



EXP. N° 12390-2020-0-1801-JR-LA-16 (Expediente Electrónico)

SS:

**YANGALI IPARRAGUIRRE**

VASCONES RUIZ

GONZALEZ SALCEDO

**Juzgado de Origen: 16° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente**

**Vista de la Causa: 30/03/2022**

***Sumilla:** No resulta exigible a los demandantes que pretendan vía proceso judicial el reconocimiento de su vínculo laboral y como consecuencia de ello la percepción de beneficios económicos plasmados en convención colectiva, la acreditación de la representatividad del Sindicato que ha sido parte de la negociación colectiva, cuando no era posible su afiliación por la modalidad de contratación a la que se encontraban sujetos.*

## **SENTENCIA DE VISTA**

Lima, treinta de marzo de dos mil veintidós.-

**VISTOS:** Observando las formalidades previstas por el artículo 131° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, interviene como ponente el señor **Juez Superior Yangali Iparraguirre**; por lo que, esta Octava Sala Laboral emite resolución con base en lo siguiente:

### **I. PARTE EXPOSITIVA:**

#### **I.1. Objeto de la revisión**

Viene en revisión a esta instancia el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia N° 326-2021-16° JETL, contenida mediante Resolución N° 04 de fecha 30 de diciembre del 2021, en el cual se declara Fundada en parte la Demanda, ordenando lo siguiente:

- a) **SE DECLARA LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO** bajo el régimen de la actividad privada (Decreto Legislativo 728), por el periodo que se extiende desde el **19 de enero del 2012 hasta el 05 de febrero del 2017**, debiendo la emplazada reconocer el tiempo de servicios de la demandante durante dicho periodo como relación laboral;



- b) Asimismo, se ordena a la emplazada, **cumpla con efectuar la inscripción de la actora en sus libros de planillas, como trabajadora bajo el régimen de la actividad privada (D. L. 728)**, en los periodos que corresponden del **19 de enero del 2012 hasta el 05 de febrero del 2017.**
- c) **Infundados** los extremos: **Reintegro de Remuneración Básica (De que se mantenga la remuneración básica de S/. 4,000.00 soles), Nivelación de la Remuneración Básica por incremento remunerativo por laudo arbitral 2016, Reintegro en la CTS, en las Gratificaciones, bonificación 9%, por el periodo comprendido desde el 06 de febrero del 2017 al 31 de octubre del 2020 (por haberse cancelado en forma diminuta, al reducirse en forma unilateral la remuneración básica percibida), Otorgamiento de Movilidad y refrigerio otorgados por convenios colectivos, Bono Extraordinario por Desempeño Grupal**, por los fundamentos esbozados en la presente resolución.
- d) Cumpla la emplazada con pagar a la accionante la suma de **CIENTO CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO CON 29/100 SOLES (S/. 104,535.29)** por los conceptos de gratificaciones legales, bonificación extraordinaria 9%, remuneraciones e indemnizaciones vacacionales **por los periodos reconocidos**, conforme se ha especificado para cada uno de los beneficios amparado en los considerandos pertinentes y pago de utilidades de los años 2012 a 2017; más intereses legales a liquidarse en ejecución de sentencia.
- e) Asimismo, la demandada deberá **constituirse como depositaria de la Compensación por Tiempo de Servicios del demandante por el periodo 19 de enero de 2012 al 31 de octubre de 2015** ascendente a la suma de **TRECE MIL NOVECIENTOS VEINTITRES CON 84/100 NUEVOS SOLES (S/. 13.923.84)**, la misma que deberá ser otorgada a la demandante al momento del cese de la relación laboral y el respectivo pago por concepto de intereses financieros.
- f) Finalmente, la emplazada deberá **DEPOSITAR** la suma de **CINCO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES CON 52/100 NUEVOS SOLES (S/. 5,833.52)**, correspondiente al periodo **01 de noviembre de 2015 al 05 de febrero del 2017** en la cuenta de Compensación por Tiempo de Servicios elegida por el demandante, más los intereses financieros a liquidarse en ejecución de sentencia.
- g) **FACULTAR** a la demandada a realizar las deducciones pertinentes que estén establecidas expresamente en la ley y siempre que sean compatibles con los ingresos mensuales percibidos por la actora.
- h) Se condena a la emplazada al pago costos del proceso, los cuales serán liquidados al momento de la ejecución de sentencia. sin costas.

## I.2. Del recurso de apelación (expresión de los agravios)



La parte demandante, **IORELLA EMMA GALVÁN SOTO**, en su apelación alega que la sentencia apelada incurrió en error, al sostener los siguientes agravios:

