedo, J. (2009). *Investigación Cuantitativa y Cualitativa*.

Espezua, B. (junio de 2017). *Diseño Metodológico*. Puno.



GALEON.COM. (s.f.). *UBICACION DE LA CIUDAD DE JULIACA*. Recuperado el 08 de JULIO de 2017, de <http://juliaca1.galeon.com/ubicacion.htm>

García A., J. A. (29 de diciembre de 2019). *Del Método Jurídico a las Teorías de Argumentación*. Obtenido de <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-DelMetodoJuridicoALasTeoriasDeLaArgumentacion-142099.pdf>

García A., J. A. (29 de Diciembre de 2019). *Del Método Jurídico a las Teorías de la Argumentación*. Obtenido de <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-DelMetodoJuridicoALasTeoriasDeLaArgumentacion-142099.pdf>

García, Á. (2010). *¿Cómo se Están Aplicando los Principios Laborales en el Perú?* Lima: Gaceta Jurídica S.A.

García, V. (2013). *Los Derechos Fundamentales* (Segunda Edición ed.). Lima: Adrus.

Garmendia, M. (2001). *Orden Público y Derecho del Trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Gorelli, J. (2014). *Elementos Delimitadores del Derecho a Vacaciones*.

Guastini, R. (2016). *Las Fuentes del derecho: Fundamentos Teóricos*. Lima: Raguel.

Guerrero, G. (2003). *El Derecho Laboral en la Constitución Nacional Colombiana*. Madrid: Academia Iberoamericana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social.

Higa, A. (2017). *El Principio de Irrenunciabilidad de Derechos: Un Enfoque sustantivo y Procesal*. Lima: Gaceta Jurídica.

Higa, A. (2017). *El Principio de Irrenunciabilidad de Derechos: Un Enfoque Sustantivo y Procesal*. Lima: Gaceta Jurídica.



- Higa, A. (2017). *La Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Higa, A. (2017). *La Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales: Un enfoque Sustantivo y Procesal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Higa, A. (2017). *LA IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES: Un Enfoque Sustantivo y Procesal*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
- INEI. (26 de Septiembre de 2021). *Instituto Nacional de Estadística E Informática*.
Obtenido de <http://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/la-poblacion-ocupada-del-pais-alcanzo-10-millones-272-mil-400-personas-en-el-ii-trimestre-del-2020-12346/>
- JORGE, B. C. (2011). PLANEAMIENTO TRIBUTARIO Y LA NORMA XVI DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO TRIBUTARIO. En B. C. JORGE, *PLANEAMIENTO TRIBUTARIO Y LA NORMA XVI DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO TRIBUTARIO* (pág. 70). LIMA, TRUJILLO, LA LIBERTAD: INSTITUTO PACIFICO.
- Kahn-Freud, O. (1987). *Trabajo y Derecho*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Krotoschin, E. (1981). *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo* (Vol. I). Buenos Aires: Depalma.
- LANANE, G. A. (2003). ECONOMIA DE OPCION Y FRAUDE DE LEY EN EL DERECHO TRIBUTARIO. En L. G. A., *ECONOMIA DE OPCION Y FRAUDE DE LEY EN EL DERECHO TRIBUTARIO* (págs. 109, 110 Y 111). BUENOS AIRES: MARCIAL PONS.
- Landa, C. (2017). *Los Derechos Fundamentales*. Lima: PUCP.



- Marcelo, P. Y. (2012). *El Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales Contra la Prescripción del Cobro de los Beneficios Sociales*. Obtenido de Repositorio Institucional UCV.
<http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/9363?show=full>
- MARIO, A. M. (2013). *PLANEAMIENTO TRIBUTARIO: ES POSIBLE REALIZARLO ACTUALMENTE SIN QUEBRANTAR LAS NORMAS*. LIMA: ACTUALIDAD EMPRESARIAL 286-PRIMERA QUINCENA DE SETIEMBRE 2013.
- Martin Velarde y Garcia Murcia. (2001). *Derecho de Trabajo* (10 ed.). Madrid: Tecnos.
- Martin, A. (1978). Concurrencia y Articulación de Normas Laborales. *Revista de Política Social*, 27.
- Martinez, J. (1988). *Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Astrea.
- Montero, G. (catorce de Septiembre de 2015). *La Resurrección de la Tutela Resarcitoria en la Ley de Productividad y competitividad Laboral. Resarcido Daños a la Institución de la Responsabilidad Civil a Traves de la Diferenciación de Remedios*. Obtenido de https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/1438/monroy_prs.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Mora, J. A. (2014). LamPrescripción de las Acciones Provenientes de Actos o Contratos Laborales y su Contravención Expresa del Principio Constitucional de Irrenunciabilidad de los Derechos e Intereses del Trabajador.
- Neves, J. (2005). La Prescripción Laboral. *Themis*, 45.
doi:<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8745>



- Neves, J. (2018). *Introducción al Derecho del Trabajo* (Cuarta ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Neves, J. (2018). *Introducción al Derecho del Trabajo* (Cuarta Edición ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Osorio, M. (2010). *Diccionario de Ciencias, Jurídicas y Políticas*. Buenos Aires: Heliasta.
- Pacheco, L. (2015). Los Principios del Derecho del Trabajo. *Pirhua*, 1-2. Obtenido de <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/3874>
- Palacios, J. Romero, H. y Ñaupas, H. (2016). *Metodología de Investigación Jurídica*. Lima: Grijley.
- Pasco, M. (2005). En Torno al Principio de Irrenunciabilidad. *IUS ET VERITAS*(31), 217. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12419/12981>
- Peña, M. (2017). Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos y el Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales.
- Pineda, J. (2017). *El Proyecto de Tesis en Derecho*. Puno: Altiplano E.I.R.L.
- Plá, A. (1990). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Depalma.
- Plá, A. (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo* (Tercera Edición ed.). Buenos Aires: Depalma.
- Podetti, H. (1997). *Los Principios del Derecho del Trabajo En: Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.



- Priori, G. (2014). Del Derecho de acción a la Efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos. *IUS ET VERITAS*, 49, 147-154.
doi:<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/13621>
- Ramirez, F. (2000). *Código Civil Comentado por los 100 MEjores Especialistas* (Vol. X). Lima: Gaceta Jurídica.
- Ramos, M. (2002). *La Garantía de los derechos de los Trabajadores: Inderogabilidad e Indisponibilidad*. Valladolid: Lex Nova.
- Rendon, J. (1986). *Manual de Derecho del Trabajo Individual*. Lima: Tarpuy.
- ROYO, F. P. (1993). DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO. En F. P. ROYO, *DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO* (pág. 97). MADRID: CIVITAS 3RA EDICION.
- Sala, T. (2003). *los Principios de Imperatividad Legal, de Norma Mínima y de Norma Más Favorable En: Los Principios del derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- Sampieri, R. H. (s.f.). *Metodología de Investigación* (Quinta ed.). México: McGeaw Hill.
- Schreiber, M. Á. (2000). *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984* (Segunda Edición ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Sierra, R. (2005). *Técnicas de Investigación Social*.
- Slinger, L. (2006). Exposición Referida a la Autonomía de la Voluntad Individual en: XVI Jornadas Uruguayas de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social., (pág. 158). Montevideo.



- Suárez, W. Y. (2018). La Constitucionalización del Derecho Laboral y su Fundamentación. *Ciencias Sociales y Educación*, 114-115.
doi:https://revistas.udem.edu.co/index.php/Ciencias_Sociales/article/view/2930
- SUNAT, F. (noviembre de 2016). *REGIMENES TRIBUTARIOS EN EL PERU*. Recuperado el 20 de noviembre de 2016, de <http://www.deperu.com/contabilidad/los-regimenes-tributarios-de-la-sunat-4834>
- Taruffo M. Gonzales J. Chamorro F. Luiso F. Marinoni L. Ramirez D. San Martín C. Santistevan J. Abad S. Priori G. Ledezma M. Reggiardo M. Matheus C. Palacios E. Sumaria O. Cuba y castañeda F. (2009). *Constitución y Proceso*. Lima: Ara Editores.
- Thayer, A. y Novoa F. (1980). *Manual del Derecho del Trabajo: Derecho Individual del Trabajo* (Vol. II). Santiago: Juridica de Chile.
- Toyama Migusuku, J. (2012). Validez y Eficacia del Contrato de Trabajo. *Derecho PUCP* N° 68, 464-465.
doi:<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2842/2771>
- Toyama, J. (2001). Protección, Privilegio, Tiempo, Forma y Pago de los Beneficios Sociales. *Derecho & Sociedad* 17, 71-72.
doi:<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16820>
- Toyama, M. J. (2015). El Principio de Irrenunciabilidad de Derechos Laborales: Normativa, Jurisprudencia y Realidad. *IUS ET VERITAS*.
- Vazquez, A. (1999). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Vol. II). Buenos Aires: Astrea.



Vázquez, V. (1982). *Tratado de Derecho de Trabajo* (Vol. II). Buenos Aires: Astrea.

Villaveciencio, A. (2010). *La Libertad Sindical En El Perú: Fundamentos, alcances y Regulación*. Lima: Plades.



ANEXOS

ANEXO N° 01

8/11/21 20:42

0008-2005-AI

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
008-2005-P1/TC

SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos (demandantes) c. Congreso de la
República (demandado)

Resolución del 12 de agosto de 2005

Asunto:
Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Juan
José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos contra la Ley N.^o
28173

Magistrados presentes:
ALVA ORLÁNDINI
BARDELLI LARTIRIGOVEN
GONZALES OJEDA

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>

1/45



GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

EXP. N.º 008-2005-P/TC
LIMA
JUAN JOSÉ GORRITI
Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de agosto de 2005, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por don Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos, con firmas debidamente comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, contra diversos artículos de la Ley N.º 28175, publicada el 19 de febrero de 2004 en el Diario Oficial *El Peruano* y vigente desde el 1 de enero de 2005.

II DATOS GENERALES



| | |
|---|---|
| Tipo de proceso | : Proceso de Inconstitucionalidad |
| Demandante | : Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos |
| Norma sometida a control | : Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público. |
| Normas constitucionales cuya vulneración se alega | : Artículos 26.º, 28.º, y 40.º de la Constitución. |
| Petitorio | : Se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28175. |

III. NORMA CUESTIONADA

Artículos impugnados de la Ley N.º 28175.

“Artículo IV.- Principios
Son principios que rigen el empleo público:
(-)

8. Principios de Derecho Laboral.- (...) En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio.
(-)

10. Principio de provisión presupuestaria.- Todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado.

Artículo 15.- Enumeración de derechos
El empleado público, sin excluir otros que le otorgan la Constitución y las leyes, tiene derecho a:
(-)

Artículo 16.- Enumeración de obligaciones
(-)

d) Percibir en contraprestación de sus servicios solo lo determinado en el contrato de trabajo y las fuentes normativas del empleo público; (-)
(-)

Artículo 22.- Término del empleo público
El término del empleo se produce por:
(-)



c) Mutuo disenso”.

IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demanda.

Con fecha 3 de marzo de 2005, los demandantes interponen acción de inconstitucionalidad, contra la Ley N.º 28175, por considerar que vulnera los artículos 26º, 28º y 40º de la Constitución.

Sustentan su pretensión en los siguientes argumentos:

- a) Que el artículo 15º de la Ley Marco del Empleo Público omite incluir el derecho de los servidores públicos a la carrera administrativa que la Constitución Política del Estado garantiza en su artículo 40º. Estiman que por efecto de ello se eliminan una serie de principios laborales que la Constitución ampara y que son recogidos en el Decreto Legislativo N.º 276, tales como el de estabilidad, de garantía del nivel establecido, de retribución justa y equitativa y su regulación por un sistema único y homologado.
- b) Que se vulnera el derecho de sindicación garantizado en la Constitución, toda vez que la Ley N.º 28175 no hace ninguna referencia a éste, propiciándose de este modo una discriminación para los trabajadores públicos, ya que este derecho sí es reconocido para los trabajadores de la actividad privada. Añaden que esta situación puede abrir paso a la disolución de los sindicatos de las entidades del Sector Público.
- c) Que la Ley N.º 28175 viola el derecho a la huelga porque el artículo 15º de dicha ley también lo omite. Consideran que no basta que el artículo en mención enumere que la enumeración de derechos que hace se efectúa sin exclusión de otros que la Constitución y las leyes otorgan, ya que, conforme al principio de legalidad, consagrado en el numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la referida ley, su reconocimiento debe ser expreso.
- d) Que el numeral 10 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175 vulnera el derecho a la negociación colectiva, por establecer que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe encontrarse debidamente autorizado y presupuestado. Manifiestan que esta disposición en la práctica hace imposible la realización de las convenciones colectivas en el sector público vulnerando de este modo la libertad sindical, puesto que la normatividad presupuestal no contempla la



8/11/21 20:42

0008-2005-AI

participación de los trabajadores sindicalizados y, por tanto, no está prevista la solución de pliegos de reclamos.

- e) Que el inciso d) del artículo 16 de la ley impugnada introduce la figura del contrato de trabajo, propia de los trabajadores privados, para los empleados públicos, vulnerándose con ello el derecho a la carrera administrativa, ya que el acceso a ella se hace por concurso y al trabajador se le otorga un nombramiento, y no un contrato de trabajo.
- f) Que el numeral 8, relativo a los principios de derecho laboral, del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175, al establecer que en la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio, viola el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.
- g) Que el inciso c) del artículo 22.º de la Ley N.º 28175, al consagrar el mutuo disenso como causal de terminación del empleo público, vulnera el principio constitucional del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, consagrado en el numeral 2 del artículo 26º de la Constitución.

2. Contestación de la demanda.

El Apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se la declare infundada, alegando que no contraviene la Constitución por el fondo ni por la forma.

Sustenta su pretensión en los siguientes argumentos:

- a) Que la Ley Marco del Empleo Público no estipula normas relativas a los derechos particulares de los servidores públicos, funcionarios públicos o empleados de confianza, sino que establece una regulación general referida al personal del empleo público que presta servicios al Estado y emuncia normas específicas para la regulación de los derechos y deberes de los servidores públicos comprendidos en la carrera administrativa y los que corresponden a los funcionarios públicos y empleados de confianza.
- b) Que los demandantes incurren en un error al considerar que el artículo 15º de la Ley N.º 28175 viola el artículo 40º de la Constitución relativa a la carrera administrativa, porque dicha ley se refiere a los derechos del empleado público con carácter general

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>

5/45



y no a los derechos de los servidores públicos en particular, que son los comprendidos en la carrera administrativa conforme al precepto constitucional anteriormente referido de la Constitución.

- c) Que el hecho de que la Ley Marco del Empleo Público no declare los derechos de sindicación y huelga no quiere decir que los desconozca, ya que están reconocidos por la Constitución, los Convenios Internacionales de Protección de los Derechos Humanos y la Ley N.º 27556, que crea el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos. Añade que la Ley del Empleo Público no viola ningún principio de legalidad ni la Constitución porque se deja claro que el carácter enunciativo de los derechos comprendidos en el artículo 15.º no desconoce los derechos que la propia Constitución y otras leyes reconocen a los empleados. Del mismo modo, precisa que en la expresión "leyes" también se incluye a los tratados, como el Convenio 151 de la OIT.
- d) Que la previsión presupuestal consagrada en el numeral 10 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175, no viola la libertad sindical ni el derecho a la sindicación, puesto que este deriva del principio constitucional de legalidad presupuestaria y porque con ella lo único que se pretende es que los gastos relativos al empleo público deben estar autorizados y presupuestados.
- e) Que el inciso d) del artículo 16º de la ley impugnada, referido al contrato de trabajo para los empleados públicos, solo es de aplicación a los empleados públicos sujetos a modalidad de empleo temporal y a los cargos de confianza.
- f) Que el numeral 8 del artículo IV del Título Preliminar de la ley cuestionada, manifiesta que dicha norma no se refiere al principio *in dubio pro operario*, sino al tema de los límites de los derechos fundamentales. Añade que gran parte de la Administración Pública está dedicada a la prestación de los servicios públicos que requieren continuidad, estabilidad y forman parte de los intereses generales que deben sobreponerse o primar sobre intereses individuales o colectivos.
- g) Que la incorporación del mutuo disenso como causal de extinción del empleo público a que se refiere el artículo 22.º de la Ley impugnada no es aplicable a los servidores públicos sujetos al régimen de carrera administrativa, sino a los funcionarios sujetos a contrato temporal o a los empleados de confianza.
- h) Que la Ley N.º 28175 no está vigente porque no se han aprobado hasta la fecha los proyectos de ley remitidos por el Poder Ejecutivo que la desarrollan y otorgarían contenido al nuevo régimen de carrera que se propone.



V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

- a) Consideraciones sobre la vigencia y la denominación de la ley impugnada.
 - a.1) El artículo 109.º de la Constitución y la vigencia de la Ley N.º 28175.
 - a.2) La Ley y su denominación en el marco de la Constitución y la Ley N.º 26889.
- b) La función pública conforme a la Constitución.
 - b.1.) Titulares de la función pública.
 - b.2) Finalidad esencial de la función pública al servicio de la Nación conforme a la Constitución y confianza de los ciudadanos.
- c) Régimen Constitucional del Trabajo.
 - c.1.) Algunos consideraciones liminares sobre de la noción trabajo.
 - c.2.) Estado y trabajo.
 - c.3.) Los principios laborales constitucionales.
 - c.3.1.) *Indubio pro operario*.
 - c.3.2.) La igualdad de oportunidades.
 - c.3.3.) Referencia a la regla de no discriminación en materia laboral.
 - c.3.4.) La irrenunciabilidad de derechos.
 - c.4.) Los derechos colectivos de los trabajadores según la Constitución.
 - c.4.1.) La libertad sindical.
 - c.4.2.) Los alcances de la libertad sindical.
 - c.4.3.) La Constitución y los sindicatos.
 - c.4.4.) El convenio colectivo.
 - c.4.4.1.) Los elementos del convenio colectivo.
 - c.4.4.2.) Las características del convenio colectivo.
 - c.4.4.3.) Tipología del convenio colectivo.
 - c.4.4.4.) El carácter y alcance del convenio colectivo.
 - c.4.4.5.) El caso del convenio colectivo articulado (rama de actividad).
 - c.4.5.) La intervención de terceros en la solución de los conflictos laborales.
 - c.4.6.) La huelga.
 - c.4.6.1.) La titularidad del derecho de huelga.
 - c.4.6.2.) Las limitaciones del ejercicio del derecho de huelga.
- d) Evaluación de la constitucionalidad de los artículos impugnados.
 - d.1) La carrera administrativa como bien jurídico constitucional.



- d.2) Derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva de los servidores públicos conforme a la Constitución.
- d.3) Cuestiones relativas a la relación laboral de los empleados públicos en el marco de la Constitución.

VI. FUNDAMENTOS

1. La materia regulada por la ley se refiere al empleo público, elemento fundamental para el adecuado funcionamiento del Estado. Respecto al empleo público en el Perú, el Informe Final de la Comisión Multisectorial Encargada de Estudiar la Situación del Personal de la Administración Pública Central (creada por Decreto Supremo N.º 004-2001-TR) presentado el 15 de julio de 2001, constató que existe un verdadero caos en la Administración Pública, reflejado en la existencia de múltiples organismos y sistemas de pagos al personal; una dispersión de conceptos remunerados y no remunerados; y una gran variedad de montos. Del mismo modo, de la revisión de los cuadros estadísticos del mismo informe, este Tribunal comprueba la inequidad existente en las remuneraciones de los servidores del Estado en sus diversas jerarquías y de instituciones públicas frente a otras.
2. Asimismo, la subsistencia de diferentes regímenes legales de contratación del empleado público ha generado la cantidad de 60,000 trabajadores públicos administrativos que se desempeñan en la modalidad de servicios no personales, con contratos que vencen cada dos o tres meses, sin seguridad social, ni CTS, ni vacaciones, situación que no puede ser tolerable en un Estado Democrático y Social de Derecho. (Véase Verdades y Mitos, La Reforma del Empleo Público, Encarte de Derecho, *El Peruano*, 10 de mayo de 2005).

En tal sentido, la síntesis del Acuerdo Nacional de fecha 19 de abril de 2004, expresa en su punto 17 como una de las medidas de corto plazo a implementarse hasta el año 2006, que se debe establecer un sistema adecuado de la carrera pública y realizar un censo integral de todos los funcionarios que reciben pago por parte del Estado. Asimismo, en el Compromiso Político, Social y Económico de Corto Plazo del Acuerdo Nacional del 19 de abril de 2004, se dispone en el numeral 114 plantear un nuevo sistema de remuneraciones en el sector público.

Por las consideraciones precedentes, el Tribunal Constitucional reconoce que le corresponde al Congreso de la República la tarea de revertir la situación descrita con carácter prioritario y urgente, a fin de iniciar la uniformidad, equidad y modernización del empleo público, sin lo cual no puede haber un adecuado

funcionamiento de la Administración Pública. Establecidas estas premisas, procederemos a evaluar la constitucionalidad de las normas cuestionadas.

a) Consideraciones sobre la vigencia y la denominación de la ley impugnada

a.1) El artículo 109.º de la Constitución y la vigencia de la Ley N.º 28175

3. El Apoderado del Congreso de la República alega que la Ley N.º 28175, publicada el 19 de febrero de 2004, no estaría vigente. Afirma que si bien la primera disposición transitoria, complementaria y final de la ley dispuso que ésta entraría en vigencia el 1 de enero de 2005, mediante su segunda disposición transitoria se estableció que el Poder Ejecutivo, en el plazo de 120 días, contados a partir de la publicación de la ley, remitiría al Congreso de la República las propuestas legislativas sobre:

- Ley de la carrera del servidor público.
- Ley de los funcionarios públicos y empleados de confianza.
- Ley del sistema de remuneraciones de empleo público.
- Ley de gestión del empleo público.
- Ley de incompatibilidades y responsabilidades.