- i) Respecto a la desestimación de la nivelación de remuneración y reintegros de remuneración solicitados por la reducción de remuneración e incremento otorgado por Laudo Arbitral 2016, por cuanto no existe documento alguno por el cual se demuestre la existencia de algún concurso externo para el ingreso de la actora a las planillas de la demandada en el 2017, por ende no se advierte la participación de la demandante en el mismo y las condiciones remunerativas fijadas en las bases del concurso. Tampoco se ha tenido en cuenta que la pretensión de nivelación de remuneración y consecuente reintegro de remuneraciones, obedece a que ese fue el importe de la remuneración que venía percibiendo la demandante y que fuese reducido unilateral y arbitrariamente. Asimismo, la reducción de la remuneración sólo pudo darse por acuerdo expreso de las partes, así como la causa o el motivo que justifique la reducción, conforme a la Ley N° 9463 y la Casación N° 2224-2005 LIMA, lo que no ha sucedido en el caso de autos. En consecuencia, también corresponde el reintegro por concepto de CTS y gratificaciones legales como incidencia de la nivelación de la remuneración. **(Agravio N° 01)**
- ii) Sobre el pago de los conceptos convencionales de movilidad y refrigerio, el juez ha cometido un error al rechazarlos, en tanto que la actora estuvo impedida de ejercer su derecho afiliación al Sindicato por el período en el que se encontraba como locadora de servicios, por lo que recién se afilió cuando fue incorporada en planillas se reconoció su vínculo laboral y no de forma retroactiva. Asimismo, se debe tomar en cuenta que la actora ha acreditado la base normativa, así como las planillas electrónicas donde se registran las remuneraciones de tres trabajadores que sin estar afiliadas al Sindicato, si les otorgaban los beneficios sindicales reclamados. La demandada no ha acreditado si la organización sindical es mayoritaria o no, si los incrementos y beneficios otorgados por Convenio Colectivo y/o Laudo Arbitral sólo fueron extensivos a los trabajadores afiliados. **(Agravio N° 02)**
- iii) Respecto al bono extraordinario por desempeño grupal, el A-quo yerra al no otorgarlo, por cuanto en materia laboral, se debe tener en cuenta la situación peculiar que ostentan las partes en el marco de un contrato de trabajo, más aún cuando el trabajador se encuentra subordinado a su empleador, lo cual produce el quebrantamiento de la igualdad paritaria. Es así que, acreditado la condición de trabajador sujeto a un contrato de trabajo a plazo indeterminado y que dicha condición era ostentada por el demandante en la oportunidad que correspondía otorgar el bono por desempeño grupal solicitado, es a la demandada a quién corresponde acreditar que los trabajadores del área en la desempeña servicios el actor fueron evaluados y cuál fue el criterio de evaluación aplicado para otorgar el bono reclamado. La demandada, sin embargo se ha limitado a la no evaluación del demandante. **(Agravio N° 03)**



Asimismo, la parte demandada, **BANCO DE LA NACIÓN**, en su recurso de apelación refiere que la resolución impugnada a incurrió en diversos errores, señalado los siguientes agravios:

- i) Respecto al extremo de la sentencia que ampara la pretensión de desnaturalización de los contratos de locación de servicios y reconociendo una relación laboral a plazo indeterminado por el periodo desde 19 de enero de 2012 hasta 05 de febrero de 2017 e inscripción en el libro de planillas, el A-quo yerra por cuanto de los medios probatorios presentados en autos no se ha podido acreditar los elementos configurativos de un contrato de Trabajo. Pues la prestación y contraprestación sí se advierten en un contrato civil, y respecto a la subordinación no se ha podido acreditar en el presente caso. **(Agravio N° 01)**
- ii) En consecuencia, respecto al pago de vacaciones no gozadas, indemnización vacacional, CTS, gratificaciones legales, bonificación extraordinaria de la ley n° 29351 y utilidades, no debieron ser otorgadas, en tanto el actor sostuvo una relación civil y no laboral, además el demandante no acredita haber cumplido con una jornada máxima de trabajo y tampoco, los días efectivamente laborados. **(Agravio N° 02)**
- iii) Respecto al extremo de la sentencia, que ordena el pago de intereses legales y financieros y costos del proceso, atendiendo a que dichas pretensiones son accesorias, solicitamos que este extremo de la sentencia sea revocado (conforme a la pretensión principal) y se declare Improcedente, por cuanto el Banco de la Nación se encuentra exonerado del pago de costos del proceso, por ser un Organismo Público Descentralizado del Sector Economía y Finanzas, conforme con el Decreto Legislativo N° 183, Ley 27231 que modificó el literal g) del artículo 24° de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 413° del Código Procesal Civil deviniendo en consecuencia en improcedente este extremo de la demanda. Dentro de estas circunstancias se debe valorar la conducta o mala fe procesal que haya demostrado el Banco de la Nación en la presente acción incoada por el actor, supuestos que no se han configurado en el presente caso, puesto que de los hechos se advierte que nuestra institución no ha entorpecido o actuado con mala fe en el presente proceso, siendo que por el contrario mi representada ha dado cabal cumplimiento a los requerimientos ordenados por su Despacho. **(Agravio N° 03)**

## II. PARTE CONSIDERATIVA:

**PRIMERO:** En lo que respecta a los límites de las facultades de este colegiado al resolver el recurso de apelación.- De conformidad con el artículo 364° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente proceso laboral, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine los fundamentos vertidos por el órgano jurisdiccional de primera instancia, a solicitud de parte o tercero legitimado, la



resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

Así, conforme a la aplicación del principio contenido en el aforismo latino *tantum devolutum quantum appellatum*, la competencia del Superior sólo alcanzará a ésta y a su tramitación; por lo que, corresponderá a este órgano jurisdiccional circunscribirse únicamente al análisis de la resolución impugnada, pronunciándose respecto a los agravios contenidos en el escrito.

.....

## CONSIDERACIONES PREVIAS: GARANTIAS CONSTITUCIONALES

**SEGUNDO: Sobre la Motivación de las Resoluciones Judiciales.**-El inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú prescribe que toda resolución emitida por cualquier instancia judicial, incluido el Tribunal Constitucional, se deberá encontrar debidamente motivada, en donde manifestará en los considerandos la ratio decidendi que fundamenta la decisión, la cual deberá contar –por ende- con los fundamentos de hecho y de derecho que expliquen por qué se ha resuelto de tal o cual manera<sup>1</sup>.

Con ello, la exigencia de que las resoluciones judiciales se encuentren motivadas o fundamentadas, por un lado, informa sobre la manera en que se está llevando a cabo la actividad jurisdiccional, y –por otro lado- constituye un derecho fundamental para que los justiciables ejerzan de manera efectiva su defensa<sup>2</sup>; pero, también se deberá analizar con criterio de conciencia que el mismo no garantizará una determinada extensión de la motivación, pues solamente deberá existir un suficiente sustento fáctico, jurídico y probatorio en la decisión a asumir, es decir, una relación entre lo pedido y lo resuelto.

Con tal finalidad, mediante los Expedientes N° 4215 -2010-PA/TC, N° 01230-2002-HC/TC y N° 08125-2005-HC/TC, el citado colegio de constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia:

*“(...) La jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante al establecer que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas “garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...) De este modo, la motivación de las resoluciones judiciales se revela tanto como un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, así como un derecho constitucional que asiste a todos los justiciables (...) El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: a)*

<sup>1</sup>LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N°532.

<sup>2</sup> Ibidem, pág. 532



*fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (...)*”.

**TERCERO:** Asimismo, en lo que respecta al contenido esencialmente protegido del Derecho Constitucional a la Motivación de las Resoluciones Judiciales, tal colegiado sostiene:

*“(…) El Tribunal Constitucional ha formulado una tipología de supuestos en los cuales dicho contenido resulta vulnerado, como es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N° 03943-2006-PA/TC, en la que el Tribunal reconoció las siguientes hipótesis de vulneración:*

- a) Inexistencia de motivación o motivación aparente*
- b) Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.*
- c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas [normativa y fáctica] de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [según corresponda].*
- d) La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.*
- e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control*



*mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).*

*De manera que, si bien no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, cierto es también que el deber de motivar constituye una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso (...)*”.

**CUARTO:** Así pues, la Casación Laboral N° 12629-2014 TACNA de fecha 12 de enero de 2016, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en su noveno considerando, ha establecido que: *“La congruencia se establece entre la resolución o sentencia en las acciones que ejercen las partes que intervienen y el objeto del petitorio de tal manera que el pronunciamiento jurisdiccional tiene que referirse a estos elementos y no a otros. **Esto significa que los fundamentos de hecho deben ser respetados, en el sentido que además de servir de base a la pretensión, la limitan y que en este aspecto el proceso se rige por el principio dispositivo; en cambio, en lo que se refiere a los fundamentos de derecho, el juez está ampliamente facultado para sustituirlos, en aplicación del principio de “iura novit curia”.**”*

**QUINTO:** Tal como prevé el inciso 4) del artículo 122° del Código Procesal Civil<sup>3</sup>, la sentencia debe contener la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena respecto de todos los puntos controvertidos, sancionando con nulidad si así no fuera<sup>4</sup>.

Por otro lado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 171° del mismo cuerpo adjetivo, la nulidad se sanciona por causa establecida en la ley, pudiendo declararse también cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.

Finalmente, *“los Jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda”*, de conformidad con lo señalado en el artículo 176° del Código Procesal Civil.

<sup>3</sup> “4. La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. Si el Juez denegase una petición por falta de algún requisito o por una cita errónea de la norma aplicable a su criterio, deberá en forma expresa indicar el requisito faltante y la norma correspondiente;”

<sup>4</sup>La resolución que no cumpliera con los requisitos antes señalados será nula, salvo los decretos que no requerirán de los signados en los incisos 3., 5. y 6., y los autos del expresado en el inciso 6.



En base a los fundamentos expuestos, con relación a los derechos fundamentales descritos, se procederá al desarrollo jurídico de cada agravio formulado.

.....

## CONSIDERACIONES SOBRE EL CONFLICTO JURIDICO ESPECÍFICO

**SEXTO:** Respecto a la constitución de una relación laboral frente al contrato de locación de servicios.- El contrato de locación de servicios es una forma de vinculación contractual, regulado por el Código Civil de 1984, mediante el cual el locador de servicios, sin encontrarse subordinado, se obliga al comitente a prestar servicios mediante un plazo determinado, a cambio de una merced conductiva; así, existe un consenso en la doctrina por el cual el contrato de locación de servicios es una herramienta jurídica que permite la contratación de servicios personales en un régimen de autonomía y no de subordinación, lo que implicará que el locador principalmente no se encontrará obligado a concurrir al local del comitente, no estará obligado a observar una jornada así como un horario para la prestación de servicios, etc.<sup>5</sup>.

Asimismo, en la configuración legal del contrato de locación de servicios, la propia doctrina refiere que tal contrato podrá encuadrarse en cualquier prestación de servicios de carácter autónomo, en cuanto la misma conllevará a la evasión (como consecuencia) de la legislación laboral en cada caso en concreto<sup>6</sup>. Por ello, el artículo 1764° del Código Civil pres cribe que:

*"El locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución".*

**SEPTIMO:** Sin embargo, en lo que respecta al contrato de trabajo regulado en el Texto Único Ordinario del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral previsto en el Decreto Legislativo N° 003-97-TR<sup>7</sup>, la doctrina laboralista ha definido que la misma es un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes (esto es, el trabajador) se compromete a prestar personalmente sus servicios en relación de subordinación a favor de la otra

<sup>5</sup> CORNEJO VARGAS CARLOS, "Algunas consideraciones sobre la contratación laboral", Revista Derecho y Sociedad - Asociación Civil, N° 37, Pág. N° 138 - 150.

<sup>6</sup> SANGUINETI RAYMOND WILFREDO, "Locación de Servicios y Contrato de Trabajo: Balance y perspectivas de reforma tras quince años de vigencia del Código Civil", publicado como estudio introductorio a la segunda edición del libro "El contrato de locación de servicios", Lima, Gaceta Jurídica, 2000, Pág. N° 13-31.