Consecuentemente y efectuando una interpretación sistemática de ambas disposiciones, resultaría lógico afirmar “(...) que la intención del legislador al promulgar la Ley Marco del Empleo Público, Ley N.º 28175 y postergar su vigencia al año 2005, le otorgaba un plazo prudencial al Congreso de la República para la aprobación de las cinco normas que la desarrollan y así permitir la entrada en vigencia de la Ley Marco en forma integral con los proyectos que la desarrollan, al no haberse dado este supuesto, y no estando aprobadas las leyes que la desarrollan, no es posible dar cumplimiento a lo dispuesto en su primera disposición complementaria”.

4. El Tribunal Constitucional no comparte la tesis del Apoderado del Congreso. El artículo 109º de la Constitución dispone que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

La primera disposición transitoria, complementaria y final de la Ley N.º 28175 estableció que ella entraba en vigencia el 1 de enero de 2005, con excepción de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 3º, referido a la percepción de dietas, que entraría en vigencia a los treinta (30) días de la publicación de dicha Ley, 19 de febrero de 2004, y la prescripción de que la segunda y cuarta disposiciones transitorias entrarán en vigencia al día siguiente de la publicación de la Ley. Como



puede observarse, estas últimas disposiciones de la Ley entraron en vigencia antes del 1 de enero de 2005.

5. Con relación a las demás disposiciones de la Ley N.º 28175, éstas entraron en vigencia el 1 de enero de 2005, fecha a partir de la cual empezó a ser aplicada por diversas entidades del Estado.

En efecto, la Directiva N.º 006-2005-EF/76.01, de Ejecución del Presupuesto de las Entidades de Tratamiento Empresarial para el Año Fiscal 2005, del 3 de febrero de 2005, establece en su artículo 40º, aplicando el segundo párrafo del artículo 3º de la Ley N.º 28175, que “Las personas al servicio del Estado y que en representación del mismo formen parte de Directorios, no podrán percibir dietas en más de una (1) entidad, en concordancia con el artículo 3 de la Ley N.º 28175 - Ley Marco del Empleo Público”.

Del mismo modo, la quinta disposición transitoria de la Ley N.º 28562, Ley que autoriza el Crédito Suplementario en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2005, publicada el 30 de junio de 2005, exceptuó a determinadas entidades del Estado por cinco días calendario de lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público.

6. El Apoderado del Congreso también sostiene que: “(...) el Poder Ejecutivo a manifestado públicamente a través de un comunicado difundido por la Presidencia del Consejo de Ministros, publicado el 17 de enero de 2005 en el Diario Oficial El Peruano, que la ley marco del empleo público requiere para su aplicación que previamente entren en vigencia sus leyes complementarias”.

Al respecto, cabe señalar que dicho comunicado corresponde a la Secretaría de Gestión Pública de la PCM y en él se consigna que “Las normas contenidas en la LMEP referidas a la instalación del Consejo Superior del Empleo Público – COSEP, la clasificación del empleo público en nuevos grupos ocupacionales, la adecuación de los regímenes existentes en la administración pública, entre otras, para comenzar su aplicación, requieren que previamente entren en vigencia las cinco leyes complementarias a que se refiere la segunda disposición transitoria, complementaria y final”.

Como puede apreciarse, dicho comunicado no afirma que la ley no esté vigente sino que se refiere a que específicas disposiciones de la ley, y no todas, para ser aplicadas e implementadas, requieren de leyes complementarias.

7. Por tanto, este Tribunal Constitucional considera pertinente precisar que la Ley N.º 28175 está vigente desde el 1 de enero de 2005, conforme al artículo 109.º de la



Constitución, y que en el caso de algunas disposiciones específicas, para ser aplicadas en su integridad, requieren de otras leyes, cuestión distinta a la vigencia de la ley.

a.2) La ley y su denominación en el marco de la Constitución y la Ley N.º 26889

8. Otro aspecto que debe tratarse es el de la denominación de la ley cuestionada. Al respecto, el artículo 51º de la Constitución consagra el principio de jerarquía normativa y supremacía normativa de la Constitución, y dispone que la Constitución prevalece sobre toda norma legal y la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. Del mismo modo, el inciso 4º del artículo 200º de la Constitución establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango de ley: las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas.

Consecuentemente, de las normas precitadas se colige que, en nuestro ordenamiento jurídico, el primer rango normativo corresponde a la Constitución y el segundo a la ley y a las normas con rango de ley, configurándose en este segundo nivel una diversidad de fuentes normativas del mismo rango pero que, conforme a la Constitución, varían en su denominación, producción normativa y en la materia que regulan. Sin ánimo exhaustivo, tal es el caso de la Ley Orgánica que, conforme al artículo 106º de la Constitución, tiene un procedimiento especial de votación y regula determinadas materias, o el del Decreto de Urgencia que regula materia determinada (inciso 18 del artículo 118.º de la Constitución).

9. Con relación a la fuente normativa denominada ley, en sentido material, deben tenerse presentes dos puntos. En primer lugar, su expedición corresponde al Congreso de la República conforme al inciso 1 del artículo 102º de la Constitución, que establece que es atribución del Congreso dar leyes. Atribución que descansa en los principios de soberanía política, consagrado en el artículo 45º de la Constitución, que establece que el Poder emana del pueblo, y en el principio representativo reconocido en el artículo 43º de la Constitución. Y en segundo lugar, que para la Constitución la fuente normativa denominada ley comprende a las leyes ordinarias, las leyes orgánicas, las leyes de desarrollo constitucional y las que tienen una denominación asignada directamente por la Constitución y cuyas diferencias no radican en su jerarquía ni en el órgano que las expide, sino en su procedimiento de aprobación y en las materias que regulan.

En efecto, en muchas disposiciones del texto constitucional se hace referencia a la ley con carácter general y en otras se especifica una denominación particular relativa a la materia a regular, por ejemplo la ley de presupuesto, la ley de endeudamiento y de



equilibrio financiero (artículo 78.º de la Constitución) y la ley autoritativa para el caso de la delegación de facultades.

Igualmente, debe incluirse a las denominadas leyes orgánicas sujetas a los requisitos materiales y formales establecidos por el artículo 106º de la Constitución. En el caso de las denominadas leyes de desarrollo constitucional, este Colegiado ha afirmado que "Con la expresión 'Ley de desarrollo constitucional', la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución no ha creado una categoría normativa especial entre las fuentes que tienen el rango de la ley. Tal expresión no alude a una categoría unitaria de fuentes, sino a una diversidad de ellas, que tienen como elemento común constituir un desarrollo de las materias previstas en diversos preceptos constitucionales, cuya reglamentación la Norma Suprema ha encargado al legislador. Forman parte de su contenido "natural" las denominadas leyes orgánicas, en tanto que mediante ellas se regula la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, y de otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución; así como las leyes ordinarias como las que demandan los artículos 7º y 27º de la Constitución, por poner dos ejemplos, a las que se les ha encomendado la tarea de precisar los alcances de determinados derechos o instituciones constitucionalmente previstas". (Caso sesenta y cuatro Congresistas de la República contra los artículos 1º, 2º 3º, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 26285, Exp. N.º 005-2003-AI/TC, *mutatis mutandis*, fundamento 38).

Basándose en las consideraciones precedentes, el Tribunal Constitucional concluye en que la característica principal de la fuente normativa denominada ley, constitucionalmente hablando, con sus variantes mencionadas, radica en que es expedida por el Congreso de la República conforme a las normas que establece para su producción jurídica (Capítulo II del Título IV de la Constitución, relativo a la función legislativa).

10. Este Colegiado estima también que el Congreso de la República, al detentar la competencia exclusiva en la producción de la fuente normativa de ley, goza de la autonomía inherente, en el marco de la Constitución, del Reglamento del Congreso y de las leyes, para precisar la denominación de las leyes que expide; así por ejemplo, el caso de la Ley N.º 28175, que fue denominada Ley Marco del Empleo Público, hoy cuestionada por los demandantes.

La facultad de otorgar una denominación ha sido desarrollada por la Ley N.º 26889, Ley Marco para la producción y sistematización legislativa, cuyo artículo 3.º dispone que: "La Ley debe tener una denominación oficial que exprese su alcance integral. La denominación forma parte del texto oficial de la Ley y corresponde al Congreso de la República asignársela, salvo en los casos de Decretos Legislativos y Decretos de

Urgencia, en los cuales es el Poder Ejecutivo quien asigna la denominación". En ese sentido, el Congreso de la República e incluso el Poder Ejecutivo, en el caso de Decretos Legislativos, son competentes para asignar determinadas denominaciones cuando se trata de leyes que regulan aspectos generales sobre una materia a fin de sintetizar su alcance integral, empleando para ello las denominaciones de Ley de Bases, Ley Marco y Ley General, según corresponda, pero que, en definitiva, constituyen la fuente normativa de ley expedida por el Congreso de la República. Tal es el caso de las siguientes denominaciones de la ley, que, entre las principales, forman parte de nuestro ordenamiento constitucional:

Ley de Bases

- Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneración del Sector Público, Decreto Legislativo N.º 276 (24/03/84).
- Ley de Bases de la Descentralización, Ley N.º 27783 (20/07/02).

Ley Marco

- Ley Marco del Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo N.º 757 (13/11/91).
- Ley Marco del Sistema Tributario Nacional, Decreto Legislativo N.º 771 (31/12/93).
- Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos Ley N.º 27332 (29/07/00).
- Ley Marco del Presupuesto Participativo, Ley N.º 28056 (08/08/03).
- Ley Marco para el Desarrollo Económico del Sector Rural, Ley N.º 28298 (22/07/04).

Ley General

- Ley General de Comunidades Campesinas, Ley N.º 24656 (14/04/87).
- Ley General de Arbitraje, Ley N.º 26572 (05/01/96).
- Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N.º 26702 (09/12/96).
- Ley General de Sociedades, Ley N.º 26887 (09/12/97).
- Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, Ley N.º 27181 (08/10/99).
- Ley General de Residuos Sólidos, Ley N.º 27314 (21/07/2000).
- Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, Decreto Legislativo N.º 910 (17/03/01).
- Ley General de Educación, Ley N.º 28044 (29/07/03).

Por tanto, la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público, ha sido denominada dentro de la competencia que le corresponde al Congreso de la República para ello.



b) La función pública conforme a la Constitución

11. Ingresando al análisis de fondo, es preciso referirse al capítulo IV del Título I de la Constitución, que regula la función pública. En tal sentido, en el presente proceso de inconstitucionalidad este Tribunal Constitucional se pronunciará sobre el modelo de función pública que diseña nuestra Constitución en una sociedad democrática, toda vez que dicho articulado es obligatorio y vincula a todos aquellos que ejercen función pública, además que se tendrá también como parámetro para evaluar la constitucionalidad de la ley cuestionada.

El artículo 43.º de la Constitución define al Estado como una República Democrática. Del mismo modo, conforme al artículo 45º, el poder del Estado emana del pueblo y el gobierno de la República del Perú es representativo y se organiza según el principio de separación de poderes (artículo 43.º de la Constitución). Asimismo, el artículo 169.º de la Constitución dispone que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están subordinadas al poder constitucional. Por tanto, de las disposiciones constitucionales citadas se deriva el principio democrático que configura la convivencia de los ciudadanos del Perú, ya sean civiles, militares o policías, conforme al artículo 34.º de la Constitución.

b.1.) Titulares de la función pública

12. A tenor del artículo 39.º de la Constitución, los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del

Tribunal Constitucional y del Consejo Nacional de la Magistratura, los Magistrados Supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

Con relación a esta norma debemos recordar que, conforme a los artículos 161.º y 201º de la Constitución, el Defensor del Pueblo y los Magistrados del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas laborales y funcionales que los Congresistas (Caso Jorge Power Manchego Muñoz, en representación de 5,000 ciudadanos, contra diversos artículos de la Ley N.º 28212, Exp. N.º 0038-2004-AI/TC, fundamento 15).

Consecuentemente, estos altos funcionarios y autoridades del Estado, así como los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza y los servidores



públicos sujetos a la carrera administrativa, a que se refiere el artículo 40.º de la Constitución, están al servicio de la Nación.

13. Del mismo modo, como ya se expuso, el artículo 39.º de la Constitución dispone que el Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio de la Nación. Por su parte los artículos 137.º y 118.º inciso 14.º de la misma Norma Suprema establecen que el Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y que organiza, distribuye y dispone el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Entonces, si al Presidente de la República le corresponde la más alta jerarquía en el servicio de la Nación, es claro que sus subordinados también sirven a la Nación. Pero no sólo los artículos constitucionales citados permiten interpretar que la Constitución reconoce a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional como servidores de la Nación en el desempeño de la función pública que la Constitución y las leyes les asignan, sino también los artículos 169º y 171º de la Constitución, cuando disponen que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes, que están subordinadas al Poder Constitucional y que participan en el desarrollo económico y social del país.

Por tanto, para la Constitución la función pública que, por tal, se encuentra al servicio de la Nación, la ejercen dos grandes grupos de servidores estatales, a saber: los servidores civiles y los servidores que cumplen función militar y policial. En relación a estas últimas, conforme a las normas constitucionales, a los fundamentos precedentes y al principio democrático, ejercen sus funciones bajo la supremacía del poder democrático, civil y constitucional.

b.2.) Finalidad esencial de la función pública al servicio de la Nación conforme a la Constitución y confianza de los ciudadanos

14. Los servidores del Estado, sean civiles, militares o policías, están obligados, conforme el artículo 44.º de la Constitución, por los deberes primordiales de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

En suma, de las normas citadas se concluye que la finalidad esencial del servicio a la Nación radica en prestar los servicios públicos a los destinatarios de tales deberes, es decir a los ciudadanos, con sujeción a la primacía de la Constitución, los derechos fundamentales, el principio democrático, los valores derivados de la Constitución y al poder democrático y civil en el ejercicio de la función pública.



15. Los artículos 40.º y 41.º de la Constitución establecen una serie de normas relativas a la publicidad de los ingresos que perciben los servidores del Estado, sean civiles, militares o policías. El segundo párrafo del artículo 40.º precisa que es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.

Por su parte, el artículo 41.º establece que los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste, deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

El precitado artículo 41.º de la Constitución señala algunas normas relativas al control frente al enriquecimiento ilícito, como por ejemplo que, cuando se presume éste, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial; asimismo, la ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública; y que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

16. Las normas constitucionales citadas se justifican en la medida que la Constitución pretende prevenir y sancionar el mal uso de los recursos públicos, por ser un hecho que socava la confianza ciudadana en los servidores de la Nación.

En efecto, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este Colegiado ya se refirió a la independencia judicial como elemento necesario para inspirar la confianza ciudadana en los tribunales (Caso Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo, Exp. N.º 0004-2004-CC, fundamento 33).

En esta oportunidad, siguiendo al mismo alto Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Caso Ahmed y otros vs. El Reino Unido, Sentencia del 2 de setiembre de 1998, *mutatis mutandis*, fundamento 53), el Tribunal Constitucional del Perú considera como uno de los elementos esenciales de nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho la obligación de todos los servidores de la Nación, independientemente de su jerarquía y la función pública que cumplan en los ámbitos civil, militar y policial, de que ejerzan dicha función con probidad, honestidad y austeridad en el manejo de los recursos públicos, necesarias para generar la confianza ciudadana en los servidores de la Nación a través de la cual el modelo democrático establecido por la Constitución se legitima.

c) Régimen constitucional del trabajo



17. Del mismo modo y dada su vinculación con la materia evaluada, es necesario desarrollar el marco constitucional del régimen del trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo y nos servirán conjuntamente con el marco constitucional de la función pública, para el análisis de la constitucionalidad de los artículos impugnados.

c.1.) Algunas consideraciones liminares sobre la noción trabajo

18. Al trabajo puede definirse como la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En ese contexto, implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien, generar un servicio, etc.

El trabajo se identifica inseparablemente con la persona misma. En toda actividad laboral queda algo de su ejecutor: el hombre. A través del trabajo se presenta siempre la impronta del ser humano; o sea, una huella, marca o sello que caracteriza su plasmación. El Papa Juan Pablo II [*Encíclica laborem exercens*. Lima. Salesiana, S/F] señala que:

"El trabajo es un bien del hombre, es un bien de la humanidad, porque mediante éste no sólo se transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre; es más, en un cierto sentido se hace más hombre".

Asimismo, como lo enfatiza el Papa León XIII [*Encíclica rerum novarum*. Lima: Paulinas, 1966] el trabajo tiene el doble signo de lo **personal** y **necesario**. Es personal, porque la fuerza con que se trabaja es inherente a la persona y enteramente propia de aquel que con ella labora. Es necesario, porque del fruto de su trabajo el hombre se sirve para sustentar su vida, lo cual es un deber imprescindible impuesto por la misma naturaleza.

Es evidente que la verdadera dignidad del trabajador radica en su condición de sujeto y autor y, por consiguiente, verdadero fin de todo proceso productivo. La importancia del trabajo descansa en tres aspectos sustantivos:

- Esencialidad del acto humano, destinado al mantenimiento y desarrollo de la existencia y coexistencia sociales.
- Vocación y exigencia de la naturaleza humana. El trabajo es sinónimo y expresión de vida.



- Carácter social de la función, ya que sólo es posible laborar verdaderamente a través de la colaboración directa o indirecta de otro ser humano, o sea, trabajando con y para los otros.

c.2.) Estado y trabajo

19. De conformidad con lo que dispone el artículo 23.º de la Constitución, el Estado asume las siguientes responsabilidades con relación al trabajo:

- Promover condiciones para el progreso social y económico. Para tal efecto, tiene la obligación de establecer políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.
- Asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador.
- Asegurar que a ningún trabajador se le obligue a prestar servicios sin retribución compensatoria o sin su libre consentimiento.
- Proteger especialmente la actividad laboral de la madre, el menor de edad y el impedido.

c.3.) Los principios laborales constitucionales

20. Denominase como tales a aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas.

La relación laboral se caracteriza en sí misma por la desigualdad, lo que hace que el empleador devenga en la parte "fuerte" e "imponente" y el trabajador en la parte "débil" e "impotente".

Mario Pasco Cosmópolis [El principio protector en el proceso laboral. En: *Revista de Jure* N.º 1. Editada por los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1999, p. 77] reconoce dicha situación asimétrica, entre otros, en los campos jurídico y económico.

En efecto, en el campo jurídico sustancial el rasgo más característico de la relación de trabajo es la subordinación y los deberes imputables al trabajador; y en el campo jurídico procesal se constata la capacidad intimidatoria que se puede crear para impedir los reclamos en vía litigiosa y la extensión de la posición predominante en materia de prueba. Asimismo, en el campo económico, la nota más específica es que frente a la propiedad del medio de producción, el trabajador sólo puede exponer su fuerza de trabajo.

Para hacer frente a ello se afirman los principios protectores o de igualación compensatoria, por el cual, reconociéndose la existencia asimétrica de la relación laboral, se promueve por la vía constitucional y legal la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la misma. Al respecto, el artículo 26.º de la Constitución expresa una pluralidad de principios de dicha naturaleza; a saber:

c.3.1. *Indubio pro operario*

21. Hace referencia a la traslación de la vieja regla del derecho romano *indubio pro reo*. Nuestra Constitución exige la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, vale decir que se acredite que a pesar de los aportes de las fuentes de interpretación, la norma deviene indubitadamente en un contenido incierto e indeterminado.

La noción de duda insalvable debe ser entendida como aquella que no puede ser resuelta por medio de la técnica hermenéutica.

El principio *indubio pro operario* será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. *Érgo*, nace de un conflicto de interpretación, mas no de integración normativa. La noción de "norma" abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc.

Pasco Cosmopolis precisa que la aplicación de este principio debe ajustarse a los siguientes dos requisitos:

- Existencia de una duda insalvable o inexpugnable.
- Respeto a la *ratio juris* de la norma objeto de interpretación (para tal efecto, el aplicador del derecho deberá asignarle un sentido concordante y compatible con la razón de ésta).

El Tribunal Constitucional considera que la aplicación del referido principio está sujeta a las cuatro consideraciones siguientes:

- Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos.
- Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta *duda* mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional.
- Obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador.



- Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador.

c.3.2.) La igualdad de oportunidades

22. Hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral. En puridad, plantea la plasmación de la isonomía en el trato previsto implícitamente en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución; el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley.

c.3.3.) Referencia a la regla de no discriminación en materia laboral

23. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo.

Tal como se ha precisado anteriormente, la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales).

La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia.

Al respecto, el artículo 103º de la Constitución compromete al Estado a no dictar leyes por razón de las personas, sino por la naturaleza de las cosas. El artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige a dicho ente no apartarse de sus precedentes judiciales, salvo que existan razones justificadas para ello; y el artículo VII del Título

Preliminar del Código Procesal Constitucional, prescribe que el Tribunal Constitucional sólo podrá apartarse de sus precedentes vinculantes cuando exprese los fundamentos de hecho y derecho que sustenten la sentencia y las razones del apartamiento del precedente jurisprudencial.

La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.

En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución.



Miguel Rodríguez Piñeiro y Mejía Fernández López [*Igualdad y discriminación*. Madrid, Tecnos, 1986, p. 47) exponen que para establecer si una conducta en una empresa es discriminatoria o una diferenciación es razonable, es necesario precisar cuándo dos situaciones reales son equiparables y cuándo sus similitudes predominan sobre sus diferencias.

La discriminación en materia laboral, *stricto sensu*, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes:

Por acción directa: la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad.

Tal el caso de la negación de acceso al empleo derivada de la opción política o sexual del postulante, por la concesión de mayores beneficios a unos trabajadores sobre otros, por su mera condición de no afiliados a una organización sindical, el despido por el solo hecho del ejercicio de las actividades sindicales, etc.