<sup>7</sup> El artículo 4° del Texto Único Ordinario del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral previsto en el Decreto Legislativo N° 003-97-TR prevé en forma expresa que "En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna".





llamada empleador, quien a su vez está obligado a pagar a favor de aquél una remuneración por los servicios prestados; en tal sentido, resultará claro colegir que el contrato de trabajo es una relación jurídica específica por el cual una persona se obliga a trabajar por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra o a estar simplemente a sus órdenes, recibiendo como compensación una retribución en dinero<sup>8</sup>, o, en otras palabras, un convenio elevado a protección fundamental, según el cual, un trabajador bajo dependencia se coloca a disposición de uno o más empleadores a cambio de una retribución, elevada, también, a idéntica protección fundamental<sup>9</sup>.

Por ello, ya es de pleno conocimiento que los elementos constitutivos de esta clase de contrato serán: a) la prestación personal de servicios, b) la remuneración, y, c) la subordinación; los cuales serán constitutivos y necesarios, por cuanto la falta de uno de ellos daría lugar a una relación jurídica diferente a la que es materia de protección de la presente disciplina jurídica; con tal fin, en reiterada jurisprudencia, tales como en las sentencias recaídas en los Exp. N° 01846- 2005-PA/TC, N° 3012- 2004-AA/TC, N° 833-2004-AA/TC, N° 1944-2002-AA/TC y N° 0833-2004-AA/TC , el Tribunal Constitucional ha precisado:

*"Con relación al contrato de trabajo, este Tribunal considera necesario precisar que se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración). Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual éste se obliga a prestar servicios en beneficio de aquél de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo. Por su parte el contrato de locación de servicios ha sido definido en el artículo 1764° del Código Civil como aquél acuerdo de voluntades por el cual el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución. Es evidente que de la definición dada por el Código Civil el elemento esencial de este contrato es la independencia del locador frente al comitente en la prestación de sus servicios (...) De lo expuesto se aprecia que el elemento determinante, característico y diferenciador del contrato de trabajo en relación con el contrato de locación de servicios es el de la subordinación del trabajador con respecto al empleador, lo cual le otorga a este último la facultad de dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores con relación al trabajo por el que se les contrató (poder de dirección), así como la de imponerle sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (poder sancionador o disciplinario) (...) Si en la relación civil se encuentran los tres elementos citados, estaríamos indefectiblemente en presencia de una relación laboral; más aún, si se aprecia que el comitente ha ejercido los poderes que le son inherentes al*

<sup>8</sup> DE FERRARI FRANCISCO, "Derecho del Trabajo", Segunda Edición, Volumen II, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1969, Pág. 73.

<sup>9</sup> GOMES VALDEZ FRANCISCO, "El Contrato de Trabajo", Parte General, Tomo I, Edit. San Marcos, Pág. N° 109.



*empleador, como son el poder de dirección y el poder sancionador, se estará te una relación laboral que ha sido encubierta como un contrato de naturaleza civil, por lo que es en este caso de aplicación el principio de primacía de la realidad.(...) En tal sentido, se presume la existencia de un contrato de trabajo indeterminado cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración)"*

En donde tal decisión se sujetará a la valoración del juzgador conforme al principio de Primacía de la Realidad, el cual:

*"Es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Tribunal ha precisado, (...) que mediante este principio (...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos"<sup>10</sup>*

**OCTAVO: Del Caso Concreto (Agravios N° 01 y 02 de la demanda).**- Por tal razón, de los actuados, se aprecia que **la parte demandada** indica que respecto al extremo de la sentencia que ampara la pretensión de desnaturalización de los contratos de locación de servicios y reconociendo una relación laboral a plazo indeterminado por el periodo desde 19 de enero de 2012 hasta 05 de febrero de 2017 e inscripción en el libro de planillas, el A-quo yerra por cuanto de los medios probatorios presentados en autos no se ha podido acreditar los elementos configurativos de un contrato de Trabajo. Pues la prestación y contraprestación sí se advierten en un contrato civil, y respecto a la subordinación no se ha podido acreditar en el presente caso. En consecuencia, respecto al pago de vacaciones no gozadas, indemnización vacacional, CTS, gratificaciones legales, bonificación extraordinaria de la ley n° 29351 y utilidades, no debieron ser otorgadas, en tanto el actor sostuvo una relación civil y no laboral, además el demandante no acredita haber cumplido con una jornada máxima de trabajo y tampoco, los días efectivamente laborados.

De ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene que las actividades desempeñadas por la actora fueron afines con las actividades desarrolladas por el área de Informática, División de Sistema de Información, Sección Productos Bancarios, que las actividades ejercidas por la demandante estaban integradas en la estructura orgánica de la entidad demandada, que las actividades desempeñadas por la actora fueron personales, sin delegación alguna, que en la ejecución de sus servicios la demandante se encontraba bajo supervisión y fiscalización y que la contraprestación del demandante era mensual. Se determina que entre el actor y la entidad demandada existió una relación de trabajo de duración indeterminada, deviniendo en desnaturalizados los contratos de locación de servicios formalmente suscritos por las partes por

<sup>10</sup> Criterios desarrollados en forma clara y expresa por el Tribunal Constitucional a través de los expedientes N° 833-2004-AA/TC y N° 1944-2002-AA/TC



el periodo que se extiende desde el 19 de enero del 2012 hasta el 05 de febrero del 2017, corresponde ordenar la incorporación de la actora a la planilla de remuneraciones de trabajadores obreros bajo el régimen de la actividad privada 728.

Estando a que se encuentra acreditada la relación laboral que existió entre las partes en el periodo desde el 19 de enero del 2012 hasta el 05 de febrero del 2017, el accionante señala en su escrito de demanda que la demandada no le canceló los beneficios sociales (Gratificaciones legales, bonificación extraordinaria del 9%, Remuneraciones e Indemnizaciones Vacacionales y CTS), estando a ello, correspondía a la demandada acreditar el pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad, conforme a lo señalado en el literal a) del artículo 23.4 de la Ley Procesal del Trabajo, carga probatoria que ha sido incumplida por la demandada, por lo que se procede a amparar dichas pretensiones de la siguiente manera.