Por acción indirecta: la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de "lo constitucional", cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores.

Tal el caso, por ejemplo, de las reglas de evaluación laboral sobre la base de exigencia de conocimientos no vinculados con la actividad laboral del o los trabajadores.

Dichas acciones, proscritas por la Constitución, pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes:

- Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo.
- Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.).

Mediante la Ley N.º 26772, modificada por la Ley N.º 27270, se regulan los actos de discriminación, tanto en el acceso al empleo como en el trato dentro de una relación laboral.

En ese contexto, se proscribire la utilización de criterios de selección que carezcan de una justificación objetiva y razonable; la adhesión a criterios de selección simultáneamente distintos, cuando las situaciones de postulación son idénticas; amén de tratos diferenciados basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, etc.



c.3.4.) La irrenunciabilidad de derechos

24. Hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos [Remotti Carbonell, José Carlos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 18].

En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno.

Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2) del artículo 26.º de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos "(...) derechos reconocidos por la Constitución y la ley".

No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre.

Por otro lado, debe precisarse que un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto, la irrenunciabilidad es sólo operativa en el caso de la segunda.

La norma dispositiva es aquella que opera sólo cuando no existe manifestación de voluntad o cuando ésta se expresa con ausencia de claridad. El Estado las hace valer únicamente por defecto u omisión en la expresión de voluntad de los sujetos de la relación laboral.

Las normas dispositivas se caracterizan por suplir o interpretar una voluntad no declarada o precisar y aclararla por defecto de manifestación; y por otorgar a los sujetos de una relación laboral la atribución de regulación con pleno albedrío dentro del marco de la Constitución y la ley.

Ante este tipo de modalidad normativa, el trabajador puede libremente decidir sobre la conveniencia, o no, de ejercitar total o parcialmente un derecho de naturaleza individual.



Al respecto, puede citarse el caso del derecho a vacaciones contemplado en el Decreto Legislativo N.º 713, en donde se establece que el trabajador tiene derecho a treinta días naturales de descanso remunerado al año y, dentro de ese contexto, por la prerrogativa de la voluntad establecida en dicha norma, este puede disponer hasta de quince días para continuar prestando servicios a su empleador, a cambio de una compensación extraordinaria. Por ende, tiene la capacidad autodeterminativa de decidir un "canje" sobre aquello.

En cambio, la norma taxativa es aquella que ordena y dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese ámbito, el trabajador no puede "despojarse", permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma.

Javier Neves Mujica [*Introducción al derecho laboral*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003, p. 103] manifiesta que el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas, y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar.

La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral. Es conveniente consignar que una norma jurídica puede contener dentro de su texto, partes taxativas y dispositivas.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia en el caso *Sindicato de Trabajadores de Toquepala vs. Southern Perú Copper Corporation* (Expediente N.º 1396-2001-AA/TC), en donde estableció que si "(...) las partes acordaron no solo la duración de la jornada ordinaria de trabajo, será también las jornadas atípicas, situación que, de por sí, no violenta derecho fundamental de los afiliados al Sindicato, sino sólo cuando dicha estipulación sea indebidamente aplicada; de otro lado, lo expuesto no sólo no contradice el principio contenido en el inciso 2) del artículo 26.º de la Constitución, relativo al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, por encontrarse previsto en la misma, como se ha observado, sino también, porque el derecho protegido en la Carta Magna es el relativo a una jornada de trabajo que no excede de las cuarenta y ocho horas semanales (...)."

c.4.) Los derechos colectivos de los trabajadores según la Constitución



25. Estos hacen referencia a las facultades o atribuciones que ejerce el trabajador en concordancia, unión o asociación con sus pares. En ese contexto viabilizan las actividades de las organizaciones sindicales.

Los artículos 28.º y 29.º de la Constitución identifican los derechos laborales de naturaleza colectiva, a saber:

c.4.1.) La libertad sindical

26. Se la define como la capacidad autodeterminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical.

Enrique Álvarez Conde [*Curso de derecho constitucional VI*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 457] señala que "(...) este derecho fundamental (...) debe ser considerado como una manifestación del derecho de asociación, gozando, por tanto, también de la naturaleza de los derechos de participación política".

Por ende, alude a un atributo directo, ya que relaciona un derecho civil y un derecho político, y se vincula con la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, ya que constitucionaliza la creación y fundamentación de las organizaciones sindicales.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional Español, en la STC 292/1993, precisa que los sindicatos son "(...) formaciones de relevancia social, en la estructura pluralista de una sociedad democrática".

En ese contexto, implica un haz de facultades y el ejercicio autónomo de *hominis fieri* – *hominis politicus*, referido a aspectos tales como:

- El derecho a fundar organizaciones sindicales.
- El derecho de libre afiliación, desafiliación y reafiliación en las organizaciones sindicales existentes.
- El derecho a la actividad sindical.
- El derecho de las organizaciones sindicales a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes le asignen, en defensa de los intereses de sus afiliados. Ello comprende la reglamentación interna, la representación institucional, la autonomía en la gestión, etc.
- El derecho a que el Estado no interfiera –salvo el caso de violación de la Constitución o la ley- en las actividades de las organizaciones sindicales.

c.4.2.) Los alcances de la libertad sindical



27. Esta facultad se manifiesta en dos planos: el *intuitu persona* y el plural.

La libertad sindical *intuitu persona* plantea dos aspectos:

- Aspecto positivo: Comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos. Dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical.
- Aspecto negativo: Comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafilarse de una organización sindical.

La libertad sindical plural plantea tres aspectos:

- Ante el Estado: Comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical.
- Ante los empleadores: Comprende el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales.
- Ante las otras organizaciones sindicales: Comprende la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, etc.

La libertad sindical *intuitu persona* se encuentra amparada genéricamente por el inciso 1 del artículo 28.º de la Constitución. Empero, una lectura integral de dicho texto demuestra que se encuentran excluidos de su goce los siguientes componentes del Estado peruano:

- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42.º de la Constitución).
- Los miembros del Ministerio Público y del Órgano Judicial (artículo 153.º de la Constitución).
- Los miembros de la Administración Pública, con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza o dirección (artículo 42.º de la Constitución).

c.4.3.) La Constitución y los sindicatos

28. El sindicato es una organización o asociación integrada por personas que, ejerciendo el mismo oficio o profesión, o trabajando en un mismo centro de labores, se unen para alcanzar principalmente los siguientes objetivos:

- Estudio, desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses de sus miembros.
- Mejoramiento social, económico y moral de sus miembros.



Entre los principales fines y funciones que nuestra legislación establece para los sindicatos en el ámbito de la legislación privada, se tienen los siguientes:

- Representar al conjunto de trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, en los conflictos, controversias o reclamaciones de naturaleza colectiva.
- Celebrar convenciones colectivas de trabajo y, dentro de ese contexto, exigir su cumplimiento.
- Representar o defender a sus miembros a su solicitud, en las controversias o reclamaciones de carácter individual.
- Promover la creación de organismos de auxilio y promoción social de sus miembros (cooperativas, cajas-fondos, etc.).
- Promover el mejoramiento cultural, así como la educación general, técnica y gremial de sus miembros.

Para ser miembro de un sindicato, la legislación del régimen privado exige lo siguiente:

- Ser trabajador de la empresa, profesión u oficio que corresponda según el tipo de sindicato y, dentro de ese contexto, haber superado el período de prueba.
- No formar parte del personal de dirección ni desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto de la empresa expresamente lo admita.
- No encontrarse afiliado a otro sindicato.

En el caso de los sindicatos del sector público, la Ley N.º 27556 creó el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos. Así como el D.S. N.º 003-82-PCM del 22 de enero de 1982, relativo a las organizaciones sindicales de los servidores.

c.4.4.) El convenio colectivo

29. Se le define como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales. En puridad, emana de una autonomía relativa consistente en la capacidad de regulación de las relaciones laborales entre los representantes de los trabajadores y sus empleadores.

El convenio colectivo permite la facultad de autorregulación entre trabajadores y empleadores, a efectos de reglamentar y administrar por sí mismos sus intereses en conflicto. Surge de la negociación llevada a cabo entre el empleador o una organización de empleadores y una o varias organizaciones sindicales, con miras a ordenar y regular las relaciones laborales. En la doctrina aparece bajo varias denominaciones; a saber, contrato de paz social, acuerdo corporativo, pacto de trabajo, etc.



Esta convención es establecida por los representantes de los trabajadores expresamente elegidos y autorizados para la suscripción de acuerdos y por el empleador o sus representantes.

La convención colectiva –y, más precisamente, su producto, el convenio colectivo, que contiene normas jurídicas– constituye un instrumento idóneo para viabilizar la promoción de la armonía laboral, así como para conseguir un equilibrio entre las exigencias sociales de los trabajadores y la realidad económica de la empresa.

c.4.4.1.) Los elementos del convenio colectivo

30. Los elementos de este instituto son:

- Los agentes negociadores.
- El contenido negocial.
- La fuerza normativa y la eficacia de la convención colectiva.

c.4.4.2.) Las características del convenio colectivo

31. Entre las principales características se cuentan las siguientes:

- La supraordinación del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo: ello en virtud a que el primero puede modificar los aspectos de la relación laboral pactada a título individual, siempre que sea favorable al trabajador.
- La aplicación retroactiva de los beneficios acordados en el convenio, dado que rige desde el día siguiente de la caducidad del convenio anterior o en su defecto desde la fecha de presentación del pliego de reclamos; a excepción de las estipulaciones que señalan plazo distinto o que consisten en obligaciones de hacer o de dar en especie, que rigen desde la fecha de su suscripción.
- Los alcances del convenio tienen una duración no menor de un año.
- Los alcances del convenio permanecen vigentes hasta el vencimiento del plazo, aun cuando la empresa fuese objeto de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio, etc.

c.4.4.3.) Tipología del convenio colectivo

32. Desde un punto de vista doctrinario, se presentan los dos modelos siguientes:

- El modelo vertical: La normatividad estatal limita en términos bastante específicos el poder negocial de los trabajadores y empleadores.



- El modelo horizontal: La normatividad estatal deja en gran medida a la discrecionalidad de las partes de la relación negocial, los alcances de las convenciones colectivas.

Podemos afirmar, con los matices necesarios, que en nuestro país el modelo horizontal es aplicable al régimen privado y el vertical al público.

c.4.4.4.) El carácter y alcance del convenio colectivo

33. La Constitución de 1979 declaraba que la convención colectiva tenía fuerza de ley entre las partes. Ello implicaba lo siguiente:

- El carácter normativo del convenio colectivo, que lo convertía en un precepto especial del derecho laboral.
- Su alcance de norma con rango de ley.

En cambio, el inciso 2 del artículo 28° de la Constitución actual señala que las convenciones colectivas tienen fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. En tal sentido, la fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado obliga:

- A las personas celebrantes de la convención colectiva.
- A las personas representadas en la suscripción de la convención colectiva.
- A las personas que se incorporen con posterioridad a la celebración de la convención colectiva.

Esta noción (ámbito vinculante en el ámbito de lo concertado), ha sido recogida de la Constitución española de 1978, y se la concibe como referente del carácter normativo del acuerdo laboral. Tal como refiere Javier Neves Mujica, [*Introducción al derecho laboral*. Lima; PUCP, 2003], esto implica la aplicación automática de los convenios colectivos a las relaciones individuales comprendidas en la unidad negocial correspondiente, sin que exista la necesidad de su posterior recepción en los contratos individuales, así como su relativa imperatividad frente a la autonomía individual, la que sólo puede disponer su mejora pero no su disminución.

Cabe señalar que la fuerza vinculante para las partes establece su obligatorio cumplimiento para las personas en cuyo nombre se celebró, así como para los trabajadores que se incorporaron con posterioridad a las empresas pactantes, con excepción de quienes ocupen puestos de dirección o desempeñen cargos de confianza.

En suma: dentro del contexto anteriormente anotado, la fuerza vinculante implica que en la convención colectiva las partes pueden establecer el alcance y las



limitaciones o exclusiones que autónomamente acuerden con arreglo a ley.

De conformidad con lo establecido en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la convención caduca automáticamente cuando venza del plazo fijado, salvo en aquellos casos en que las partes celebrantes hubieren acordado expresamente su renovación o prórroga.

Para el caso del sector público rige el Convenio N.º 151 de la OIT, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, así como el D.S. N.º 003-82-PCM del 22 de enero de 1982, relativo a las organizaciones sindicales de los servidores públicos y a los procedimientos para determinar las condiciones de empleo.

c.4.4.5.) El caso del convenio colectivo articulado (rama de actividad)

34. Dicha modalidad, que se aplica en el régimen privado, consiste en la celebración de un acuerdo de carácter nacional o rama de actividad, a efectos de poder uniformizar un tipo específico de relación laboral, así como para salvaguardar el ejercicio de este derecho en favor de los trabajadores en aquellos casos en que ésta sea la única forma posible de negociación colectiva.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el Caso Cámara Peruana de la Construcción -CAPECO vs. Ministerio de Trabajo (Expediente N.º 0261-2003-AA/TC), ratificó la validez de la implementación del convenio colectivo articulado para el caso de los Trabajadores de Construcción Civil, debido a la imposibilidad de tales trabajadores de acceder a la negociación y acuerdo concertado, siempre que no sea a través del pliego de reclamos por rama de actividad.

c.4.5.) La intervención de terceros en la solución de los conflictos laborales

35. A tenor del inciso 2 del artículo 28.º de la Constitución, la intervención del Estado o de entes o personas de la sociedad civil en el régimen privado deben observar dos aspectos muy concretos, a saber:

- Fomentar el convenio colectivo.
- Promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales en caso de existencia de discrepancias entre los agentes negociadores de la convención colectiva.



En cuanto al primer aspecto, el fomento se viabiliza a través de la expedición de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para el caso de la actividad privada.

En cuanto al segundo, la promoción se viabiliza según la norma anotada, a través de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje.

Esta promoción se justifica en razón de las dos consideraciones siguientes:

- Asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo, de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica.
- Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral.

36. La conciliación se define como el acto de ajustar o componer los ánimos de las partes, que tienen posturas opuestas entre sí. La conciliación laboral en el ámbito privado se gesta cuando las partes negociadoras de una convención informan a la Autoridad de Trabajo la terminación de la negociación colectiva, por la existencia de una abierta discrepancia sobre la totalidad o parte de las materias objeto del conflicto. Dentro de ese contexto, solicitan el impulso de dicho procedimiento.

Más aún, la legislación nacional prevé que aun cuando las partes no promovieran el procedimiento de conciliación, la Autoridad de Trabajo tiene facultades para gestarlo de oficio.

Se trata de una forma interventiva de solución pacífica del conflicto laboral –acentuado por el fracaso de la negociación directa entre los representantes de los empleadores y de los trabajadores–, que consiste en que un tercero neutral (el Estado) interpone sus “buenos oficios” induciendo a las partes a zanjar sus diferencias y ayudándolos a encontrar una solución satisfactoria para ambos; vale decir, se propende a que alcancen por sí mismos un acuerdo que ponga fin al conflicto.

La labor conciliadora consiste en apaciguar y frenar la confrontación. Atenuar las diferencias, propiciar un diálogo constructivo y sugerir vías de entendimiento.

Las principales características de la labor conciliadora son:

- Flexibilidad: Se promueve con prescindencia de acciones carentes de complejidad y rigidez a efectos de alcanzar la búsqueda de una solución.
- Rapidez: Se promueve con celeridad y prontitud en aras de evitar la prolongación del conflicto.



- Reserva: Se promueve con sigilo y discreción en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.
- Decisividad: Se promueve en aras de alcanzar un acuerdo que suponga la solución encontrada por las partes, produciendo efectos homólogos a una sentencia, laudo o resolución.

El conciliador –que puede ser un particular o un funcionario del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo– desempeña un papel activo en la promoción del avenimiento de las partes.

En puridad, el conciliador interpone sus “buenos oficios” a efectos de que las partes se avengan a encontrar por sí mismas el acuerdo que ponga fin al conflicto.

37. La mediación es el acto de interposición de fórmulas de avenimiento a la solución del conflicto. La mediación laboral, en el ámbito privado, se gesta cuando los agentes negociadores solicitan o autorizan específicamente al conciliador la presentación de una o varias propuestas de solución.

El tercero interviniente en la solución del conflicto juega como mediador un rol más activo que como conciliador, en razón de que directamente sugiere las propuestas de solución.

La mediación se produce de una forma interventiva, a través de la cual un tercero neutral propone, a pedido de las partes en conflicto, alternativas de solución. Estas pueden ser aceptadas o desestimadas por los agentes negociadores.

Entre las principales características de la mediación se tiene:

- Propositividad: Dicha actividad no sólo consiste en acercar a las partes en conflicto, sino que a petición de estos se expone, sugiere y formula una vía de solución.
 - Solemnidad: Se lleva a cabo de manera formal y ritualista.
 - Reserva: Se lleva a cabo con sigilo y discusión, en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.
 - Decisividad: En caso de alcanzar éxito, la solución aceptada por los agentes negociadores produce efectos homólogos a una sentencia, laudo o resolución.
38. El arbitraje se define como el acto de resolución extrajudicial de un conflicto laboral. El arbitraje laboral, en el ámbito privado, se logra cuando los actos de conciliación o mediación no han solucionado el conflicto. Dentro de ese contexto, los agentes negociadores deciden someter el diferendo a arbitraje.



El arbitraje puede estar a cargo de un árbitro impersonal, un tribunal *ad hoc*, la Autoridad de Trabajo, etc.

Se trata de una forma interventiva a través de la cual un tercero neutral establece, por medio de un laudo, la solución del conflicto.

Entre las principales características del arbitraje aparecen las siguientes:

- **Autonomía:** Se despliega dentro del marco de la Constitución y la ley con plena capacidad y competencia para resolver el conflicto.
- **Solemnidad:** Se lleva a cabo de manera formal y ritualista.
- **Reserva:** Se lleva a cabo con sigilo y discreción en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.
- **Vinculatoriedad:** Genera consecuencias jurídicas obligatorias para las partes comprometidas en el arbitraje.

El arbitraje puede surgir como consecuencia de una sumisión voluntaria, en donde las partes en conflicto, a través de sus negociadores, acuden a un tercero neutral para la solución del conflicto; o de una sumisión obligatoria en donde las partes quedan vinculados a los resultados de un arbitraje por mandato de la ley.

39. El laudo que se expide como consecuencia del arbitraje tiene carácter de inimpugnable e imperativo. No obstante, nuestra legislación permite excepcionalmente la impugnación judicial del laudo en los dos casos siguientes:

- Por vicio de nulidad.
- Por establecer menores derechos a los contemplados por la ley en favor de los trabajadores.

c.4.6) La huelga

40. Este derecho consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo.

Por ende, huelguista será aquel trabajador que ha decidido libremente participar en un movimiento reivindicatorio.



Por huelga debe entenderse, entonces, al abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales, la cual, dentro de determinadas condiciones, se encuentra amparada por la ley.

Enrique Álvarez Conde [*Curso de Derecho Constitucional VI*. Madrid: Tecnos, 1999, pág. 466] refiere que se trata de una "(...) perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de voluntades por parte de los trabajadores".

Mediante su ejercicio los trabajadores, como titulares de dicho derecho, se encuentran facultados para desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de poder alcanzar la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas o laborales. Por ello, debe quedar claramente establecido que la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores.

En puridad, la huelga es una manifestación de fuerza, respaldada por el derecho, tendente a defender los legítimos intereses de los trabajadores.

Al respecto, tal como expone Álvarez Conde [ob.cit. pág. 466] "(...) la huelga tiende a establecer el equilibrio entre partes con fuerza económicamente desiguales".

En ese sentido, como bien refiere Francisco Fernández Segado [*El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992] "(...) la experiencia secular ha mostrado su necesidad para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socio-económicos".

Debe advertirse que la huelga no es un derecho absoluto, sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos.

En aquellos casos en que no exista legislación sobre la materia, tal ausencia no puede ser esgrimida como impedimento para su cabal efectivización por parte de los titulares de este derecho humano.

El ejercicio del derecho de huelga presupone que se haya agotado previamente la negociación directa con el empleador, respecto de la materia controvertible.

c.4.6.1.) La titularidad del derecho de huelga



41. La doctrina tiene opiniones dispares sobre este punto, ya sea respecto a la titularidad de los trabajadores en sentido lato o a la de los trabajadores adscritos a una organización sindical.

Este Colegiado estima que, de conformidad con lo establecido en los artículos 72.º y 73.º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo N.º 010-2003-TR), su ejercicio corresponde a los trabajadores en sentido lato, aunque sujeto a que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determina la ley y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical.

Al respecto, Fernando Elías Mantero [*Derecho Laboral –Relaciones Colectivas de Trabajo*. Lima: Ius Editores, p. 278] señala que su ejercicio corresponde a los trabajadores en general; es decir, que son ellos y no la asamblea sindical los que acuerdan la huelga. Añadamos, en el ámbito respectivo.

Entre las atribuciones vinculadas al derecho de huelga aparecen las siguientes:

- Facultad de ejercitar o no ejercitar el derecho de huelga.
- Facultad de convocatoria dentro del marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, también cabe ejercitar el atributo de su posterior desconvocatoria.
- Facultad de establecer el petitorio de reivindicaciones; las cuales deben tener por objetivo la defensa de los derechos e intereses socio-económicos o profesionales de los trabajadores involucrados en la huelga.
- Facultad de adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la Constitución y la ley.
- Facultad de determinar la modalidad de huelga; esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado.