**NOVENO:** Para tal fin, este **Colegiado Superior** advierte que por el período en que la actora se encontraba bajo contratos civiles de servicios (**19 de enero del 2012 al 05 de febrero del 2017**) ha prestado servicios de manera **personal y contraprestativa**; lo cual no es controvertido por la parte demandada en su recurso de apelación, de hecho, estos elementos se encuentran acreditados en autos con los contratos de locación de servicios y sus anexos que obran de fojas 41 al 162 del EJE y las actas de reunión de trabajo de fechas 19 de marzo, 27 de junio, 02 de junio y 29 de diciembre del 2014 que obran de fojas 168 al 172 del EJE, se advierte además que pese a existir una interrupción de contrataciones entre el 29 de abril al 22 de mayo del 2013, de los correos electrónicos que obran en el Anexo 1.J de la Demanda durante dicho periodo, dirigidos a la demandante, se comprueba que prestaba servicios con normalidad pese a no existir un vínculo contractual formal, por lo que se puede concluir que la actora por el período del **19 de enero del 2012 al 05 de febrero del 2017 prestó servicios personales de manera ininterrumpida con una contraprestación mensual de S/. 4,000.00 Soles** en las oficinas de la demandada, en el área usuario de Gerencia de Informática, Subgerencia Desarrollo de Sistemas, Sección Arquitectura de Software.

Lo que corresponde a esta Sala Superior es determinar si en la relación contractual que ligó a ambas partes existe el elemento esencial de una relación laboral; **la subordinación, o en todo caso si el actor es un trabajador autónomo**. Así pues el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 01846-2005-PA/TC ha establecido que *“de lo expuesto se aprecia que el elemento determinante, característico y diferenciador del contrato de trabajo en relación con el contrato de locación de servicios es el de la subordinación del trabajador con respecto al empleador, lo cual le otorga a éste último la facultad de dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores con relación al trabajo por el que se les contrató (poder de dirección), así como la de imponerle sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (poder sancionador o disciplinario)”*



Ahora bien, para ello en primer lugar se deberá tener presente la distribución de la carga procesal establecida en el artículo 23º de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, en cuanto que si bien señala que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión (23.1º), también lo es que **acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario** (23.2º). Esto último en concordancia con lo establecido en el artículo 4º de la LPCL, que regula lo siguiente: **“En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”**.

Así pues, se aprecia que el legislador laboral ha establecido una presunción de laboralidad, **siendo la única carga del trabajador demandante que pretende el reconocimiento de su vínculo laboral, acreditar la prestación personal de servicios**, el mismo que en la presente litis se ha demostrado, estando únicamente en controversia si estuvo sujeto a subordinación o no, empero ya ha se acreditado que por el período del **19 de enero del 2012 al 05 de febrero del 2017 prestó servicios personales con una contraprestación mensual de S/. 4,000.00 Soles** en las oficinas del Banco de la Nación.

En ese sentido, el Magistrado Supremo y Profesor Omar Toledo Toribio reflexiona respecto a la presunción de laboralidad de la Nueva Ley Procesal Trabajo indicando lo siguiente:

*“La pregunta es, ¿qué tendría que probar el empleador? (...) Si el empleador pretende destruir esa presunción o desmentir esa presunción, **tendría que demostrar la autonomía de la prestación, es decir demostrar que la actividad del trabajador era autónoma**”<sup>11</sup>*

**DÉCIMO:** Así, en el presente caso, la entidad demandada además de no haber probado bajo ningún medio de prueba que la labor del actor sea autónoma o independiente, siendo que únicamente se ha limitado a alegar genéricamente que el actor ha estado subordinado, sin embargo en autos se encuentra acreditada la **subordinación** a la que se encontraba sujeta la actora, pues en primer lugar, de los propios contratos de locación de servicios que obran de fojas 41 al 162 del EJE se advierte que en las cláusulas novenas de todos ellos, se dispone que el BANCO tiene la potestad directa o a través de terceros de la **SUPERVISIÓN** (Que posteriormente se modificó a **"verificación"**) de la *"adecuada ejecución y/o cumplimiento de EL CONTRATO"* (Cláusula novena.- *Supervisión o De la ejecución del servicio*), incluso estará obligado a corregir o subsanar los errores o deficiencias que pueda cometer en el ejercicio de sus funciones, *en "un plazo máximo de 48 horas"*, salvo que se indique plazo distinto para cada labor. Ahora bien, de los correos electrónicos que obran a fojas 174 al 179 del EJE se advierte que el Jefe de Sección designó a la actora como ANALISTA responsable de los proyectos de sección, señalando a su vez funciones del personal con los que laboraba la actor, ante ello emerge la siguiente pregunta, si se suponía que la