Desde una perspectiva doctrinaria avalada por la jurisprudencia más avanzada se acepta que la huelga debe ser convocada tomándose en consideración lo siguiente:

- La existencia de proporcionalidad y carácter recíproco de las privaciones y daño económico para las partes en conflicto.
- La constatación de que no se haya impuesto a los trabajadores discrepantes con la medida de fuerza acordada la participación en la huelga.

c.4.6.1.) Las limitaciones del ejercicio del derecho de huelga

42. La Constitución señala textualmente que se encuentran impedidos de ejercer el derecho de huelga:



- Los funcionarios de la Administración Pública con poder de decisión o con cargo de confianza o de dirección (artículo 42.º de la Constitución).
- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42.º de la Constitución).
- Los miembros del Ministerio Público y del Órgano Judicial (artículo 153.º de la Constitución).

Debe anotarse que el inciso 3 del artículo 28.º de la Constitución señala, por equívoco conceptual, que la huelga debe ejercerse en armonía con el interés social.

En el campo del derecho público es evidente la diferencia conceptual entre el interés público y el interés social. Este último se utiliza como medida tuitiva en favor de sectores económico-sociales que soportan condiciones desventajosas de vida.

En rigor, la huelga debe ejercerse en armonía con el interés público, que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto.

El Tribunal Constitucional deja constancia de ello, en razón a las atribuciones estipulativas que contienen sus decisiones jurisdiccionales.

d) Evaluación de la constitucionalidad de los artículos impugnados

43. Después de haber precisado el parámetro constitucional de la función pública y del trabajo, corresponde evaluar, conforme a dicho marco, si las normas impugnadas vulneran los artículos de la Constitución que alegan los demandantes.

d.1.) La carrera administrativa como bien jurídico constitucional

44. Los demandantes sostienen que el artículo 15.º de la Ley Marco del Empleo Público omite incluir el derecho de los servidores públicos a la carrera administrativa que la Constitución Política del Estado garantiza en su artículo 40º.

Por su parte, el Apoderado del Congreso afirma que dicha ley se refiere a los derechos del empleado público con carácter general, y no a los derechos de los servidores públicos en particular, que son los comprendidos en la carrera administrativa conforme al artículo 40º de la Constitución.

El artículo 40.º de la Constitución dispone que la "Ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores



públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza (...)"

Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que el texto constitucional reconoce la existencia de una carrera administrativa para los servidores públicos, pero también que el ingreso a ella y los derechos, deberes y responsabilidades serán regulados por ley. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador.

45. Ahora bien, conforme al artículo 40° de la Constitución, la carrera administrativa comprende a los servidores públicos, pero no a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. El artículo 4.° de la Ley N.° 28175, en concordancia con el artículo constitucional citado, clasifica a los servidores civiles del Estado en:

- Funcionarios públicos, que pueden ser de elección popular directa y universal o confianza política originaria, de nombramiento y remoción regulados y de libre nombramiento y remoción.
- Emplendos de confianza.
- Servidores públicos. Estos se clasifican en directivo superior, ejecutivo, especialista y de apoyo.

Como puede observarse, la regulación de la Ley Marco del Empleo Público es general, pues se limita a clasificar al personal civil del empleo público en diversas categorías conforme al marco constitucional del artículo 40.°.

En efecto, la ley agrupa y establece las características básicas de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa y de los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza.

46. Por su parte, el artículo 15.° de la Ley N.° 28175 regula con carácter general una serie de derechos comunes a las diversas categorías de servidores civiles del Estado a que se refieren el artículo 40.° de la Constitución y el artículo 4.° de la ley impugnada. En ese sentido, la misma ley, en su segunda disposición transitoria, complementaria y final, estableció la obligación por parte del Ejecutivo de remitir al Congreso de la República, entre otras, las propuestas legislativas para la Ley de Carrera del servidor público y la Ley de los funcionarios públicos y empleados de confianza.

Conforme obra en autos, el Poder Ejecutivo, con fecha 23 de junio de 2004, se encargó de remitir al Congreso de la República, entre otros, el proyecto de Ley de Carrera Administrativa del Servidor Público, que actualmente se encuentra en debate



y que regulará en detalle el ingreso, los derechos, los deberes y responsabilidades de los servidores públicos en el desempeño de la carrera administrativa.

Por tanto, el artículo 15.º de la Ley N.º 28175 no vulnera el artículo 40.º de la Constitución, ya que el precepto cuestionado no tiene por objeto regular exclusivamente los derechos de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sino los derechos básicos de los empleados públicos en general. Por lo demás, los derechos específicos de los servidores públicos comprendidos en la carrera administrativa actualmente están regulados por el Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público; y, de acuerdo a la segunda disposición transitoria, complementaria y final de la Ley N.º 28175 corresponderá al Congreso de la República aprobar una nueva Ley de la Carrera Administrativa que se encargará de regular los derechos específicos de los servidores públicos comprendidos en dicho régimen.

d.2.) Derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva de los servidores públicos conforme a la Constitución

47. Los demandantes alegan que el artículo 15º de la ley impugnada vulnera los derechos de sindicación y huelga debido a que el texto del artículo no los enumera expresamente.

El Apoderado del Congreso manifiesta que el hecho de que la Ley Marco del Empleo Público no declare los derechos de sindicación y huelga no implica, en modo alguno, que los desconozca, ya que estos se encuentran reconocidos por la Constitución, los Convenios Internacionales de Protección de los Derechos Humanos y la Ley N.º 27556, que crea el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos.

El Tribunal Constitucional no comparte el argumento de los demandantes. El artículo

15.º de la Ley N.º 28715, referido a la enumeración de derechos del empleado público en general, establece que: "El empleado público, sin excluir otros que le otorgan la Constitución y las leyes, tiene derecho a: (...)". El artículo impugnado es una norma de remisión que, lejos de restringir o violar derechos para los empleados públicos, los amplía. En efecto, no es una condición indispensable para la vigencia de los derechos constitucionales que tengan que ser reiterados y consignados repetidamente en la ley.

48. La Constitución es una norma jurídica vinculante y los derechos que reconoce pueden ser directamente aplicados. Al respecto, este Tribunal ha declarado que la



Constitución "(...) no es solo "una" norma, sino, en realidad, un "ordenamiento", que está integrado por el Preámbulo, sus disposiciones con numeración romana y arábiga, así como por la Declaración sobre la Antártida que ella contiene. Toda ella comprende e integra el documento escrito denominado "Constitución Política de la República del Perú" y, desde luego, toda ella posee fuerza normativa (...)" (Caso sesenta y cuatro Congresistas de la República contra los artículos 1.º, 2.º, 3.º, y la primera y segunda disposición final y transitoria de la Ley N.º 26285, Exp. N.º 005-2003-AI/TC, fundamento 21).

La Constitución reconoce los derechos de sindicación y huelga para los trabajadores, derechos que también son aplicables a los empleados públicos con las limitaciones que la propia Constitución establece. Así, el artículo 42.º de la Constitución prescribe que se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos, aunque precisando que los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, no son titulares de tales derechos.

49. El artículo 15.º de la Ley N.º 28175 reconoce algunos derechos de los empleados públicos en general, es decir, a los servidores públicos y a los funcionarios del Estado con poder de decisión, de manera que la regulación específica del ejercicio de los derechos de sindicación y huelga para los servidores públicos corresponderá a la ley que regule la carrera administrativa de los servidores públicos conforme a la segunda disposición transitoria de la Ley N.º 28175 o a una ley especial.

En el mismo sentido, el artículo cuestionado también remite a otras leyes que pudieran reconocer otros derechos. Al respecto, el Apoderado del Congreso de la República se ha encargado de recordar que esta remisión, entre otras, se refiere a la Ley N.º 27556, que crea el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional considera que el uso de la técnica legislativa de la remisión no vulnera los derechos constitucionales alegados por los demandantes, puesto que las normas que componen nuestro ordenamiento jurídico son complementarias.

50. Lo mismo podemos decir de los tratados internacionales. En efecto, conforme al artículo 55º de la Constitución, los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico. En ese sentido, por el hecho de que una ley no se refiera a ellos o que no regule las mismas materias, no se dejarán de aplicar los tratados internacionales que reconocen derechos a los empleados públicos, puesto que son normas jurídicas válidas y vinculantes dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional.



Igualmente, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Norma Suprema, los tratados internacionales en materia de derechos humanos deberán aplicarse para la interpretación de los derechos y libertades que la Constitución consagra en materia laboral. En efecto, los derechos laborales de los servidores aludidos por los demandantes, deberán interpretarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9.º del Convenio 87 relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación; por el artículo 8.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y por el artículo 8.º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o "Protocolo de San Salvador", entre otros.

Por tanto, el artículo 15.º de la Ley N.º 28175 no vulnera los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos reconocidos en los artículos 28.º y 42.º de la Constitución.

51. Los demandantes afirman que el numeral 10 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175 vulnera el derecho a la negociación colectiva, ya que establece que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado. Añaden que esta norma hace imposible la realización de las convenciones colectivas en el sector público, vulnerando de este modo la libertad sindical, pues la normatividad presupuestal no contempla la participación de los trabajadores sindicalizados y, por tanto, no se previene la solución de pliegos de reclamos.

El Apoderado del Congreso manifiesta que la previsión presupuestal no viola los derechos alegados, puesto que ésta deriva del principio constitucional de legalidad presupuestaria y lo único que se pretende es que los gastos relativos al empleo público estén autorizados y presupuestados.

El artículo 28.º de la Constitución dispone que el Estado reconoce el derecho a la negociación colectiva, cautela su ejercicio democrático, fomenta la negociación colectiva, y que la convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

Al respecto, este Colegiado anteriormente ha señalado que "(...) el derecho constitucional a la negociación colectiva se expresa principalmente en el deber del Estado de fomentar y estimular la negociación colectiva entre los empleadores y trabajadores, conforme a las condiciones nacionales, de modo que la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado" (Caso COSAPI S.A., Exp. N.º 0785-2004-AA/TC, fundamento 5).

52. Para ser titular de este derecho existe una condición previa que se deriva del carácter colectivo de la negociación, de manera que los titulares deberán ser los sindicatos, las organizaciones representativas de los trabajadores o los representantes de los trabajadores.

En ese sentido, la Constitución reconoce en su artículo 42.º el derecho de sindicación de los servidores públicos. Consecuentemente, las organizaciones sindicales de los servidores públicos serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece el mismo artículo 42.º, a saber los funcionarios del Estado con poder de decisión, los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Por ello, para una adecuada interpretación del ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, debemos tener presente el Convenio N.º 151.º de la OIT relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones del empleo en la administración pública.

53. Dicho Convenio establece en su artículo 7.º que deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos en torno a las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

En el caso del Perú, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, a través de sus organizaciones sindicales, como cualquier otro derecho, no es absoluto y está sujeto a límites.

En efecto, dentro de las condiciones nacionales a que hace referencia el Convenio 151.º, la Constitución establece determinadas normas relativas al presupuesto público. En efecto, a tenor de los artículos 77.º y 78.º de la Norma Suprema, el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, y su proyecto debe estar efectivamente equilibrado.

Consecuentemente, si el empleador de los servidores públicos es el Estado a través de sus diferentes dependencias, las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución deben ser cumplidas en todos los ámbitos del Estado.



Por ello, en el caso de las negociaciones colectivas de los servidores públicos, éstas deberán efectuarse considerando el límite constitucional que impone un presupuesto equilibrado y equitativo, cuya aprobación corresponde al Congreso de la República, ya que las condiciones de empleo en la administración pública se financian con recursos de los contribuyentes y de la Nación.

54. Por otro lado, una negociación colectiva en el ámbito laboral implica contraponer posiciones, negociar y llegar a un acuerdo real que ambas partes puedan cumplir. En tal sentido, no porque la ley disponga que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado se vulnera el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical.

En efecto, precisamente después de los acuerdos logrados mediante la negociación colectiva, conforme a la legislación vigente para los servidores públicos, los que tengan incidencia económica se podrán autorizar y programar en el presupuesto.

Por tanto, este Tribunal Constitucional estima que el numeral 10 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175 no vulnera el derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, ya que dicha norma es compatible con los límites constitucionales que en materia presupuestaria prevé la Constitución.

d.3.) Cuestiones relativas a la relación laboral de los empleados públicos en el marco de la Constitución

55. Los demandantes consideran que el inciso d) del artículo 16º de la ley impugnada introduce la figura del contrato de trabajo, propia de los trabajadores privados, para el caso de los empleados públicos, vulnerándose con ello el derecho a la carrera administrativa. Al respecto, como ya se ha establecido anteriormente, el artículo 40.º de la Constitución reconoce a la carrera administrativa como un bien jurídico constitucional, precisando que por ley se regularán el ingreso, los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores.

Por consiguiente, siendo la carrera administrativa un bien jurídico constitucional que debe ser garantizado por el legislador, el Tribunal Constitucional estima que el inciso cuestionado, referido a las obligaciones de los empleados públicos, sólo será constitucional en la medida que el contrato de trabajo y las fuentes normativas del empleo público, previsto en él, se apliquen a los empleados de confianza a que se refiere la ley, mientras que, para el caso de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sólo estarán sujetos a las fuentes normativas del empleo público, no siéndoles de aplicación la disposición referida al contrato de trabajo.



56. Los demandantes alegan que la última parte del numeral 8 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175, relativo a los principios que rigen el empleo público, viola el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, precepto contenido en el artículo 26.º de la Constitución.

El numeral cuestionado, sobre principios de derecho laboral, dispone que rigen en las relaciones individuales y colectivas del empleo público los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la interpretación más favorable al trabajador en caso de duda. Asimismo, establece que en la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio.

La parte de la norma cuestionada cuya inconstitucionalidad se alega, no se relaciona con el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, ya que este precepto constitucional es de obligatorio cumplimiento al momento de interpretarse una norma.

La disposición cuestionada se refiere a una regla que puede ser aplicada al conflicto de principios laborales de orden legal.

57. El Tribunal Constitucional considera que cuando la ley prevé que se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio, no impone una obligación absoluta, sino únicamente la afirmación de que se deben hacer los esfuerzos necesarios para arribar a ellas. Empero, si en caso ello no fuera posible, tendrá que primar alguno de los principios laborales a que alude la norma cuestionada según sea el caso concreto.

De otro lado, estima que, en ambos casos, cualquiera sea la solución a la que se arribe, tratándose de relaciones de empleo público, individuales o colectivas, donde se encuentren en juego derechos constitucionales, la solución a la colisión de principios deberá efectuarse conforme al artículo 23.º de la Constitución, que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Por lo expuesto, la norma cuestionada sólo será constitucional siempre y cuando se interprete conforme al presente fundamento.

58. Los demandantes alegan que el inciso c) del artículo 22.º de la Ley N.º 28175, al consagrar el mutuo disenso como causal de la terminación del empleo público, vulnera el principio constitucional del carácter irrenunciable de los derechos

reconocidos por la Constitución y la ley, el cual está consagrado en el numeral 2 del artículo 26.º de la Constitución.

En efecto, dicho artículo constitucional reconoce que en la relación laboral se respetará tal principio que consagra, con carácter general, no sólo el respeto de los derechos de carácter laboral sino de otros derechos y libertades reconocidos por la Constitución y la ley. A su turno, el artículo 103.º de la Constitución dispone que la ley se deroga por otra ley y que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos.

Por tanto, es coherente afirmar que para que sea posible la aplicación del artículo 26º de la Constitución, debe existir una relación laboral y que el trabajador no podrá renunciar, o disponer, cualquiera sea el motivo, de los derechos y libertades que la Constitución y leyes vigentes al momento de la relación laboral le reconocen.

59. En el caso de la incorporación del mutuo disenso como causal de terminación del empleo público, el Tribunal Constitucional considera que tal regulación no viola dicho principio, porque con esta causal no se obliga al trabajador público a renunciar o disponer de sus derechos previstos en la Constitución y la ley.

El mutuo disenso permite iniciar una negociación a fin de poner término a la relación laboral, sea en el ámbito público o privado, la misma que siempre dependerá del acuerdo de ambas partes. *Ergo*, no cabe aplicar la figura del mutuo disenso cuando el trabajador o empleado público no acepte acceder a la terminación del vínculo laboral en dicho contexto.

En efecto, bajo el actual sistema legal, los servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada pueden concluir su relación laboral por la causal de mutuo disenso conforme lo establece el inciso d) del artículo 16º del D.S. N.º 003-97-TR. Los servidores públicos sujetos al régimen legal del Decreto Legislativo N.º 276, que como este Colegiado ha expresado en reiterada jurisprudencia, constituye el estatuto de los servidores públicos y gozan de estabilidad laboral, también pueden optar por el mutuo disenso como una forma de término del empleo público, si así lo consideran, sin que ello signifique una modificación del régimen de estabilidad laboral del que gozan los servidores públicos reconocido por el Decreto Legislativo N.º 276.

Un trabajador público que en vez de renunciar opta por el mutuo disenso puede obtener una serie de incentivos o ventajas de carácter económico, laboral o previsional, entre otros, dentro del marco de la Constitución y la Ley. Por lo demás, en el supuesto de que existiese algún vicio de la voluntad del trabajador en la



celebración del mutuo disenso, como la violencia o intimidación, entre otras, el acuerdo no tendrá efectos jurídicos. En tal sentido, acreditado el vicio de la voluntad los funcionarios responsables quedarán sujetos a las penalidades que contempla la legislación penal, administrativa, laboral y civil correspondiente.

Por tanto, la causal del inciso c) del artículo 22° de la Ley N.° 28175 no vulnera el numeral 2 del artículo 26.° de la Constitución, ya que en dicho supuesto el empleado público no renuncia a ningún derecho.

VII. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el numeral 10 del Artículo IV del Título Preliminar, artículo 15°, e inciso c) del artículo 22 de la Ley N.° 28175.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el numeral 8 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.° 28175, debiéndose interpretar dicho precepto conforme al fundamento 57 de la presente sentencia, en el sentido que tratándose de relaciones de empleo público, individuales o colectivas, donde se encuentren en juego derechos constitucionales, la solución a la colisión de principios deberá efectuarse conforme al artículo 23.° de la Constitución, que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el inciso d) del artículo 16° de la Ley N.° 28175, debiéndose interpretar dicho precepto conforme al fundamento 55 de la presente sentencia en el sentido que el inciso cuestionado, sólo será constitucional en la medida que el contrato de trabajo y las fuentes normativas del empleo público, previsto en él, se apliquen a los empleados de confianza a que se refiere la ley, mientras que, para el caso de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sólo estarán sujetos a las fuentes normativas del empleo público, no siéndoles de aplicación la disposición referida al contrato de trabajo.
4. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que con el carácter de prioritario y urgente apruebe, en la presente legislatura, las leyes complementarias a la Ley Marco



del Empleo Público a fin de iniciar la uniformidad, equidad y modernización del empleo público, elemento fundamental para un adecuado funcionamiento de la Administración Pública.

5. **DECLARAR** que, de acuerdo a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, los derechos laborales de los trabajadores, como los de sindicación, negociación colectiva y huelga previstos en el artículo 28° de dicho texto, deberán interpretarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 8° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o "Protocolo de San Salvador"; el Convenio 87 de la OIT relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación; el artículo 6° del Convenio N.° 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva; y el Convenio N.° 151 de la OIT, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, entre otros tratados de derechos humanos.

Publiquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIG-OYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**



ANEXO N° 02

EXP. N.° 03052-2009-PA/TC
CALLAO
YOLANDA LARA GARAY

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de julio de 2010, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Yolanda Lara Garay, contra la sentencia de fecha 1 de diciembre del 2008, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de enero del 2007 Jacqueline María Acosta Ramos, Yolanda Lara Garay, Clara Cecilia Tica Rojas y Rosario del Carmen Carrión Zavala, interponen demanda de amparo solicitando que se deje sin efecto la carta de despido de fecha 5 de enero del 2007 y que en consecuencia se ordene que se les reincorpore en sus puestos de trabajo, por haber sido objeto de un despido incausado. Sostienen, que son trabajadoras del Gobierno Regional del Callao; que se han desempeñado, la primera como Abogado II en la Gerencia de Asesoría Jurídica, la segunda como Abogada II de la Gerencia de Asesoría Jurídica, la tercera como Técnico Administrativo II en la oficina de áreas protegidas y Gestión del Medio Ambiente de la Gerencia Regional de Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente y la cuarta como Secretaria II en la Procuraduría Pública Regional; que han venido suscribiendo contratos a plazo fijo denominado de servicio específico, el mismo que de acuerdo a la Resolución Ejecutiva Regional N° 109-2006-Gobierno Regional del Callao-PR de fecha 01 de junio de 2006 se dispuso la adecuación paulatina de los contratos por servicios específicos sujetos a modalidad a la condición de contratos a tiempo indeterminado, del personal auxiliar, técnico y profesional en los niveles, categorías y plazas del cuadro para la asignación de personal-CAP; que han prestado servicio dentro de la entidad pública, pero sometidos al régimen laboral de la actividad privada, por lo que el despido sin causa vulnera el derecho constitucional al trabajo.



La emplazada contesta la demanda, sosteniendo que la demanda es improcedente por cuanto existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional que se considera vulnerado, toda vez que las demandantes han sido ex servidoras públicas del Gobierno Regional del Callao, cuyos contratos fueron finalizados por Resolución Ejecutiva Regional N° 109-2006-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO/PR declarada nula por Resolución Ejecutiva Regional N° 039-2006-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO/PR., por lo que de tener motivos para cuestionar tales actos administrativos están en su derecho de recurrir al proceso contencioso administrativo.

El Cuarto Juzgado Civil del Callao, con fecha 14 de agosto de 2007, declara fundada la demanda considerando que las labores realizadas por las demandantes son de carácter permanente.

La Sala Superior competente, revocó la apelada y declaró improcedente la demanda por estimar que las demandantes consintieron la ruptura de su vínculo laboral al haber efectuado el cobro de sus beneficios sociales.

Con fecha 27 de marzo del 2009, doña Yolanda Lara Garay interpone recurso de agravio contra la resolución emitida por la Sala Superior, concediéndose a la recurrente el recurso de agravio constitucional

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación de la controversia

1. El objeto de la demanda es que se declare inaplicable la carta de despido de fecha 5 de enero del 2007, consecuentemente se reponga a sus puestos de trabajo a las accionantes, por haber sido objeto de un despido incausado; sin embargo, habiendo interpuesto el recurso de agravio constitucional solo una de las co-demandantes, esto es doña Yolanda Lara Garay, este Tribunal solo se pronunciará respecto a la recurrente, toda vez que las co-demandantes María Acosta Ramos, se desistió del proceso y Rosario del Carmen Carrión Zavala y Clara Cecilia Tica Rojas, han consentido la resolución materia de agravio.
2. Por otro lado, atendiendo a que la demanda ha sido desestimada haciendo alusión a sentencias del Tribunal Constitucional respecto al cobro de los beneficios sociales, este Colegiado deberá pronunciarse al respecto, por lo que en la presente sentencia analizaremos: a) el amparo como medio de protección contra el despido lesivo a derechos fundamentales; b) si el cobro de los beneficios sociales constituye una aceptación tácita de dar por terminada la relación laboral, criterio que ha venido aplicando este Tribunal en reiterada jurisprudencia (STC N° 532-2001 AA/TC, 3304-2007 AA/TC, 6198-2007 AA/TC y 5381-2006 AA/TC), señalando que *“la demanda no puede ser acogida, toda vez que, (...) el demandante ha efectuado el cobro de sus beneficios sociales y, por lo mismo ha quedado extinguido el vínculo laboral que mantenía con [la] demandada”*.



§2. Los derechos fundamentales de la persona humana

3. El artículo 1 de la Constitución Política ha establecido que “*la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”, este concepto configura en la realidad una protección tanto *subjetiva* como *objetiva* de los derechos fundamentales ante cualquier arbitrariedad de parte de cualquier autoridad, funcionario o persona.
4. El concepto de derechos fundamentales comprende “tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana, sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, siendo instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica” (Peces-Barba, Gregorio: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 37).

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo (artículo 1 de la Constitución).

5. Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución Política del Estado, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1) y de enumerar buena parte de ellos en su artículo 2, prevé en su artículo 3 que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter *social y económico* reconocidos en el Capítulo II y los *políticos* contenidos en el Capítulo III), “ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”.
6. De esta manera, podemos señalar que es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional, no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita,



se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales. Consecuentemente, el catálogo de los derechos fundamentales incorporados en la Constitución, se complementa con aquel constituido por los derechos innominados, cuyo reconocimiento corre por cuenta de los jueces y, en especial, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, por este Colegiado. Así lo ha hecho, por ejemplo, entre otros casos, cuando ha definido los alcances del derecho a la verdad (STC 2488-2002-HC/TC, caso Genaro Villegas Namuche), del derecho al agua potable (STC 6546-2006-PA/TC, caso César Augusto Zúñiga López), del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (STC 0007-2006-PI/TC, caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari), del derecho a la eficacia de las leyes y los actos administrativos (STC 0168-2005-PC/TC, caso Maximiliano Villanueva Valverde), del derecho al reconocimiento y tutela de las personas jurídicas (STC 02432-2007-PHC/TC, caso Rolando Apaza Chuquitarco), entre otros.

7. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales reconocidos en ella, deben ser interpretados de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

§3. El derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario.

8. El artículo 22 de la Constitución establece que “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”. Por su parte, el artículo 42 de la Constitución de 1979 en la que se inspira la norma vigente, establecía lo siguiente: “...*El trabajo es un derecho y un deber social. Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil, y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones...*”.
9. Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el inciso 1 del artículo 23 señala que: “*Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo*”.
10. En igual sentido tenemos que el numeral 1 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que: “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la*



- oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”.*
11. Como ya se ha señalado en anterior jurisprudencia, el contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos: Por un lado, el derecho a acceder a un puesto de trabajo, y por otro lado, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; precisando que la satisfacción de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa. Americo Pla Rodriguez, con respecto a la extinción del contrato de trabajo “...la exigencia de un “motivo justificado” como elemento legitimador del despido” (*“Los principios del derecho del trabajo”*. Edic. Depalma. Buenos Aires, Argentina; 1978; pág. 172).
 12. En el Perú a partir del Decreto Ley N° 18471 se consagró legislativamente la denominación “estabilidad laboral”, constituyendo su máxima expresión lo dispuesto en el artículo 48° de la Constitución de 1979, que establecía que “ El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la Ley y debidamente comprobada”.
 13. Por su parte, la Constitución vigente de 1993 en su artículo 27 precisa que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Sin embargo, cuando se precisa que el desarrollo legislativo debe ser “adecuado”, se está resaltando –aunque innecesariamente- que dicho desarrollo no puede ser cualquiera, sino uno que justamente brinde la protección que requiere el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Y ello es así, pues todo desarrollo legislativo que se lleve a cabo sobre el ámbito constitucional de un derecho fundamental no sólo no debe afectar el núcleo o contenido esencial de dicho derecho, sino que debe tender a su adecuada protección y vigencia, con proscripción del desarrollo que sea insuficiente o pueda dejar en estado de indefensión al referido derecho, es decir, existe el deber por parte del legislador de efectuar una concreción legislativa que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo.
 14. Por este motivo, cuando el artículo 27 de la Constitución establece que la ley otorgará “adecuada protección frente al despido arbitrario”, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo abierto ni que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se debe ejercer en armonía con el contenido constitucional del derecho fundamental. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar



- de sentido el mencionado derecho fundamental, haciendo perder el carácter normativo que ostenta el Texto Constitucional.
15. En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha fijado doctrina jurisprudencial respecto a los alcances del artículo 27 de la Constitución, pronunciándose respecto a la adecuada protección contra el despido arbitrario; señalando que el desarrollo legislativo de la “protección contra el despido arbitrario” debe satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad, es decir que se trate de medidas adecuadas. Este Colegiado ha señalado también a través de la que el contenido de este derecho fundamental puede ser abordado desde dos perspectivas: por un lado, a través de un régimen de carácter “sustantivo” y, por el otro, desde un régimen de carácter “procesal”; precisando además que el régimen de carácter procesal consiste en el establecimiento mediante ley, de un régimen de protección jurisdiccional contra el despido arbitrario (STC 0976-2001-AA/TC, STC 0253-2003-AA/TC).
 16. Este Tribunal considera necesario reiterar lo que en su doctrina jurisprudencial ha sostenido, respecto al mandato derivado del artículo 27 de la Constitución, según el cual “la ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario”. Así este Tribunal ha sostenido que dicho mandato: a) se trata de un “mandato al legislador”; b) consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección; c) no determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.
 17. Para el Tribunal Constitucional no se trata pues de encarar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual de estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente –como lo hizo su predecesora de 1979- la denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un despido arbitrario sería absolutamente inadmisibles. Por el contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo.
 18. Este Colegiado considera pertinente reiterar que si bien, el apartado “d” del artículo 7 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contempla la posibilidad de una reparación indemnizatoria frente al despido arbitrario, debe tenerse en cuenta que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos enuncia mínimos que siempre pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no pueden significar en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución, conforme lo establece el propio artículo 4 del citado Protocolo. La interpretación de los derechos fundamentales debe efectuarse pues siempre en un sentido dirigido a alcanzar mayores niveles



de protección, sean que éstos los otorguen el derecho nacional o el derecho internacional.

§4. El amparo como medio de protección contra el despido lesivo a derechos fundamentales

19. La vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, la subsidiariedad para la procedencia de las demandas de amparo. Con ello se cambia el anterior régimen procesal del amparo que establecía un sistema alternativo. En efecto, conforme al artículo 5º, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, no proceden las demandas constitucionales cuando existan vía procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.
20. Este Tribunal ha determinado en uniforme jurisprudencia, que el proceso de amparo constituye una forma de protección procesal adecuada contra el despido lesivo de derechos fundamentales. Así, se ha establecido, tanto en el caso Llanos Huasco (STC 976-2001-AA/TC), como en el caso Baylón Flores (STC 206-2005-PA/TC), que el proceso de amparo procede para examinar los supuestos de despido incausado, despido fraudulento y despido nulo, de acuerdo a las condiciones y exigencias establecidas en los citados precedentes.
21. Por ello, teniendo en cuenta la propia finalidad del amparo, que es la de “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”, como expresamente lo indica el artículo 1º de la Ley N° 28237, debe concluirse, que verificado que sea la existencia de un despido con lesión de derechos fundamentales, debe ordenarse la restitución del trabajador en su centro de trabajo.

Siendo así, la extinción unilateral de la relación laboral, estará afectada de nulidad –y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal- cuando se produce con violación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos.

§5. La Compensación por Tiempo de Servicios y su carácter de beneficio social de previsión.

22. El artículo 1º del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios aprobado por el Decreto Supremo N° 001-97-TR establece que la compensación por tiempo de servicios 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; lo que ha pretendido el legislador, es que este beneficio funcione como una



especie de ahorro forzoso que permite cubrir algunas eventualidades frente a la pérdida de trabajo. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia, refiriéndose al auxilio de cesantía, considera que éste es “*un ahorro forzoso del trabajador, que el empleador está obligado a cancelar a la terminación del vínculo laboral y que al empleado le sirve para subvencionar sus necesidades mientras permanece cesante*” (Cfr. Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia C-310/07 del 3 de mayo de 2007. M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

Teniendo en cuenta lo establecido en la norma respecto al carácter de previsión del derecho invocado, es preciso entender el significado del mismo del término previsión; así tenemos que según el Diccionario de la Lengua Española 2005 Espasa-Colpe, define la previsión como “Preparación de los medios necesarios para prevenir posibles males o daños”.

23. Mario de la Cueva en su obra Derecho Mexicano del Trabajo – México 1949, sostiene que la previsión social es el contenido de una actividad social contemporánea pero no ha surgido de la nada; su historia es la historia de la beneficencia, de la caridad y de la asistencia pública, pero la distingue de ellas, en razón de que éstas se fundan en la solidaridad humana, en tanto que aquella “(...) es un derecho de los trabajadores; es una contraprestación que les pertenece por la energía de trabajo que desarrollan y tienen a ella el mismo derecho que la percepción salarial” y la define así: “(...) la previsión es la acción de los hombres, de sus asociaciones o comunidades y de los pueblos o naciones, que dispone lo concerniente para proveer a la satisfacción de contingencias o necesidades, por lo tanto futuras, en el momento en que se presenten; esto es la previsión, el trasplante del presente al futuro, la proyección de las necesidades presentes en el futuro, a fin de prever su satisfacción, el aseguramiento para el futuro de las condiciones en que se desarrolla en el presente.; la seguridad de la existencia futura, todo lo cual producirá la supresión del temor al mañana”.
24. La doctrina reconoce que el derecho a la compensación por tiempo de servicios tiene como su fundamento la “justicia social”, basado en el derecho que tiene el trabajador para que sus energías gastadas por el esfuerzo diario a favor del empleador, tengan una retribución específica proporcionada al tiempo que ha trabajado para otro; como puede observarse la CTS cumple su finalidad previsional en el momento que el trabajador se queda sin trabajo; siendo esto así, teniendo en cuenta su carácter previsor, su cobro no podría ser un impedimento para recurrir al amparo constitucional, toda vez que como su propio nombre lo dice, tiene calidad de beneficio social de previsión para poder sobrellevar una



futura contingencia (entre otros motivos, ser objeto de despido arbitrario). De aquí que el no pago por parte del empleador; o el no cobro por parte del trabajador, lo que en la realidad fáctica vendría a ser lo mismo, pone en grave peligro la subsistencia o por lo menos la vida digna que se le reconoce al trabajador y a su familia, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en otros pactos internacionales y la propia Constitución; toda vez que al haber dejado de percibir su remuneración habitual base del sustento económico de él y de su familia por efectos del despido; el hacer uso del beneficio social de previsión en estas circunstancias, solo se estaría ejerciendo un derecho legítimo; de no ser así se estaría avalando un acto vulneratorio de los derechos fundamentales, al que se pretende encubrir bajo el argumento de una supuesta voluntad del trabajador de dar por extinguida la relación laboral. Así lo ha anotado también de manera brillante el procesalista mexicano Ignacio Burgoa: “ *se entiende consentido [el acto lesivo] expresamente cuando se ha manifestado por parte del agraviado una adhesión a él verbal, por escrito o traducida en signos inequívocos. Desde luego, la prueba de la existencia de ese consentimiento de un acto de autoridad es difícil y casi imposible de recabarse, puesto que, de no existir una declaración escrita que contenga la mencionada adhesión por parte del quejoso, y que en la mayoría de casos no tiene lugar, el consentimiento expreso verbal o por signos inequívocos no puede demostrarse sin dificultad en juicio. Por todas estas razones, estimamos que el consentimiento expreso de un acto reclamado (...) en la práctica, es un factor de difícil comprobación para fundar en él la improcedencia del juicio de amparo*” (BURGOA, Ignacio: *El juicio de amparo*, 34^a. Edición. Porrúa, México, 1998, pp. 468-469). Entonces, el consentimiento del despido debe surgir de un comportamiento del trabajador que no genere dudas al respecto, y que sea manifestación evidente de que el trabajador renunció a buscar la protección reparadora que brinda el proceso de amparo.

25. Que, este carácter previsor se ha venido materializando, desde el momento que el Estado ha venido disponiendo mediante diversos dispositivos legales, Decretos Supremos o Decretos de Urgencia, la libre disponibilidad de la compensación por tiempo de servicios, permitiendo que los trabajadores puedan disponer del íntegro o una parte de la CTS en momento de crisis económica, lo que no conllevó en ningún momento a la ruptura del vínculo laboral. Este carácter previsor de la CTS se ha reiterado en la Ley N° 29352 (publicado el 01/05/2009) en cuyo artículo 1° precisa: que “*el objeto de la presente ley es devolver a la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) su naturaleza de seguro desempleo, que permita a los trabajadores tener una contingencia asegurada para la eventualidad de la pérdida del empleo; máxime si el artículo 37° del Decreto Supremo 001-97-TR, ha precisado que este derecho solo procede al cese de trabajador cualquiera sea la cause que lo motive*”. (resaltado nuestro).



26. El Tribunal Constitucional de Bolivia también ha considerado en su jurisprudencia que “ *toda persona tiene la absoluta libertad de ejercer sus derechos de la forma que más convenga a sus intereses, con la sola condición de no lesionar el interés colectivo o los derechos de las demás personas; por lo mismo, frente a una eventual lesión o restricción de su derecho fundamental o garantía constitucional la persona tiene la libertad de definir la acción a seguir frente a dicha situación, ya sea reclamando frente al hecho ilegal, planteando las acciones pertinentes o, en su caso, de consentir el hecho o llegar a un acuerdo con la persona o autoridad que afecta su derecho, por considerar que esa afección no es grave y no justifica la iniciación de las acciones legales correspondientes*” (Cfr Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia Constitucional 0700/2003-R del 22 de mayo de 2003. Magistrado Relator: Dr. José Antonio Rivera Santibáñez);
27. Estando a las consideraciones expuestas, se puede llegar a determinar que en un proceso de tutela de los derechos constitucionales, no se puede pretender convalidar un acto viciado de nulidad (el despido) con un acto posterior como es el cobro de la compensación por tiempo de servicios, que como ya se ha dicho, es un beneficio que le corresponde al trabajador, sea cual fuere la causa que haya motivado su cese laboral. Entonces queda claro que frente a una contingencia como en el caso del despido arbitrario, el trabajador tiene derecho a hacer uso de su beneficio social de previsión; máxime cuando nuestra Constitución ha estipulado en su artículo 2º inciso 24.a), “ nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. (resaltado nuestro); siendo esto así el Tribunal Constitucional como órgano contralor de la Constitución no puede dejar de pronunciarse frente a una evidente vulneración constitucional.
28. Tampoco se podría considerar como una voluntad de ruptura del vínculo laboral el hecho que el actor cobre los demás beneficios sociales (vacaciones, gratificaciones, utilidades, etc.) toda vez que al tener estos beneficios la naturaleza de derecho adquirido, su cobro no demuestra voluntad alguna de dar por terminada la relación laboral, sino solo el ejercicio legal de un derecho; *contrario sensu*, si el trabajador al producirse el despido hubiera convenido con su empleador por el pago de la indemnización por despido, demostrando con ello haber optado por la protección resarcitoria, igualmente reparadora, no podrá recurrir a la vía constitucional .
29. El Tribunal ha venido desestimando las pretensiones en casos en las cuales el trabajador procedió a cobrar la compensación por tiempo de servicios, criterio que ha venido aplicando en reiterada jurisprudencia (STC N° 532-2001 AA/TC, 3304-2007-AA/TC, 6198-2007-AA/TC y 5381-2006 AA/TC, entre otros), sobre la base de que el cobro de los



beneficios sociales importa la extinción definitiva del vínculo laboral, “*la demanda no puede ser acogida, toda vez que, (...) el demandante ha efectuado el cobro de sus beneficios sociales y, por lo mismo ha quedado extinguido el vinculo laboral que mantenía con [la] demandada*”; criterio que si bien en un principio fue uniforme, a la fecha es motivo de discordia por lo que hace necesario unificar la jurisprudencia teniendo en cuenta que a la luz de la Constitución Política del Estado así como las normas vigentes, no solo se estaba permitiendo que se vulnerara el derecho fundamental al trabajo mediante el despido sin causa, sino que se está atentando contra el derecho constitucional a la libertad de la persona al condicionar al trabajador de recurrir a la vía de amparo siempre que no haya hecho cobro de su compensación por tiempo de servicios; creemos que este condicionamiento no resulta viable en un Estado Social de Derecho, que otorga las garantías suficientes para el ejercicio de los derechos de los trabajadores, ni se condice tampoco con el carácter de beneficio social de previsión que ostenta la CTS. En dicho sentido, se ha pronunciado también la Corte Constitucional de Colombia, cuando ha afirmado que el no pago de la CTS implica dejar en estado de desprotección al trabajador, “*pues si se reconoce en las cesantías un eficaz instrumento para atender a ciertas necesidades de los trabajadores, lo menos que se puede esperar de esta ayuda es que llegue en el momento oportuno*” (Cfr. Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia T-661/97 del 3 de diciembre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz).

§6. Cobro de la indemnización por despido arbitrario y cobro de los beneficios sociales

30. En este contexto, bien puede afirmarse, sin margen a dudas, que el cobro de la indemnización por despido arbitrario, regulado en el artículo 34 y 38 del Decreto Supremo 003-97-TR, origina la aceptación de una forma de protección contra el despido, que es la forma resolutoria. Así, lo ha sustentado este Colegiado en reiterada jurisprudencia, señalando que “*el actor desde el momento que procedió a cobrar el pago de la indemnización por despido arbitrario, optó por la eficacia resolutoria frente al despido al cual estaba siendo objeto y no por la eficacia sustitutoria, esto es por la protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional; quedando de esta forma extinguida la relación laboral, desde el momento que el actor obtuvo protección adecuada; por ello a juicio del Tribunal Constitucional, el artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador, vigente en el Perú desde el 27 de mayo*



de 1995, ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente (...)” (STC 03965-2007-PA/TC). En este sentido, si un trabajador cobra su indemnización por despido arbitrario, de manera voluntaria, como protección adecuada contra el despido arbitrario, la interposición de un proceso de amparo devendrá improcedente.

31. Este criterio resulta adecuado pues si el trabajador acepta la indemnización por despido, acepta la protección que le brinda el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sin que pueda luego pretender la vía de la reposición por ser una pretensión contradictoria. En consecuencia, cuando el empleador pone a disposición del trabajador la indemnización por el despido, acepta la penalidad de su accionar, la que puede ser aceptada o rechazada por el propio trabajador.
32. Sin embargo, el cobro de los beneficios sociales como vacaciones truncas, gratificaciones truncas, remuneraciones devengadas, utilidades y otros que se adeuden al trabajador, no deben considerarse como una aceptación del accionar irregular del empleador; sino como el cobro directo de los beneficios pendientes de pago o adeudos laborales, que pertenecen al trabajador y que tienen naturaleza alimentaria. No son éstos pues, en estricto, cobros que se realizan como una forma de protección contra el despido arbitrario, sino conceptos que le corresponden al trabajador, y que simplemente no se habían cobrado en su debida oportunidad. De esta manera, los conceptos recibidos por el trabajador al finalizar su relación laboral tienen carácter remunerativo y no indemnizatorio, pues no constituyen dádivas del empleador o retribuciones por la conclusión de la relación de trabajo, sino beneficios al que el trabajador tuvo derecho desde antes de la culminación de la relación laboral.

§7. Irrenunciabilidad al goce efectivo de los beneficios sociales

33. Por último, no podemos dejar de anotar que, el inciso 2) del artículo 26 de nuestra Carta Magna, consagra el *principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales* reconocidos por la Constitución y la ley, el cual prohíbe que, mediante actos de disposición, el trabajador, se despoje de sus derechos, previstos en las normas taxativas (no dispositivas), las que son de orden público y tienen vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral (STC 0008-2005-AI/TC, FJ 24).
34. Dicho principio se fundamenta en el carácter *protector* del Derecho Laboral, debido a la desigualdad existente entre las partes, por lo que devendría en nulo todo acto del trabajador que abdique un derecho



reconocido en una norma imperativa. Si bien, en sentido estricto, abstenerse de cobrar la CTS y los demás beneficios sociales no implica una renuncia de estos derechos; pues estos conceptos se mantienen íntegros e intangibles a favor del trabajador; en la práctica supeditar el cobro de éstos a la procedencia del proceso de amparo, equivale a renunciar a disponer de los mismos, con la finalidad de lograr la reposición en el trabajo; lo cual además, de resultar lesivo a la protección adecuada contra el despido arbitrario, y el acceso a la justicia, podría generar un mal hábito de parte del empleador, quien luego de haber efectuado un despido arbitrario, ponga a disposición del trabajador sus respectivos beneficios sociales, para legitimar su accionar aduciendo que los despidos han sido consentidos por los trabajadores, quienes por la necesidad en la que se encuentran se ven obligados a cobrar sus beneficios, agudizando la situación de desventaja que existe en la relación laboral, que justamente el *Derecho Constitucional Laboral* debe equiparar.