<sup>11</sup> Justicia TV. (11 de marzo 2019). *FÓRUM LABORAL: MEDIOS DE PRUEBA EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO* [Archivo de Vídeo]. Youtube. [https://www.youtube.com/watch?v=uvLcPG\\_Ydrc&t=640s](https://www.youtube.com/watch?v=uvLcPG_Ydrc&t=640s)



demandante era una locadora, *¿por qué la demandada le asignó el puesto de ANALISTA responsable?, ¿es acaso este puesto uno autónomo?, de ser este el caso, ¿por qué el Jefe de Sección ejerce un control sobre ella a través de correos electrónicos?* Asimismo, se advierte en el Anexo 1.F. y 1.G. de la Demanda, la actora pese a su calificación de locadora le invitaban a participar en actividades que organizaba el BANCO, tales como "Noche de Talentos", "Navidad", "Día de la Madre" y "Día de la amistad"; celebraciones que conjuntamente asistía junto a los trabajadores (personal que tenía una relación laboral) del BANCO. Además, en el anexo 1.I. de la Demanda obra vasto documental (correos electrónicos) donde se advierte las funciones desempeñadas por la demandante, así como que contaba con un usuario institucional personal asignado a ella a fin de efectuar coordinaciones y mantenerse en comunicación con los diferentes funcionarios del banco, el acceso a los aplicativos y contraseña asignados para el desempeño de sus funciones, así como que recibía indicaciones y órdenes directas de funcionarios del Banco, para muestra de un botón, a fojas 317 del EJE se advierte el mensaje de Pedro José Encalada Huertas informando a otro funcionario lo siguiente: *"Me vas a disculpar, pero la Analista Fiorella Galván, tiene que acabar con la transmisión del envío del archivo CRO nueva central de riesgos por operaciones, y levantar las observaciones del envío de Junio 2013 que están pendientes a la fecha, acaba de enviar correo a la GG del BN, el Superintendente de la SBS al BN pidiendo los responsables del envío de dicha información; esto con seguridad ameritará sanción y tengo dos recursos involucrados en el tema, uno de ellos es Fiorella Galván, por lo que con la comprensión del caso, te indico que al menos, hasta que no cumplamos con levantar los pendientes con la SBS dichos recursos estarán dedicados al 100% a la responsabilidad que tienen en relación al pedido SBS".* Por último, se aprecia que la demandante también era asignada a comisiones en el interior del país, por encargo del Jefe de Sección, como se demuestra con los correos electrónicos que obran a fojas 190 y 191 del EJE, en dicha oportunidad para la Ciudad de Chiclayo, lo que demuestra que la actora laboraba no solo en las instalaciones del BANCO sino en diligencias cuyos viáticos eran pagados por la entidad demandada; **todo lo señalado en el presente considerando supone hechos que constituyen un rasgo de laboralidad** referido a recibir órdenes del jefe inmediato y estar sujeto a fiscalización; lo que no es otra cosa que el elemento de la **subordinación**, por lo que coincidimos con el juez de primera instancia al establecerse que el contrato de locación de servicios originado el **19 de enero del 2012 hasta el 05 de febrero del 2017 se encuentra desnaturalizado, en consecuencia, la relación contractual que une a las partes es uno de naturaleza laboral y a plazo indeterminado.**

**DÉCIMO PRIMERO:** De lo anterior concluido, este **Colegiado Superior**, recuerda que una consecuencia lógica jurídica de la declaración de la actora como trabajadora bajo el régimen laboral de la actividad privada es el abono de todos los beneficios sociales pretendidos y que son propios del régimen privado, teniendo en cuenta también que la actora estuvo sujeta a una relación laboral encubierta (civil), por lo que no pudo percibir ninguno de los beneficios que demanda.



En cuanto al pedido de las **vacaciones no gozadas e indemnización vacacional**, la emplazada no indica ningún tipo error en el cálculo, pues se ha limitado a señalar que no le corresponde por cuanto la relación contractual que mantuvo la actora con la demandada era de naturaleza civil y no laboral, empero ya se ha determinado que la actora se encuentra bajo una relación laboral a plazo indeterminado, Igualmente, de la revisión de dicho cálculo, se advierte que la misma se realizó desde el 19 de enero del 2012 hasta el 05 de febrero del 2017, habiéndose utilizando la remuneración a enero de 2017 (última remuneración antes de ser inscrito en las planillas), de acuerdo a lo dispuesto en el último párrafo artículo 23º del Decreto Legislativo N° 713, por lo que no existe razón alguna para corregir el monto, mucho menos para revocarla.

Asimismo, respecto a las **gratificaciones y bonificación extraordinaria**, la emplazada no señala ningún tipo error en el cálculo, pues se ha limitado a consignar que no le corresponde por cuanto la relación contractual que mantuvo la actora con la demandada era de naturaleza civil y no laboral, sin embargo, de autos ya se ha determinado que la actora se encuentra bajo una relación laboral a plazo indeterminado desde el 19 de enero del 2012 en adelante, por lo que sí le corresponde el pago de estos beneficios. Igualmente, de la revisión de dicho cálculo, se advierte que la misma se realizó desde julio del 2012 hasta diciembre del 2016, es decir, de forma correcta, por lo que no existe razón alguna para corregir el monto, mucho menos para revocarla.

Así pues, en cuanto a **la compensación por tiempo de servicios**, la emplazada tampoco impugna ningún tipo error en el cálculo, pues se ha limitado a señalar que no le corresponde por cuanto la relación contractual que mantuvo la actora con la demandada era de naturaleza civil y no laboral, empero ya se ha determinado que la actora se encuentra bajo una relación laboral a plazo indeterminado. Igualmente, de la revisión de dicho cálculo, se advierte que la misma se realizó con la remuneración histórica desde el 19 de enero del 2012 hasta el 05 de febrero del 2017, habiéndose señalado los montos y períodos en que la demandada sería depositante y depositaria, por lo que no existe razón alguna para corregir el monto, mucho menos para revocarla.

Respecto al pago de las **Utilidades**, la demandada tampoco impugna ningún tipo error en el cálculo, pues se ha limitado a señalar que el demandante no acredita haber cumplido con una jornada máxima de trabajo y tampoco, los días efectivamente laborados, empero ya se ha determinado que la actora se encuentra bajo una relación laboral a plazo indeterminado. Igualmente, de la revisión de dicho cálculo, se advierte que la misma se realizó por los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, teniendo como sustento las declaraciones anuales del Impuesto a la renta de dichos períodos, así como los cuadros de distribución de utilidades de los ejercicios económicos de los años 2012 al 2016; instrumentales que han sido exhibidas por la demandada a fojas 626 a



650, 651 y 652 del EJE, lo que es correcto, por lo que no existe razón alguna para corregir el monto, mucho menos para revocarla.