35. Es por esta razón que para evitar un accionar doloso por parte del empleador, este Colegiado considera necesario establecer que, el empleador debe proceder a depositar de ser el caso la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin “incentivos” únicos conceptos que supone la protección alternativa frente al amparo, en una cuenta distinta a la que corresponde a la CTS; de efectuarlo a través de consignación judicial no podrá incluirlo conjuntamente con el pago de los beneficios sociales (CTS u otros conceptos remunerativos), el que se efectuará en consignación judicial diferente.

§8. Precedente vinculante.

36. Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y teniendo en cuenta que los distintos operadores jurisdiccionales han venido aplicando el criterio jurisprudencial señalado por este Colegiado en anterior jurisprudencia respecto a la declaratoria de improcedencia del amparo cuando el trabajador cobraba sus beneficios sociales o su compensación por tiempo de servicios, este Tribunal debe pasar a definir el cambio de criterio desarrollado en esta sentencia como precedente vinculante, a efectos de generar predictibilidad en los operadores jurídicos. Así, las reglas en materia de procedencia del amparo restitutorio del trabajo, son las siguientes:
 - a. El cobro de los beneficios sociales (compensación por tiempo de servicios, vacaciones truncas, gratificaciones truncas, utilidades u otro concepto remunerativo) por parte del trabajador, no supone



el consentimiento del despido arbitrario y, por ende, no debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.

- b. El cobro de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin “incentivos” supone la aceptación de la forma de protección alternativa brindada por ley, por lo que debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.
- c. El pago pendiente de la compensación por tiempo de servicios u otros conceptos remunerativos adeudos al trabajador debe efectuarse de modo independiente y diferenciado al pago de la indemnización por despido arbitrario, esto es, el empleador deberá realizar dichos pagos en cuentas separadas o a través de consignaciones en procesos judiciales independientes, bajo su responsabilidad.

Los efectos de estas reglas se aplican a los procesos que a la fecha de publicación en la página web de esta sentencia se encuentran en trámite, tanto en el Poder Judicial, como en el Tribunal Constitucional y a aquellos que se interpongan en adelante.

§9. Análisis del caso concreto

- 37. En atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la STC N° 206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante, este Tribunal considera que en el presente caso corresponde evaluar si la demandante que interpuso el recurso de agravio constitucional ha sido o no objeto de un despido incausado, conforme alega en su demanda.
- 38. El artículo 22° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, ha establecido que para despedir a un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, es indispensable la existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. Por su parte, los artículos 23° a 25° de la misma ley enumera taxativamente las causas justas de despido relacionadas con la capacidad y la conducta del trabajador, según sea el caso.
- 39. De acuerdo con lo previsto en el artículo 31° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, el empleador no podrá despedir a un trabajador por causa relacionada con su conducta laboral, 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 formule.
- 40. Teniendo en cuenta que en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, para que se produzca la extinción de un contrato de trabajo se



requiere que se encuentre inmerso en alguna de las causas previstas en el artículo 16° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral:

- a) *El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural;*
- b) *La renuncia o retiro voluntario del trabajador;*
- c) *La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad;*
- d) *El mutuo disenso entre trabajador y empleador;*
- e) *La invalidez absoluta permanente;*
- f) *La jubilación;*
- g) *El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley;*
- h) *La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley.*

41. A fojas 11 y 12, corre el contrato de trabajo a plazo indeterminado de fecha 16 de junio del 2006 suscrito por las partes, mediante el cual se precisa que de acuerdo a la Resolución Ejecutiva Regional N° 109-2006-Gobierno Regional del Callao-PR de fecha 01 de junio de 2006, se dispuso la adecuación paulatina de los Contratos por Servicios Específicos sujetos a modalidad a la condición de contratos a tiempo indeterminado, del personal auxiliar, técnico y profesional en los niveles, categorías y plazas del cuadro para la asignación de personal CAP, provistos en el Presupuesto Analítico de Personal – PAP del Gobierno Regional del Callao, el que se efectuó conforme a la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 28411, al haberse acreditado que las labores desarrolladas por los trabajadores, entre las que se encuentra la recurrente, tenían la calidad de permanentes, conforme textualmente lo precisa el décimo tercer considerando de la Resolución Ejecutiva Regional acotada, cuya copia corre a fojas 27 vuelta, que a la letra dice: “ Que, asimismo, la Gerencia de Asesoría Jurídica, mediante Informe de vistos, expone que estando a que la condición de los trabajadores, auxiliares, técnicos y profesionales de las diversas áreas del Gobierno Regional del Callao vienen desempeñando labores en los niveles, categorías y plazas del Cuadro para la Asignación de Personal – CAP, provistos en el Presupuesto Analítico de Personal – PAP, según la estructura orgánica aprobada por el Consejo Regional mediante Acuerdo N° 004-2006-GRC/CR, el Presupuesto Analítico de Personal”.
42. Teniéndose en cuenta que el objeto del contrato estaba dirigido a que la trabajadora siguiera prestando servicios a la entidad para realizar las actividades propias de Abogado II en la Gerencia de Asesoría Jurídica, plaza que al encontrarse dentro del cuadro de asignación de personal se encuentra debidamente presupuestada; siendo esto así, la actora solo podía ser cesada por causal de falta grave contemplada en el artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR; no habiendo ocurrido así en el caso de autos, por cuanto, la causa alegada por la demandada para extinguir la relación laboral de la demandante, no se encuentra dentro de los supuestos establecidos en el artículo 16° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, ni de las excepciones previstas en el artículo 46° de la acotada norma; siendo así, el despido resulta incausado.
43. Por las consideraciones expuestas este Colegiado estima que la ruptura del vínculo laboral, constituye un acto lesivo de los derechos fundamentales de la demandante, siendo esto así y dada la finalidad restitutoria del proceso de amparo,



procede su reincorporación en el puesto de trabajo que venía desempeñando a la fecha en que se produjo la violación de su derecho constitucional al trabajo.

44. En cuanto a las remuneraciones devengadas, atendiendo a la finalidad restitutoria del proceso de amparo, se deja a salvo el derecho de la actora para que lo haga valer en la vía correspondiente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de autos; consecuentemente déjese sin efecto la carta de despido de fecha 5 de enero del 2007, disponiéndose la reposición de doña Yolanda Lara Garay a su puesto de trabajo u otro de igual nivel o categoría.
2. **IMPROCEDENTE** el extremo de la demanda en que solicita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, dejándose a salvo el derecho para que lo haga valer en la vía correspondiente.
3. Constitúyase **PRECEDENTE VINCULANTE** las reglas contenidas en el fundamento 37 de la presente sentencia:
 - a. El cobro de los beneficios sociales, compensación por tiempo de servicios, vacaciones truncas, gratificaciones truncas, utilidades u otro concepto remunerativo debido al trabajador no supone el consentimiento del despido arbitrario y, por ende, no debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.
 - b. El cobro de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin “incentivos” supone la aceptación de la forma de protección alternativa brindada por ley, por lo que debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.
 - c. El pago pendiente de la compensación por tiempo de servicios u otros conceptos remunerativos adeudados al trabajador debe efectuarse de modo independiente y diferenciado al pago de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin; el empleador deberá realizar dichos pagos en cuentas separadas o a través de consignaciones en procesos judiciales independientes.

Los efectos de estas reglas se aplican a los procesos que a la fecha de publicación en la página web de esta sentencia se encuentran en trámite, tanto en el Poder Judicial, como en el Tribunal Constitucional y a aquellos que se interpongan en adelante.



4. **NOTIFICAR** la presente sentencia al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a efectos de difundir la presente sentencia e informar a los trabajadores de las condiciones para impugnar un despido lesivo de derechos fundamentales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ANEXO N° 03

**MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI**

**EXP. N.° 00529-2010-PA/TC
LIMA
TITO MARCELINO
SAÉNZ DUEÑAS
Y OTROS**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de octubre de 2010, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Tito Marcelino Sáenz Dueñas y otros contra la resolución de fecha 1 de julio del 2009, de fojas 65 del cuaderno de apelación, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República que, confirmando la apelada, declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 18 de diciembre del 2007 los recurrentes interponen demanda de amparo contra los vocales integrantes de la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia del Santa, señores Samuel Sánchez Melgarejo y



Bernabé Zuñiga Rodríguez, y la empresa Frigorífico Alianza S.A.C., solicitando que se declare la nulidad de la resolución de fecha 12 de octubre del 2007, que decretó la improcedencia del desistimiento de la cesión de derechos. Sostiene que en el contexto de la tramitación del proceso judicial sobre incumplimiento de disposiciones laborales seguido por el Sindicato de Trabajadores del Frigomar S.A. y ellos -a título personal- en contra de su ex empleadora Frigomar S.A., la Sala ha vulnerado su derecho a la tutela procesal efectiva y el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales al haber decretado la improcedencia de su pedido de desistimiento respecto a la cesión de derechos efectuada a favor de la empresa Frigorífico Alianza S.A.C., sin considerar que dicho contrato de cesión de derechos se reputa como *leonino* toda vez que a cambio de ceder su acreencia laboral, estimada en S/. 5'745,200.62, recibieron solo la cantidad de S/. 656,000.00, que está muy por debajo del adeudo total, lo que constituye una renuncia aproximada del 80% del valor real de los créditos adeudados. Aducen que en dicha cesión de derechos se reconoce a los trabajadores cedentes montos abiertamente reducidos, lo cual resulta contrario al principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales que la Constitución reconoce a favor de los trabajadores.

Los demandados Samuel Joaquín Sánchez Melgarejo y Bernabé Zuñiga Rodríguez contestan la demanda solicitando que sea declarada infundada, argumentando que los procesos de amparo no pueden concebirse como una suprainstancia en la que pueda revisarse las decisiones emitidas por jueces jurisdiccionales dentro de un proceso regular; agregando que la resolución cuestionada se encuentra adecuadamente motivada.

El Procurador Público del Poder Judicial contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente, argumentando que se pretende hacer del proceso de amparo una instancia superior, situación que está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico debido a que se desnaturalizaría el fin mismo del proceso de amparo.

La demandada Frigorífico Alianza S.A.C. contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente, argumentando que los derechos adquiridos, producto del cumplimiento de convenio colectivo, se encontraban en ejecución de sentencia dentro del dominio patrimonial de los accionantes, y que estos ejercieron su derecho de libre contratación otorgando a favor de la empresa Frigorífico Alianza S.A.C. una cesión de derechos y acciones.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, con resolución de fecha 17 de noviembre del 2008, declara infundada la demanda por considerar que no se ha evidenciado la afectación del derecho al debido proceso ni a la tutela jurisdiccional, la cual comporta el respeto de las garantías mínimas con que debe contar todo justiciable para que una causa pueda tramitarse y resolverse adecuadamente.



La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con resolución de fecha 1 de julio del 2009, confirma la apelada por considerar que las resoluciones cuestionadas no vulneran los derechos invocados por los recurrentes.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se declare la nulidad de la resolución de fecha 12 de octubre del 2007, expedida por la Sala que decretó la improcedencia del desestimiento de la cesión de derechos celebrada por los recurrentes. Expuesta la pretensión, este Tribunal Constitucional considera necesario determinar a la luz de los hechos expuestos en la demanda y de los recaudos que obran en ella, si se ha vulnerado el derecho al debido proceso de los recurrentes e infringido el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales al haberse decretado la improcedencia del pedido de desistimiento de la cesión de derechos.

Análisis del caso materia de controversia constitucional

2. Este Colegiado respecto al principio de irrenunciabilidad de derechos de los trabajadores ha establecido que dicho principio *“hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley (...) En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno. Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2) del artículo 26° de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos (...) derechos reconocidos por la Constitución y la ley”. No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre. Por otro lado, debe precisarse que un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto, la irrenunciabilidad es sólo operativa en el caso de la segunda. (...) la norma taxativa es aquella que ordena y dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese ámbito, el trabajador no puede “despojarse”, permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma. (...) el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas, y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar. La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral”.* (STC N° 0008-2005-AI/TC; fundamento 24).
3. De acuerdo a lo expuesto, conviene preguntarse entonces si el acto jurídico de cesión de derechos efectuada por los recurrentes a favor de la empresa Frigorífico Alianza S.A.C., cuyo contenido se aduce leonino, constituye un acto de despojo de los derechos de los recurrentes prohibido por el principio de irrenunciabilidad de derechos. Al respecto, este Supremo Colegiado entiende que dicho acto jurídico no



contraviene ni infringe el principio de irrenunciabilidad de derechos de los trabajadores toda vez que, según lo alegado por los propios recurrentes, dicho acto jurídico no tiene como plataforma una relación laboral, es decir, no se celebra en el contexto de una relación laboral en el que las partes de dicho acto coinciden con las calidades de empleador y empleado, y en el que el objeto constituya una cesión de derechos laborales; muy por el contrario, dicho acto jurídico tiene como plataforma la autonomía de la voluntad de las personas para ceder y adquirir un derecho litigioso cuyo contenido, al intervenir un tercero ajeno a la relación laboral (la empresa Frigorífico Alianza S.A.C - Cesionario), se convierte en uno de índole netamente civil. En razón de ello, al no estar incurso dicho acto jurídico dentro de la prohibición de renuncia a los derechos laborales de los trabajadores, la declaratoria de improcedencia del pedido de desestimiento de cesión de derechos no vulnera derecho constitucional alguno de los recurrentes; motivo por el cual la demanda debe ser desestimada.

4. Sin perjuicio de lo expuesto, resulta pertinente precisar que si los recurrentes alegan una suerte de estado de necesidad, vicio o fuerza mayor que los indujo a celebrar el acto jurídico de cesión de derechos cuyo contenido aducen es leonino, tienen expedita la vía civil a efectos de que se declare la nulidad de dicho acto jurídico por supuesto vicio de la voluntad; asunto éste de legalidad ordinaria que no puede ser ventilado siquiera en la vía ordinaria laboral, menos aún en la vía constitucional del amparo.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo por no haberse acreditado la vulneración del derecho al debido proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI

ANEXO N° 04

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 10712-2014
LIMA
Reintegro de remuneraciones
PROCESO ORDINARIO**

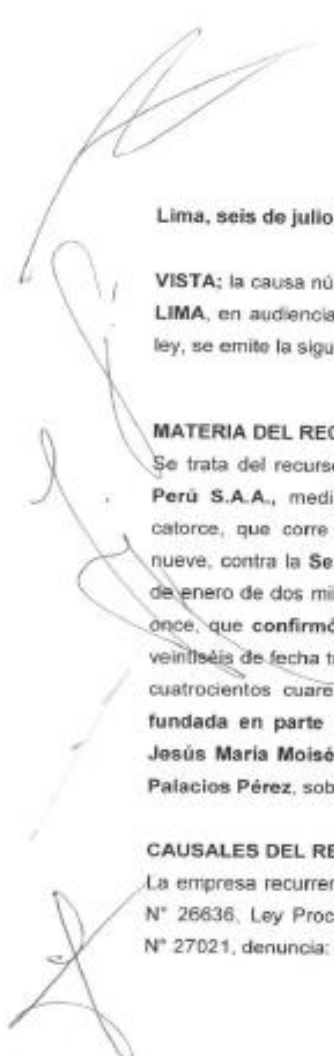
SUMILLA - El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales previsto en el inciso 2) del artículo 26° de la Constitución Política del Perú, hace referencia a la regla de no abrogación e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la Ley, negando validez jurídica a todo acto del trabajador que implique una renuncia a sus derechos laborales, contribuyendo de esta forma una asociación a la autonomía de la voluntad del trabajador.

Lima, seis de julio de dos mil quince

VISTA: la causa número diez mil setecientos doce, guión dos mil catorce, guión LIMA, en audiencia pública de la fecha; y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:
Se trata del recurso de casación interpuesto por la empresa **Telefónica del Perú S.A.A.**, mediante escrito de fecha veintinueve de mayo de dos mil catorce, que corre en fojas quinientos veintinueve a quinientos cuarenta y nueve, contra la **Sentencia de Vista** contenida en la resolución de fecha diez de enero de dos mil catorce, que corre en fojas quinientos cuatro a quinientos once, que **confirmó** la Sentencia apelada contenida en la resolución número veintiséis de fecha treinta y uno de octubre de dos mil doce, que corre en fojas cuatrocientos cuarenta y siete a cuatrocientos sesenta y dos, que declaró **fundada en parte** la demanda; en el proceso seguido por el demandante, **Jesús María Moisés Abarzuza Gil** representado por don **Ricardo Edilberto Palacios Pérez**, sobre reintegro de remuneraciones.

CAUSALES DEL RECURSO:
La empresa recurrente invocando los incisos b) y c) del artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, denuncia:


ANA MARÍA NAUPARI SALDIVAR
SECRETARIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 10712-2014

LIMA

Reintegro de remuneraciones
PROCESO ORDINARIO

- a) Interpretación errónea del inciso 2) del artículo 26° de la Constitución Política del Perú.
- b) Interpretación errónea del artículo 6° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
- c) Interpretación errónea del artículo 57° del Decreto Supremo N° 001-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios.
- d) Inaplicación del artículo 1354° del Código Civil.

CONSIDERANDO:

Primero.- El recurso de casación reúne los requisitos de forma que para su admisibilidad contempla el artículo 57° de la Ley N° 28636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021.

Segundo.- Pretensión demandada.

En el presente proceso, el demandante pretende que se reconozca a su favor la suma de trescientos veintinueve mil novecientos noventa y cinco con 91/100 nuevos soles (S/. 329,995.91), por concepto de reintegro de remuneraciones correspondientes al período de enero a junio de dos mil tres y el reintegro de la compensación por tiempo de servicios y utilidades por el período del uno de abril de mil novecientos noventa y seis al treinta de junio de dos mil tres.

Asimismo, la empresa Telefónica del Perú S.A.A. señaló en su escrito de contestación de demanda, que según el último párrafo del convenio de modificación de acuerdos de fecha veintisiete de junio de dos mil tres, el actor mostró su conformidad con la eliminación a partir del mes de enero de dos mil tres del beneficio denominado "Tax Equalization", en virtud del cual la empresa asumía parte de los tributos y aportaciones del accionante, por lo que no existió incumplimiento que haya afectado la remuneración del actor, pues, la misma se

ANA MARIA NAUPARI SALDIVAR
SECRETARIA
1a. SALA DE DERECHO

2

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 10712-2014

LIMA

Reintegro de remuneraciones
PROCESO ORDINARIO

vio incrementada en el año dos mil tres como consecuencia de una serie de conceptos y reintegros adicionales, siendo que la retribución al tener un carácter integral anual incluía todos los beneficios que pudiera corresponderle. Finalmente, señala que propuso la compensación de créditos en un monto ascendente a setecientos setenta y nueve mil novecientos cuarenta y siete con 58/100 nuevos soles (S/.779, 947.58), el mismo que se le reconoció a título de gracia y al amparo de lo establecido en el artículo 57° del Decreto Supremo N° 001-97-TR.

Tercero.- Trámite del proceso en primera y segunda instancia.

El Juez del Décimo Noveno Juzgado Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Sentencia de fecha treinta y uno de octubre de dos mil doce, que corre en fojas cuatrocientos cuarenta y siete a cuatrocientos sesenta y dos, declaró fundada en parte la demanda, ordenando que la empresa Telefónica del Perú S.A.A., pague a favor del demandante el monto de trescientos diez mil seiscientos ochenta y cuatro con 66/100 nuevos soles (S/. 310,684.66), por concepto de reintegro de remuneraciones, compensación por tiempo de servicios y utilidades, al considerar que la empresa emplazada no ha acreditado la existencia de un acuerdo de reducción remunerativa por el período de enero a junio de dos mil tres, conforme lo establece la Ley N° 9463, concluyendo que los pagos efectuados por el concepto denominado "Tax Equalization" (a través del cual la empresa demandada se obligaba al pago del impuesto a la renta y de las aportaciones al Sistema Privado de Pensiones) ostentan la calidad de remuneración, y por lo tanto, base de cálculo de la compensación por tiempo de servicios y de las utilidades del actor.

En virtud a la impugnación de la Sentencia de primera instancia por parte de la empresa demandada, el Colegiado de la Sala Transitoria Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Sentencia de Vista de fecha diez de enero de dos mil catorce, que corre en fojas quinientos cuatro a quinientos once, confirmó la Sentencia apelada que declaró fundada en parte la demanda,

ANA MARIA NAUPARI SALDIVAR
SECRETARIA
2da. SALA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

3



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 10712-2014

LIMA

Reintegro de remuneraciones
PROCESO ORDINARIO

al considerar que el Convenio de Modificación de Acuerdos suscrito por el demandante, por el cual se eliminaba a partir del mes de enero de dos mil tres el beneficio denominado "Tax Equalization", contraviene el principio de irrenunciabilidad previsto en el inciso 2) del artículo 26° de la Constitución Política del Perú; asimismo, al asumir en parte la empresa demandada el pago del impuesto a la renta y de las aportaciones al Sistema Privado de Pensiones, es evidente que constituye una ventaja patrimonial para el trabajador, en la medida que sus ingresos se ven incrementados, por lo que se entiende que dicho beneficio tiene naturaleza remunerativa y por lo tanto debe ser considerado como base de cálculo de los beneficios y derechos remunerativos del demandante.

Cuarto.- Concepto de interpretación errónea e inaplicación de una norma de derecho material.

La interpretación jurídica: Interpretar una norma es atribuirle un significado dentro de un contexto con la finalidad de poderla aplicar.

Respecto a la interpretación errónea de una norma de derecho material, se presenta cuando el juzgador ha elegido de manera correcta la norma que es aplicable al caso concreto; sin embargo, al momento de aplicarla le atribuye un sentido distinto al que le corresponde.

SANCHEZ PALACIOS, comentando una casual similar, existente en el texto original del Código Procesal Civil nos dice al respecto: "Es el error sobre el sentido o significado de una norma jurídica. Se verifica en todos aquellos casos en que el Juez, sin reconociendo la existencia y la validez de la norma pertinente al caso, yerra interpretándola".¹

Esta Sala Suprema, considera además que no puede admitirse como causal de casación la interpretación errónea de hechos.

¹SANCHEZ PALACIOS, Manuel. El Recurso de Casación Civil, Segunda Edición 2002, pp. 71-72.

ANA MARIA NAUPARI SALDIVAR
SECRETARIA
No. SALIN DEPARTO

4



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 10712-2014

LIMA

Reintegro de remuneraciones
PROCESO ORDINARIO

En cuanto a la inaplicación de una norma de derecho material, es denominado por la doctrina como error normativo de percepción, y ocurre cuando el órgano jurisdiccional no logra identificar la norma pertinente para resolver el caso que está analizando, razón por la cual no la aplica; en efecto, esta causal está vinculada a la omisión por parte del órgano jurisdiccional en cuanto al empleo o utilización de un determinado enunciado normativo, que de manera inequívoca regula el supuesto fáctico objeto del litigio, generando consecuencias jurídicas distintas a las atribuidas por el órgano jurisdiccional.

Quinto.- Calificación de las causales señaladas en los acápites a) y d).

En cuanto a las causales denunciadas en los **acápites a) y d)**, la empresa recurrente señala que el Colegiado Superior ha interpretado erróneamente el inciso 2) del artículo 26° de la Constitución Política del Perú, al no haber tomado en cuenta los verdaderos alcances del principio de irrenunciabilidad de derechos laborales, pues, se aplicó a un supuesto de hecho claramente excluido de su ámbito de aplicación, siendo la correcta interpretación del principio laboral denunciado que la irrenunciabilidad de los derechos laborales se podrá aplicar en la medida que los mismos se encuentren reconocidos en la Constitución o en la Ley; asimismo, el artículo 1354° del Código Civil reconoce a las partes un amplio margen de actuación al momento de determinar libremente el contenido de sus pactos, por lo que el Colegiado Superior debió haber aplicado dicha normatividad para declarar la validez del convenio de modificación de fecha veintisiete de junio de dos mil tres, instrumento que constituye el sustento de la eliminación de la obligación de asumir el pago de los impuestos desde enero de dos mil tres. De los fundamentos expuestos, se advierte que la empresa recurrente ha cumplido con los requisitos de fondo previstos en los literales b) y c) del artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, por lo que las causales invocadas devienen en **procedentes**, correspondiendo a continuación proceder al análisis de fondo de las normas denunciadas.

ANA MARÍA NAUPARI SALDIVAR
SECRETARIA
2da. SALA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

5



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 10712-2014

LIMA

Reintegración de remuneraciones
PROCESO ORDINARIO

Sexto.- Interpretación errónea del inciso 2) del artículo 26° de la Constitución Política del Perú.

El principio de irrenunciabilidad niega validez jurídica a todo acto del trabajador que implique una renuncia a sus derechos laborales, constituyendo una limitación a la autonomía de la voluntad. Este principio busca evitar que el trabajador apremiado por la necesidad de conseguir o continuar con el empleo, acepte la imposición por parte del empleador de determinadas condiciones que vulneren sus derechos laborales, volviendo ineficaz la protección que la legislación le concede.

Según **BOZA PRO**: *"El principio de irrenunciabilidad opera como un mecanismo de autodefensa normativa en apoyo del trabajador, por su inferior posición contractual frente al empresario, podría terminar dejando de lado, aún contra su voluntad, derechos que le concede el ordenamiento jurídico".²*

La doctrina acepta casi unánimemente que el principio de irrenunciabilidad solo protege al trabajador, no pudiendo favorecer también al empleador.

La renuncia a derechos implica la manifestación de voluntad expresa por parte del trabajador de privarse de un derecho de naturaleza laboral, por lo que no podrá considerarse tácita. En cuanto al momento del acto de renuncia de derechos este puede presentarse antes, durante o después de terminado el contrato de trabajo.

Nuestra legislación reconoce que el principio de irrenunciabilidad a nivel constitucional, se encuentra establecido en el inciso 2) del artículo 26° de la Constitución Política del Perú, cuando señala que en la relación laboral se

² BOZA PRO, Guillermo: Lecciones de Derecho del Trabajo, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011 p. 173

ANA MARÍA NAUPARI SALDAR
SECRETARIA
M. SALA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

6



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 10712-2014
LIMA
Reintegro de remuneraciones
PROCESO ORDINARIO

respetan, entre otros principios, el siguiente: "Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley".

El Tribunal Constitucional sobre los alcances del principio de irrenunciabilidad señala lo siguiente:

"Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2) del artículo 26.º de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos "(...) derechos reconocidos por la Constitución y la ley".

No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre.

Por otro lado, debe precisarse que un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto, la irrenunciabilidad es sólo operativa en el caso de la segunda.

La norma dispositiva es aquella que opera sólo cuando no existe manifestación de voluntad o cuando ésta se expresa con ausencia de claridad. El Estado las hace valer únicamente por defecto u omisión en la expresión de voluntad de los sujetos de la relación laboral.

Las normas dispositivas se caracterizan por suplir o interpretar una voluntad no declarada o precisar y aclararla por defecto de manifestación; y por otorgar a los sujetos de una relación laboral la atribución de regulación con pleno albedrío dentro del marco de la Constitución y la ley.

Ante este tipo de modalidad normativa, el trabajador puede libremente decidir sobre la conveniencia, o no, de ejercitar total o parcialmente un derecho de naturaleza individual".³

Por su parte, esta Sala Suprema considera que para una correcta interpretación del inciso 2) del artículo 26º de la Constitución Política del Perú, referente al principio de irrenunciabilidad, los jueces de trabajo y las Salas

³ Expediente N° 008-2005-PVTC, fecha 12 agosto 2005, Fundamento 24, Proceso seguido por Juan José Górriz sobre inconstitucionalidad de la Ley N° 28175.

ANA MARÍA NAUPARI SALDIVAR
SECRETARIA
DE LA SALA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

7



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 10712-2014

LIMA

Reintegro de remuneraciones
PROCESO ORDINARIO

LabORALES deben tener en cuenta las siguientes reglas: **1)** Los derechos cuya fuente de origen sea la ley o cualquier otra norma jurídica de origen estatal, sin importar su jerarquía, son de carácter irrenunciable para el trabajador individual, sin perjuicio de los pactos de reducción de remuneraciones que son aceptados por nuestro ordenamiento jurídico conforme a la Ley N° 9463 de fecha diecisiete de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, cuya vigencia se reconoce; **2)** Los derechos cuya fuente de origen es el convenio colectivo o el laudo arbitral, tienen carácter irrenunciable para el trabajador individual, pero si pueden ser objeto de renuncia, disminución o modificación por acuerdo entre la organización sindical y el empleador; este es el caso de la negociación colectiva *in peius*, la cual solo puede acordarse entre los mismos sujetos colectivos y el mismo ámbito negocial; **3)** Los derechos derivados del contrato individual de trabajo o de la decisión unilateral del empleador, pueden ser objeto de libre disposición por el trabajador individual, quien puede aceptar su disminución e incluso su supresión.

Sétimo.- Solución del caso concreto.

En el caso de autos, resulta relevante determinar si la suscripción del Convenio de Modificación de Acuerdos de fecha veintisiete de junio de dos mil tres, por parte del demandante, transgrede el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, conforme ha concluido el Colegiado Superior.

Al respecto, esta Sala Suprema entiende que dicho acto jurídico no contraviene ni infringe el principio de irrenunciabilidad de derechos del accionante, toda vez, que según lo alegado por las partes el concepto "Tax Equalization", por el cual la empresa empleadora se había comprometido a asumir el pago del impuesto a la renta y las aportaciones al Sistema Privado de Pensiones, no tiene como origen la Constitución, la ley o el convenio colectivo, sino un acuerdo entre las partes que encuentra asidero legal en el artículo 1354° del Código Civil, que permite establecer los términos y condiciones en que estas se obligan, sin infringir norma legal de carácter imperativo. En ese sentido, al no

ANA MARIA MAUPARY SALDIVAR
SECRETARIA
2da. SALA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

8

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 10712-2014
LIMA
Reintegro de remuneraciones
PROCESO ORDINARIO

estar incurso dicho acto jurídico dentro de los casos de prohibición de renuncia de derechos previstos en el sexto considerando de esta ejecutoria, la decisión contenida en el Convenio de Modificación de Acuerdo de fecha veintisiete de junio de dos mil tres, no vulnera el derecho constitucional del actor y es perfectamente válida; motivo por el cual las causales denunciadas devienen en **fundadas**.

Octavo.- Calificación de la causal prevista en el acápite b).

En relación a la interpretación errónea del artículo 6° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la empresa recurrente expresa que la correcta interpretación de la norma citada, consiste en que únicamente se podrá reconocer la naturaleza remunerativa en aquellos supuestos en los que exista una libre disposición absoluta, entendiéndose como la posibilidad de percibir el dinero y no rendir ningún tipo de justificación al empleador; en el presente caso, la parte recurrente se encargaba del pago de la diferencia de los impuestos que se originaron como consecuencia del traslado del país de origen del accionante al Perú, por lo que el actor no pudo disponer libremente de las sumas de dinero destinadas para tal fin. La fundamentación anotada cumple con el requisito de fondo exigido por la norma procesal laboral, por consiguiente, la causal debe declararse **procedente**, correspondiendo emitir pronunciamiento de fondo sobre la misma.

Noveno.- La remuneración.

La remuneración es todo pago en dinero o excepcionalmente en especie, que percibe el trabajador por los servicios efectivamente prestados al empleador o por haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del mismo. El concepto de remuneración comprende no solo la remuneración ordinaria, sino todo otro

ANA MARIA NAUPARI SALDIVAR
SECRETARIA
DE LA SALA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 10712-2014
LIMA

Reintegro de remuneraciones
PROCESO ORDINARIO

pago que se otorgue cualquiera sea su forma o denominación que se le dé, salvo que por norma expresa se le niegue tal calidad.

El artículo 24° de la Constitución Política del Perú, ha consagrado el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por consiguiente, la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, debe ser entendido como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio - derecho a la igualdad y la dignidad. Como consecuencia de este derecho se puede adquirir una pensión en base a los aportes y contribuciones a la seguridad social, servir de cálculo para efecto de beneficios sociales como vacaciones, compensación por tiempo de servicios, indemnización por vacaciones truncas, o en su caso, ser calculable para la indemnización por despido arbitrario y otros beneficios sociales.

En cuanto a los conceptos que conforman la remuneración, el artículo 1° del Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, debidamente ratificado y suscrito por el Perú, ha señalado sobre la remuneración: "(...) comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último", noción que refleja una concepción totalizadora de la remuneración y que se encuentra establecida en la Constitución.

Asimismo, el artículo 8° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, modificado por el artículo 13° de la Ley N° 28051, precisa: "Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el

ANA MARIA NAUPARI SÁLVAR
SECRETARIA
2da. SALA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL TRANSITORIA

10



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 10712-2014
LIMA
Reintegro de remuneraciones
PROCESO ORDINARIO

trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición (...); norma que debe ser concordada con el artículo 9° de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, que señala: "Son remuneración computable la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador, en dinero o en especie como contraprestación de su labor, cualquiera sea la denominación que se les dé, siempre que sean de su libre disposición. Se incluye en este concepto el valor de la alimentación principal cuando es proporcionada en especie por el empleador y se excluyen los conceptos contemplados en los Artículos 19 y 20".

Décimo.- Solución del caso concreto.

En el presente caso, los pagos efectuados por la empresa recurrente, respecto al concepto denominado "Tax Equalization" comprendían el impuesto a la renta y la retención de aportaciones al Sistema Privado de Pensiones, los cuales se aprecian en las planillas y boletas de pago como: "Asumido AFP", "Asumido Impuesto", "Impuesto Asumido por Empresa" y "Aporte AFP Asumido por Empresa"; al igual que los otros ingresos percibidos por el demandante teniendo la calidad de remuneración, por cuanto dicha carga es asumida por el empleador, no obstante, está otorgando de manera indirecta un mayor ingreso remunerativo al trabajador, el mismo que está siendo tomado por el empleador (agente de retención) para la contribución respectiva, por tanto hay una retribución indirecta al demandante por la prestación de sus servicios; criterio que esta Sala Suprema ha asumido en la Casación N° 1075-2008-LIMA de fecha diecinueve de marzo de dos mil nueve; por tal motivo la denuncia prevista en el **acápito b)**, deviene en **infundada**.

Décimo Primero.- Recálculo de la Compensación por Tiempo de Servicios.

Sin embargo, es necesario precisar que el reintegro de la compensación por tiempo de servicios, por el período comprendido del uno de enero de mil

ANA MARÍA NAUPARI SALDIVAR
SECRETARIA
2da. SALA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

11

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 10712-2014

LIMA

Reintegro de remuneraciones
PROCESO ORDINARIO

novecientos noventa y seis a junio de dos mil tres, deberá ser materia de recálculo en la etapa de ejecución de sentencia, en virtud a la decisión arribada en el séptimo considerando de la presente ejecutoria.

Décimo Segundo.- Calificación de la causal señalada en el acápite c).

En cuanto a la denuncia propuesta, la empresa impugnante señala que la correcta interpretación del artículo 57° del Decreto Supremo N° 001-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, consiste en que se podrá compensar sumas de dinero entregadas al demandante al momento de la extinción del vínculo laboral o luego de que ella suceda, sin que se deba presumir que la entrega de una cantidad de dinero implique necesariamente la compra o incentivo para compensar una renuncia. La argumentación expuesta cumple de igual forma con el requisito de fondo exigido por la norma procesal laboral, por lo que debe declararse **procedente**, correspondiendo a continuación su análisis de fondo.

Décimo Tercero.- Interpretación del artículo 57° del Decreto Supremo N° 001-97-TR.

El inciso d) del artículo 16° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, reconoce como una forma de extinción del contrato de trabajo el mutuo disenso, que consiste en la extinción del vínculo laboral por la voluntad de las partes que lo celebraron.

Por lo general, esta clase de acuerdos son a cambio de un beneficio de carácter económico. Al respecto, refiriéndose a los mismos en la legislación argentina, **SCOTTI** nos dice lo siguiente: *"En verdad, estos casos de acuerdos rescisorios "onerosos", por llamarnos de algún modo, tienen que resultar la abrumadora mayoría. Es que si fuera de otra manera no se explicaría la razón de ser de ese convenio tendiente a poner fin a la relación, puesto que si el*

ANA MARIA NAUPARI SALDIVAR
SECRETARIA
SALA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

12

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 10712-2014

LIMA

Reintegro de remuneraciones
PROCESO ORDINARIO

trabajador desea poner fin a la misma le basta con cursar una comunicación de renuncia en la forma autorizada por el artículo 240 de la LCT y nada más (...)"⁴

Respecto a la extinción de la relación laboral motivada por un incentivo económico, el artículo 57° del Decreto Supremo N° 001-97-TR, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27326, establece:

"Si el trabajador al momento que se extingue su vínculo laboral o posteriormente, recibe del empleador a título de gracia, en forma pura, simple e incondicional, alguna cantidad o pensión, éstas se compensarán de aquéllas que la autoridad judicial mande pagar al empleador como consecuencia de la demanda interpuesta por el trabajador. Para que proceda la compensación debe constar expresamente en documento de fecha cierta que la cantidad o pensión otorgada se efectúa conforme con lo establecido en el párrafo precedente, o en las normas correspondientes del Código Civil. 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, esta norma es interpretada en el sentido que ninguna suma de dinero percibida por el trabajador a cambio de la renuncia a su trabajo, podrá ser objeto de compensación de ninguna naturaleza.

Décimo Cuarto.- Solución del caso concreto.

La empresa demandada ha deducido la compensación de ayuda económica por la suma de setecientos setenta y nueve mil novecientos cuarenta y siete con 58/100 nuevos soles (S/. 779,947.58), sosteniendo que otorgó al actor dicho monto a título de gracia y como ayuda económica con ocasión de su cese, conforme se verifica de la liquidación de Ayuda Económica que corre en

⁴SCOTTI, Héctor Jorge: Extinción del Contrato de Trabajo por Mutuo Acuerdo, EN: Revista Derecho Laboral, 2000-1, Extinción del Contrato de Trabajo I, p.51

ANA MARIA NAUPARI SALDIVAR
SECRETARIA
2da. SALA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

13



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 10712-2014
LIMA
Reintegro de remuneraciones
PROCESO ORDINARIO

fojas ochenta y ocho; no obstante, se desprende de lo expresado en la cláusula segunda del Convenio de Modificación de Acuerdos, que este incentivo se inscribe dentro del programa para la formación de empresas que implementa la accionada con el fin de promover la extinción voluntaria de la relación laboral de su personal bajo el supuesto de mutuo disenso, perdiendo de esta forma su carácter de liberalidad, y por lo tanto, de compensable, pues, para que tenga esta característica tiene que ser otorgada de manera pura y simple y sin ningún condicionamiento; conclusión que conlleva a determinar que la suma recibida por el demandante fue como incentivo para renunciar al empleo; razón por la que la causal denunciada deviene en **infundada**.

Décimo Quinto.- Doctrina Jurisprudencial.

La presente ejecutoria constituye interpretación judicial del inciso 2) del artículo 26° de la Constitución Política del Perú, con los efectos que señala el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-83-JUS.

Por las consideraciones expuestas:

FALLO:

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la empresa **Telefónica del Perú S.A.A.**, mediante escrito de fecha veintinueve de mayo de dos mil catorce, que corre en fojas quinientos veintinueve a quinientos cuarenta y nueve; en consecuencia, **CASARON** la **Sentencia de Vista** contenida en la resolución de fecha diez de enero de dos mil catorce, que corre en fojas quinientos cuatro a quinientos once, que **confirmó** la Sentencia apelada; **y actuando en sede de instancia; REVOCARON** la Sentencia de primera instancia de fecha treinta y uno de octubre de dos mil doce, que corre en fojas cuatrocientos cuarenta y siete a cuatrocientos sesenta y dos, que declaró **fundada en parte** la demanda, en el extremo que dispone el reintegro de remuneraciones por el período de enero a junio de dos mil tres, en la suma de

ANA MARIA NAUPARI SALDIVAR
SECRETARIA
2da. SALA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

14



ANEXO N° 05

El contrato de trabajo determinado sobre la base del principio de primacía de la realidad y sus implicancias

Casación N° 476-2005-Lima (El Peruano, 5 de enero de 2007)

Sumilla: “[B]ajo este marco los órganos de instancia teniendo en cuenta que son elementos que configuran el contrato de trabajo: la remuneración, la prestación personal y la subordinación y privilegiando lo ocurrido en el terreno de los hechos, a partir del mérito de la prueba actuada en el proceso que acredita la configuración de tales elementos arriban a la conclusión que entre las partes existió un contrato de trabajo enervando así en forma absoluta la eficacia de los contratos de locación de servicios a los que alude la accionada y que sirvieron para encubrir bajo el ropaje de una relación de naturaleza civil los servicios personales y subordinados que le prestó al demandante bajo una típica relación laboral, por lo que en consecuencia le corresponden los montos que por compensación por tiempo de servicios, gratificaciones e indemnización por despido arbitrario le reconocen los órganos de instancia al amparo del Decreto Supremo N° 001-97-TR (...), Decreto Legislativo N° 713, (...), Ley N° 25139, (...) y el Decreto Supremo N° 003-97-TR”.