En base a ello, **no corresponderá amparar los agravios N° 01 y 02 deducidas por la parte demandada**; por lo que, se deberá confirmar la sentencia en estos extremos.

.....

**DÉCIMO SEGUNDO: El derecho constitucional a la Remuneración.-** El derecho a la remuneración reconocido en el artículo 24° de la Constitución Política del Perú reconoce que todo trabajador, sin distinción, tendrá el derecho de percibir una retribución en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, pues, el presente derecho posee una naturaleza alimentaria, al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, la igualdad y la dignidad de la persona humana; al adquirir diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona humana.

De esta manera, fluye del principio por el cual nadie se encontrará obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, pues la remuneración como tal constituye una contraprestación por los servicios del trabajador, al ser de libre disposición, y tener un carácter claramente alimentario, en donde su pago tendrá prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador, conforme al mandato reconocido en los artículos 23° y el segundo párrafo del artículo 24° de la Constitución Política del Perú. Con ello, la remuneración también implica un modelo de competitividad, en tanto se manifiesta como un incentivo para atraer y retener personal idóneo.

En efecto, la propia doctrina ha precisado que la remuneración, o salario, podrá ser definida como toda prestación que el empleador deba al trabajador como consecuencia de la relación de trabajo **en forma permanente**, el cual podrá ser valorada a través de diversos elementos tales como el tiempo, la unidad de producción, su vinculatoriedad directa (bonificaciones o incentivos) o su relación indirecta (vacaciones, gratificaciones, CTS, etc.); en donde su modalidad de prestación se **sujetara a la vigencia de la relación de trabajo o el reconocimiento judicial de la misma**, en donde tal declaración regirá la eficacia del pago de remuneración por el periodo no laborado o abonado en forma diminuta, conforme a la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad.

**DÉCIMO TERCERO:** Para ello, el órgano de control de la constitución refiere, a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 0020-2 012-P1/TC, que el derecho a la remuneración:

*"(...) Fluye del principio de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, constituye una contraprestación por los servicios del trabajador; es de libre disposición por parte de este último; tiene carácter alimentario y su pago tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador (artículos 23*



*in fine y segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución). La remuneración también implica una modelo de competitividad, en tanto se manifiesta como un incentivo para atraer y retener personal idóneo (...) En cuanto a los conceptos que conforman la remuneración, el artículo 1 del Convenio 100 de la OIT, Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, debidamente ratificado y suscrito por el Perú, ha señalado que la remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último, reflejando una concepción totalizadora de la remuneración establecido en la Constitución (...)"*

Ahora bien, a nivel legislativo, el artículo 6° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR precisa de forma expresa:

*"(...) Constituye como remuneración para todo efecto legal el integro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituía remuneración computable para efecto del cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social, así como para ningún derecho o beneficios de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro directo (...)"*

**DÉCIMO CUARTO: Sobre el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales.**- 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.

Al respecto, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación Laboral N° 8571-2017 PASCO ha establecido 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:

- a) 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 de fecha diecisiete de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, cuya vigencia se reconoce;





- b) 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;
- c) 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. La doctrina acepta casi unánimemente que el principio de Irrenunciabilidad solo protege al trabajador, no pudiendo favorecer también al empleador.

**DÉCIMO QUINTO: Sobre el principio de la condición más beneficiosa como manifestación del principio protector.**- El principio de la condición más beneficiosa, permite al trabajador mantener la ventaja alcanzada. El derecho del trabajo cuenta con el principio de la condición más beneficiosa (C+B), cuya aplicación supone la conservación de las mayores ventajas o derechos alcanzados por un trabajador, en virtud de un evento anterior frente a otro posterior que pretende su eliminación o su sustitución peyorativa. Ahora bien, dichas condiciones o mayores ventajas, así como el acto de sustitución de las mismas, pueden tener origen contractual (C) u origen normativo (N)<sup>12</sup>

Al respecto, un de las teorías elaborada por la doctrina especializada es la del respeto de los derechos adquiridos, la cual supone que los derechos otorgados por las normas se incorporan al nexo contractual y no pueden ser desconocidas. No se deben afectar los derechos adquiridos por los trabajadores antiguos al amparo de la norma derogada, resultando aplicable la norma derogante solo a los nuevos trabajadores. Este planteamiento se basa precisamente, en la teoría de la incorporación, por la cual se “contractualizan” las condiciones de origen normativo en cada relación individual de trabajo.<sup>13</sup> Esta teoría garantiza que quienes adquieren un derecho al amparo de determinada norma, lo mantendrán aun cuando esta sea derogada por otra. En consecuencia, siguiendo esta teoría, la norma anterior puede ser derogada por una posterior peyorativa, sin embargo, aquellos trabajadores que adquirieron determinado beneficio con la norma derogada tendrán derechos a conservarlo.<sup>14</sup>

**DECIMO SEXTO: Sobre la prohibición de la reducción de remuneraciones.**- Dentro del ámbito internacional, encontramos que la prohibición de descuento indebido de remuneraciones ha sido objeto de

<sup>12</sup> Boza Pro, Guillermo. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Febrero 2011, p. 196.

<sup>13</sup> Salas Franco. Tomás. Citado por Paredes Infanzón Jelio. En *La Nueva Ley Procesal del Trabajo. Comentarios/Práctica*. Editorial San Marcos. Lima, 2007. p. 50.