CAS. N° 476-2005 LIMA. Lima, veinte de julio del dos mil seis.- **LA SALA TRANSITORIA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. VISTA:** La causa número cuatrocientos setenta y seis - dos mil cinco; en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha; producida la votación con arreglo a Ley, de conformidad con el Dictamen Fiscal, se ha emitido la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto mediante escrito de fojas cuatrocientos ochenta por la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y cinco, su fecha diez de diciembre del dos mil cuatro en cuanto confirma la sentencia apelada de fojas cuatrocientos cuarenta, su fecha veintiséis de julio del dos mil cuatro, que declara fundada en parte la demanda en consecuencia dispone que abone al actor la suma de treinta y dos mil ochocientos noventa y tres nuevos soles con ochenta y cinco céntimos; con lo demás que contiene. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Mediante resolución obrante a fojas treinta y tres del cuadernillo de casación, del veintinueve de setiembre del dos mil cinco, esta Sala ha declarado procedente el recurso por la denuncia de aplicación indebida del artículo veintiséis inciso segundo de la Constitución Política del Estado. **CONSIDERANDO: Primero:** Que, la emplazada señala que si con el demandante pactó libremente un contrato de locación de servicios y sus sucesivas prórrogas según las normas vigentes al tiempo de efectuada la contratación, debió aplicarse al caso, el artículo sesenta y dos de la Constitución Política del Estado que regula la libertad de contratación que habría determinado la plena validez y eficacia del contrato de locación de servicios y sus prórrogas, y con ello la impertinencia del artículo veintiséis, inciso segundo del mismo texto fundamental que señala que en la relación laboral se respetan el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución Política y la Ley. **Segundo:** Que, los principios laborales constitucionales son todas aquellas reglas rectoras que además de informar la elaboración de las normas de carácter laboral, sirven de fuente de

1



inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas, buscando con ello por vía constitucional y legal, la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la relación de trabajo cuyo rasgo más característico es la desigualdad y situación asimétrica entre el empleador y trabajador. **Tercero:** Que, es el artículo veintiséis de la Constitución Política del Estado de mil novecientos noventa y tres, actualmente vigente, el que reconoce una pluralidad de principios de esta naturaleza, entre ellos su inciso segundo, el principio de irrenunciabilidad de derechos que hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador pero circunscrita a la Constitución Política y la Ley, en razón que sus regulaciones son el mínimo indispensable que objetivamente decide aceptar la sociedad en materia de condiciones humanas para que se desarrolle la relación laboral lo que implica que estos derechos se mantienen aún en los casos en que la actitud del trabajador sea contraria a tal reconocimiento. **Cuarto:** Que, en efecto el principio de irrenunciabilidad justamente prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas entendiendo por tal, aquellas que ordenan y disponen sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral, dentro de tal ámbito, el trabajador no puede "despojarse", permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar. Así la irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral. **Quinto:** Que, entonces la aplicación del inciso segundo del artículo veintiséis de la Constitución Política del Estado que consagra el principio de irrenunciabilidad de derechos requiere de la concurrencia de dos presupuestos ineludibles: a) la existencia de una relación de trabajo; y b) la existencia de una norma constitucional o legal que en forma taxativa establezca determinados derechos y beneficios sociales que tengan como fuente dicha relación, pues no cubre a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre. **Sexto:** Que, el principio de primacía de la realidad o de veracidad que se constituye en un elemento implícito en nuestro ordenamiento y concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución Política del Estado de mil novecientos noventa y tres, que ha visto al trabajo como un deber y un derecho base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo veintidós); y además como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo veintitrés) delimita que el Juez en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero, esto es, a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad, pues el Contrato de Trabajo constituye un contrato realidad, esto se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación. **Sétimo:** Que, bajo este marco los órganos de instancia teniendo en cuenta que son elementos que configuran el contrato de trabajo la remuneración, la prestación personal y la subordinación y privilegiando lo ocurrido en el terreno de los hechos, a partir del mérito de la prueba actuada en el proceso que acredita la configuración de tales elementos arriban a la conclusión que entre las partes existió un contrato de trabajo enervando así en forma absoluta la eficacia de los contratos de locación de servicios a los que alude la accionada y que sirvieron para encubrir bajo el ropaje de una relación de

2

naturaleza civil los servicios personales y subordinados que le prestó al demandante bajo una típica relación laboral, por lo que en consecuencia le corresponden los montos que por compensación por tiempo de servicios, gratificaciones e indemnización por despido arbitrario le reconocen los órganos de instancia al amparo del Decreto Supremo número cero cero uno - noventa y siete - TR que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, Decreto Legislativo número setecientos trece que consolida la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, Ley número veinticinco mil ciento treinta y nueve que regula las gratificaciones de los trabajadores del régimen de la actividad privada y el Decreto Supremo número cero cero tres - noventa y siete - TR que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número setecientos veintiocho (artículos treinta y cuatro y treinta y ocho). **Octavo:** Que, así no podría válidamente sostenerse que el artículo veintiseis, inciso segundo de la Constitución Política del Estado resulta impertinente en la dilucidación de la controversia si se ha constatado la existencia de un contrato de trabajo que vinculó a las partes y que los derechos que se han otorgado al trabajador demandante, se encuentran contemplados en la ley, pues si bien el artículo sesenta y dos de la Carta Magna establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo segundo, inciso catorce que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, por consiguiente, y en desmedro de lo que pueda suponer una conclusión apresurada, es necesaria una lectura sistemática de la Constitución Política que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; límites explícitos a la contratación, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de tales derechos. **Noveno:** Que, bajo este contexto si el contrato de locación de servicios suscritos entre las partes se transforma en un mecanismo que distorsiona derechos laborales o no, permite garantizarlos del modo más adecuado, no cabe la menor duda que el objetivo de licitud predicado por la norma fundamental se ve vulnerado, a lo que se suma el hecho de facilitar que derechos que se consideran constitucionalmente irrenunciables, puedan verse vaciados de contenido. **RESOLUCIÓN:** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto mediante escrito de fojas cuatrocientos ochenta por la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal - COFOPRI, en consecuencia **NO CASARON** la sentencia vista de fojas cuatrocientos sesenta y cinco, su fecha diez de diciembre del dos mil cuatro; **CONDENARON** a la recurrente a la multa de dos unidades de referencia procesal; en los seguidos por don Edwin Flores Zornilla sobre Indemnización por Despido Arbitrario; y estando a que la presente resolución sienta precedente de

3



observancia obligatoria en el modo y forma previsto en la ley: ORDENARON la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; y los devolvieron.- SS. VILLA STEIN, VILLACORTA RAMIREZ, ACEVEDO MENA, ESTRELLA CAMA, ROJAS MARAVI C-55687



ANEXO N° 06



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

INFORME TÉCNICO N° 007 -2018-SERVIR/GPGSC

De : CYNTHIA SÚ LAY
Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil

Asunto : Vacaciones al personal contratado del régimen del Decreto Legislativo N° 276

Referencia : Oficio N° 25-SITRAIESE-2017

Fecha : Lima, 13 ENE. 2018

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, el Sindicato de Trabajadores Administrativos de Instituciones Educativa del Sector Educación Jurisdicción de la UGEL 02 consulta a SERVIR sobre diversos aspectos en materia de vacaciones al personal contratado del régimen del Decreto Legislativo N° 276.

II. Análisis

Competencia de SERVIR

- 2.1 Las competencias de SERVIR para emitir opiniones en materia del Servicio Civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo e ingreso al Servicio Civil, entre otras, emita de manera progresiva.
- 2.2 Siendo SERVIR un órgano rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado, no puede entenderse que como parte de sus competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales por cada Entidad.
- 2.3 En ese sentido, debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; por lo tanto, las conclusiones del presente informe no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

De la regulación del derecho al descanso vacacional en el régimen del Decreto Legislativo N° 276



- El artículo 25° de la Constitución Política del Perú establece que todo servidor tiene derecho al "(...) descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio", entendiéndose que el descanso vacacional anual constituye un derecho inherente a una relación subordinada.
- 2.5 El literal d) del artículo 24° del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, señala que el servidor público de carrera tiene derecho a gozar anualmente de treinta (30) días de vacaciones remuneradas, salvo acumulación convencional hasta de dos (2) periodos.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Ministerio de
Transporte y
Comercio Exterior

Gerencia de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

- 2.6 Conforme al artículo 2° del citado cuerpo legal, los servidores públicos contratados y los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza no están comprendidos en la carrera administrativa, salvo en aquellos aspectos compatibles con la naturaleza de las actividades que ofrecen¹.
- 2.7 No obstante, el Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM, obvió dicha diferencia e incorporó indistintamente a los servidores en general (servidores de carrera y servidores contratados), estableciendo solo determinados supuestos que se aplicarían exclusivamente al servidor de carrera, cuando así lo señale expresamente; en consecuencia, determinar el derecho que le concierne al funcionario y servidor público dependerá del caso concreto y de acuerdo a lo establecido en la disposición legal específica².
- 2.8 El derecho de los servidores públicos a gozar vacaciones se encuentra regulado en el Reglamento de la Carrera Administrativa:

"Artículo 102°.- Las vacaciones anuales y remuneradas establecidas en la Ley, son obligatorias e irrenunciables, se alcanzan después de cumplir el ciclo laboral y pueden acumularse hasta dos períodos de común acuerdo con la entidad, preferentemente por razones del servicio. El ciclo laboral se obtiene al acumular doce (12) meses de trabajo efectivo, computándose para este efecto las licencias remuneradas y el mes de vacaciones cuando corresponda".

"Artículo 104°.- El servidor que cesa en el servicio antes de hacer uso de sus vacaciones tiene derecho a percibir una remuneración mensual total por ciclo laboral acumulado, como compensación vacacional; en caso contrario dicha compensación se hará proporcionalmente al tiempo trabajado por docenas partes. [...]".

- 2.9 En este sentido, nos remitimos a lo expresado en los Informes Legales N° 125-2010-SERVIR/GG-OAJ y N° 102-2012-SERVIR/GPGRH³, respecto a que en materia de derecho a las vacaciones no cabe distinción entre los servidores públicos de carrera, los servidores públicos contratados y los funcionarios públicos.
- 2.10 En esta línea, tanto los funcionarios públicos, los servidores de carrera y los servidores contratados tienen derecho al goce del descanso vacacional, así como al pago de vacaciones no gozadas y vacaciones trunco en caso el vínculo laboral culmine.
- 2.11 Existen dos (2) formas alternativas de hacer efectivo el derecho de vacaciones:

- a) Goce Físico: es el descanso físico remunerado, cuya oportunidad se programa en el mes de noviembre de cada año⁴.



¹ Decreto Legislativo N° 275, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.

² "Artículo 2°.- No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados, los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la presente ley en lo que les sea aplicable. No están comprendidos en sereno alguna de la presente Ley los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica".

³ Numeral 2.5 del Informe N° 102-2012-SERVIR/GPGRH, disponible en www.servir.gob.pe.

⁴ Disponible en www.servir.gob.pe.

⁵ Artículo 103 del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Ministerio
de Justicia

Gerencia de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

- b) Pago de una remuneración: cuando el trabajador no hiciera uso del goce físico y el vínculo termina, tiene derecho al pago respectivo equivalente a una remuneración mensual por cada treinta (30) días de vacaciones.
- 2.12 De acuerdo a lo previsto en el Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento, es posible extraer algunas consideraciones sobre el descanso vacacional en el régimen laboral público:
- i) El derecho se alcanza después de cumplir el ciclo laboral, que se obtiene al acumular doce (12) meses de trabajo efectivo.
 - ii) Alcanzado el derecho, el servidor debe gozar del descanso pero puede, de común acuerdo con la entidad, acumular hasta dos (2) periodos vacacionales, preferentemente por razones de servicio; no obstante, no está permitida la acumulación de un periodo adicional y, en caso de ocurrir, el periodo excedente carece de efecto.
 - iii) Cuando el servidor cesa antes de hacer uso de las vacaciones ganadas (vacaciones no gozadas), tiene derecho a percibir como compensación vacacional, una remuneración mensual total por ciclo laboral acumulado.
 - iv) Corresponde el pago de vacaciones no gozadas siempre y cuando el servidor haya cesado en el servicio antes de hacer uso de su descanso vacacional, y por no más de dos (2) periodos vacacionales acumulados; en consecuencia, dicho derecho no procede ante la renovación o ampliación de la contratación de un servidor, debido a la continuidad de los servicios y mientras se encuentre en ejercicio de sus funciones.
 - v) Cuando el servidor cesa antes de acumular un ciclo laboral completo (vacaciones truncas), la compensación vacacional se hace proporcionalmente al tiempo trabajado por dozasavos partes.
- 2.13 Por lo tanto, la "remuneración vacacional" constituye el pago que se hace al servidor con ocasión del goce efectivo de su derecho a vacaciones; mientras que la "compensación vacacional" es el pago que se hace al servidor que cesa antes de hacer uso de sus vacaciones, esto es, luego de haber alcanzado el derecho a ellas (en cuyo caso equivale a una remuneración mensual por el ciclo laboral acumulado), o el que corresponde al servidor que cesa antes de haber alcanzado dicho derecho (situación en la que corresponde un pago proporcional al tiempo trabajado).
- 2.14 Finalmente, es importante preclarificar que el pago de la compensación vacacional se realiza por cada vínculo laboral (culminado), dado que no es posible la acumulación de distintos vínculos a efectos de alcanzar el derecho al descanso físico.



De la programación de vacaciones en el régimen del Decreto Legislativo N° 276

- 2.15 Conforme al artículo 103° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM referente a la programación de vacaciones, ha establecido que: "Las entidades públicas aprobarán en el mes de Noviembre de cada año el rol de vacaciones para el año siguiente, en función del ciclo laboral completo, para lo cual se tendrá en cuenta las necesidades del servicio y el interés del servidor. Cualquiera variación posterior de las vacaciones deberá efectuarse en forma regular y con la debida fundamentación".
- 2.16 En ese sentido, los servidores sujetos al régimen del Decreto Legislativo N° 276 que hayan cumplido el ciclo laboral de doce (12) meses de trabajo efectivo, tienen derecho de hacer uso de



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Ministerio Nacional
de la Función Pública

Gerencia de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

su descanso vacacional, previa programación del mismo con la respectiva entidad pública, atendiendo a las necesidades del servicio.

Asimismo, también se ha regulado la posibilidad de realizar la variación de la programación de las vacaciones, la cual puede obedecer a las necesidades del servicio o a motivos particulares del servidor, ambos debidamente fundamentados.

III. Conclusiones

- 3.1 En el marco del régimen del Decreto Legislativo N° 276, los funcionarios públicos, los servidores públicos de carrera (nombrados) y los servidores públicos contratados tienen derecho a gozar del descanso vacacional, así como al pago de vacaciones no gozadas y vacaciones trunca.
- 3.2 Las vacaciones anuales y remuneradas establecidas en la Ley son obligatorias e irrenunciables. Una vez cumplido el ciclo laboral, el servidor o funcionario público debe gozar del descanso vacacional; sin embargo puede, de común acuerdo con la entidad, acumular hasta dos (2) periodos vacacionales.
- 3.3 No se encuentra permitida la acumulación de más de dos (2) periodos vacacionales. Esta prohibición significa que de producirse una acumulación mayor, los periodos excedentes pierden sus efectos; es decir, si el servidor o funcionario no gozara de sus vacaciones por más de dos (2) periodos anuales consecutivos, perdería el derecho tanto al goce físico como al pago de la remuneración respectiva.
- 3.4 Corresponde el pago de vacaciones no gozadas siempre y cuando el servidor o funcionario haya cesado en el servicio antes de hacer uso de su descanso vacacional. Esta compensación vacacional es equivalente a una remuneración mensual total por ciclo laboral acumulado sólo hasta dos (2) periodos vacacionales.
- 3.5 Corresponde el pago de vacaciones trunca siempre y cuando el servidor o funcionario haya cesado antes de acumular un ciclo laboral completo por cada vínculo, dado que no es posible la acumulación de distintos vínculos laborales a efectos de alcanzar el derecho al descanso físico. Esta compensación vacacional es proporcional al tiempo trabajado por dozas partes.
- 3.6 Los servidores sujetos al régimen del Decreto Legislativo N° 276 que hayan cumplido el ciclo laboral de doce (12) meses de trabajo efectivo, tienen derecho de hacer uso de su descanso vacacional, previa programación del mismo con la respectiva entidad pública, atendiendo a las necesidades del servicio.

Atentamente,

CYNTHIA SUÁREZ
Gerente de Políticas de Gestión del Servicio Civil
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVIDOR PÚBLICO

CSL/ab/cag
K-59. Consultoría Opinión Técnica (02 Informes Técnicos) 2018

ANEXO N° 07



Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la Universalización de la Salud"

Fecha : **INFORME TÉCNICO N° -2020-SERVIR-GPGSC**

De : **CYNTHIA CHEENYI SÚ LAY**
Gerente de Políticas de Gestión del Servicio Civil

Asunto : **Pago de la compensación vacacional por descanso físico no gozado en el régimen del Decreto Legislativo N° 276**

Referencia : **Oficio N° 000334-2020-GR.LAMB/GR [3577964 - 0]**

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia el Gobernador Regional de Lambayeque nos consulta si corresponde que se le abone la compensación vacacional ante su decisión de no hacer uso efectivo del descanso físico correspondiente al periodo 2019.

II. Análisis

Competencias de SERVIR

- 2.1 La Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR es un organismo rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado. No puede entenderse que como parte de sus competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales que adopte cada entidad.
- 2.2 Debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa aplicable al Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos. Por lo tanto, las conclusiones del presente informe no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

Sobre el descanso vacacional en el régimen del Decreto Legislativo N° 276

- 2.1 A través del Decreto Legislativo N° 276 se estableció el marco legal general que sería de aplicación a los servidores de la administración pública así como a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza¹.
- 2.2 El artículo 24 del Decreto Legislativo N° 276² establece –entre otros– el derecho a gozar de treinta (30) días de vacaciones. No obstante, también señala que los servidores (el uso de

¹ Decreto Legislativo N° 276 – Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público
«Artículo 2.- No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable».

² Decreto Legislativo N° 276 – Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público
«Artículo 24.- Son derechos de los servidores públicos de carrera:

[-] d) Gozar anualmente de treinta días de vacaciones remuneradas salvo acumulación convencional hasta de 02 períodos; [-]-».

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2018-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 020-2018-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://ajp.aenfo.gob.pe/verificarautenticidadSERVIR> e ingresando la siguiente clave: SERVIR02

EL PERÚ PRIMERO





Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la Universalización de la Salud"

este término comprende también a los funcionarios) únicamente pueden acumular hasta dos (2) periodos vacaciones.

- 2.3 De este límite que la norma establece se desprende que cualquier exceso de dos (2) periodos vacacionales acumulados se pierde de forma definitiva. Siendo imposible que la entidad reconozca el goce efectivo o el abono de la compensación vacacional respectiva.

Así, por ejemplo, un servidor cuyo vínculo se extendió por cuatro (4) años, y que nunca hizo efectivo el descanso físico, al término de la relación laboral solo será acreedor a la compensación vacacional por los dos (2) últimos periodos vacacionales no gozados; ello al haber perdido definitivamente los dos primeros periodos por exceder el límite establecido en el artículo 24 del Decreto Legislativo N° 276.

Sobre la compensación vacacional en el régimen del Decreto Legislativo N° 276

- 2.4 A diferencia de lo que ocurre en el régimen laboral de la actividad privada (regulado por el Decreto Legislativo N° 728), en los regímenes laborales de la administración pública el abono de la compensación vacacional por el no goce del periodo vacacional se reconoce solo al término del vínculo laboral.

- 2.5 En el régimen del Decreto Legislativo N° 276, esta condición es recogida en las siguientes normas:

Decreto Supremo N° 005-90-PCM – Reglamento de la Carrera Administrativa:

«Artículo 104.- El servidor que cesa en el servicio antes de hacer uso de sus vacaciones tiene derecho a percibir una remuneración mensual total por ciclo laboral acumulado, como compensación vacacional; en caso contrario dicha compensación se hará proporcionalmente al tiempo trabajado por docenas partes. [...]» (Subrayado agregado)

Decreto Supremo N° 420-2019-EF – Dictan disposiciones reglamentarias y complementarias para la aplicación del Decreto de Urgencia N° 038-2019

«Artículo 4. Ingresos por condiciones especiales

[...] 4.1 Compensación vacacional: Es la compensación económica que se otorga a la servidora pública o servidor público nombrado, o contratado, cuando cesa en el servicio o culmina su contratación, según sea el caso, sin hacer uso del goce físico de sus vacaciones. La compensación económica equivale al monto del MUC y el BET que percibe mensualmente la servidora pública o el servidor público, por cada treinta (30) días de vacaciones no gozadas, hasta un máximo de (2) dos periodos acumulados. Dicha compensación económica se encuentra afectada a carga social [...].» (Subrayado agregado)

- 2.6 En tal sentido, de las disposiciones normativas citadas, resulta evidente que aquél servidor o funcionario que no haga uso efectivo de su descanso vacacional en el año que corresponde, únicamente podrá acumularlo con otro periodo vacacional adicional para su goce posterior. De superar los dos periodos vacacionales no gozados, perderá definitivamente el exceso.

- 2.7 La normativa vigente aplicable al régimen del Decreto Legislativo N° 276 es bastante clara al establecer que la compensación vacacional (por descanso físico no gozado) únicamente puede ser abonada al término de la relación laboral, y la entidad solo podrá reconocer como

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVICIO, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2019-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2018-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://ajp.lanefi.gob.pe/ver/fichas/documentalSERVICIO> e ingresando la siguiente clave: 5055100

2

EL PERÚ PRIMERO



máximo dos (2) periodos vacacionales no gozados; indistintamente del motivo que haya originado el no goce oportuno.

- 2.8 Siendo así, las entidades de la administración pública carecen de habilitación legal que les permita abonar a los servidores o funcionarios el concepto de compensación vacacional (por descanso físico no gozado) mientras el vínculo laboral permanezca vigente. Realizar dicho abono no solo constituiría un pago indebido sino que también acarreará responsabilidad administrativa, civil y penal a todos los involucrados que permitieron dicha entrega económica.

III. Conclusiones

- 3.1 Aquél servidor o funcionario que no haga uso efectivo de su descanso vacacional en el año que corresponde, solo podrá acumularlo con otro periodo vacacional adicional para su goce posterior, perdiendo definitivamente el exceso
- 3.2 La compensación vacacional (por descanso físico no gozado) solo puede ser abonada al término de la relación laboral y hasta por un máximo de dos (2) periodos vacacionales no gozados.
- 3.3 Reconocer el pago de compensación vacacional a favor de un servidor o funcionario cuyo vínculo se encuentre activo, constituye un pago indebido y acarreará responsabilidad administrativa, civil y penal a todos los involucrados que permitieron dicha entrega económica.

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

CYNTHIA CHEENI SÚ LAY
Gerente de Políticas de Gestión del Servicio Civil
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

CSL/abz/labe
K3/B. Consultas y Opinión Técnica/02 Informes técnicos/2020

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVICIO, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2019-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 005-2018-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://app.eand.gob.pe/VerificarDocumentoSERVICIO> e ingresando la siguiente clave: 32758202

3