<sup>14</sup> Boza Pro, Guillermo. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Febrero 2011, p. 198.



pronunciamiento por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través de distintos convenios dentro de los cuales tenemos los siguientes:

- El Convenio N° 95 sobre protección del salario, que entró en vigor el veinticuatro de setiembre de mil novecientos cincuenta y dos, el cual si bien no ha sido ratificado por el Perú; sin embargo, deviene en parámetro normativo al tener la calidad de recomendación, en la cual se fijan las garantías para la protección del salario acordado con anterioridad; así como se prohíbe cualquier descuento de los salarios que se efectúe para garantizar un pago directo o indirecto por un trabajador al empleador o a su representante que tenga por objeto obtener o conservar el empleo.
- El Convenio N° 100 sobre igualdad de remuneración, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13284, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el veinticuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, reguló la aplicación del principio de igualdad en materia de remuneraciones, estableciendo pautas para la aplicación de dicho principio – derecho; así como la prohibición de toda discriminación salarial relativa a los hombres y mujeres que no se encuentre basada en causas objetivas y que sea contraria al principio de igualdad de remuneración.

Así, En la **Casación Laboral N° 00489-2015 LIMA** se determinó que respecto a la reducción:

*“cabe señalar que la remuneración es un elemento esencial de la relación laboral, teniendo carácter alimentario en tanto que suele ser la única fuente de ingresos del trabajador; en su regulación se prevén normas rígidas en torno al embargo (no puede ser embargable en su totalidad), cobranza (privilegio laboral) y actos de disposición del trabajador; sobre estos últimos actos de disposición del trabajador, la Ley N° 9463 del diecisiete de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, resalta que es posible la reducción de remuneraciones en la medida en que exista un acuerdo entre el trabajador y el empleador, norma vigente pues no existe una norma que, expresa o de manera tácita, la hubiera derogado; que asimismo, cabe indicar que el literal b) del artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobada por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, destaca que solamente la reducción inmotivada de remuneraciones importa un acto de hostilidad; en forma complementaria, el Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, dispone que la reducción inmotivada se produce cuando existe una falta de causa objetiva o legal que sustente la rebaja salarial”.*

La **Casación Laboral N° 00489-2015 LIMA** estableció lo siguiente en cuanto a las condiciones para la reducción de la remuneración:



*“[...] de lo expuesto se advierte que para que se configure una rebaja de remuneraciones, sin perjudicar los derechos laborales de los trabajadores, se debe contar con los siguientes elementos:*

- a) Que las reducciones de remuneraciones no vayan por debajo de los límites establecidos por las normas laborales, esto es, que dicha remuneración no puede ir por debajo de la remuneración mínima vital, monto mínimo indisponible.*
- b) Que dicha reducción responda a circunstancias objetivas.*
- c) Que sea autorizada por el trabajador afectado en forma expresa, sin que deje lugar a dudas de su voluntad, lo que implique no medie intimidación, coacción y/o violencia que vicien su manifestación de voluntad”*

Respecto a la formas de reducción, la **Casación Laboral N° 00489-2015 LIMA** ha señalado lo siguiente:

*“Este Supremo Tribunal entiende que la reducción de la remuneración –ya sea consensuada o no consensuada– resulta válida siempre que sea excepcional y razonable. La reducción de la remuneración es excepcional si es una medida extraordinaria, que tiene lugar en contextos especiales. Es razonable si respeta determinados límites de proporcionalidad, de manera tal que no suponga una disminución significativa ni arbitraria de la remuneración. Debe precisarse que la posibilidad de la reducción de las remuneraciones se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, y esta puede ser consensuada o no consensuada. a) Será consensuada si es realizada de manera voluntaria, es decir, si existe un acuerdo libre, espontáneo, expreso y motivado entre el trabajador y el empleador, tal como se regula en la Ley N° 9463. b) Será no consensuada si es adoptada por decisión unilateral del empleador, es decir, sin aceptación previa del trabajador. Esta posibilidad resulta de la interpretación en contrario del inciso b) artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR y del artículo 49 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, que consideran que la reducción inmotivada de la remuneración es un acto de hostilidad equiparable al despido si es dispuesta por decisión unilateral del empleador y sin causa objetiva o legal. En tal sentido, esta decisión resultará viable si se expresa los motivos por los que así se procede (por ejemplo, garantizar la estabilidad y el equilibrio económicos del Estado –o en su caso de una empresa–) o se invoca la ley que la justifique”*

En cuanto a las causas objetivas que justifican la reducción, en la **Casación Laboral N° 3711-2016 LIMA** se consideró necesario establecer con claridad cuáles son los casos en que es posible la reducción de remuneraciones, estableciendo los criterios siguientes:

*“1. Por acuerdo individual, solo es posible la reducción de las remuneraciones, cuando la misma sea expresamente pactada por el trabajador y el empleador, no pudiendo este acuerdo afectar en forma alguna los derechos que se han generado producto de servicios ya prestados.*



2. *Por acuerdo colectivo, solo podrá efectuarse la reducción de remuneraciones, siempre y cuando sea pactada entre el empleador y la organización sindical mayoritaria, cuando se presente alguna de las causas objetivas previstas en el artículo 46 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, siendo requisito que esta medida se adopte para evitar o limitar el cese de personal y se sujete al procedimiento previsto en el artículo 48 de la misma norma legal.*
3. *Toda disminución de remuneraciones no establecida por pacto individual o colectivo constituye un acto de hostilidad previsto el literal b) del artículo 30 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR”*

**DÉCIMO SEPTIMO: Sobre la constitucionalidad de las escalas remunerativas mínimas y máximas.-** Con referencia a las escalas remunerativas expedidas por las entidades públicas, se podrá apreciar que actualmente existe una discrepancia jurisdiccional sobre la posibilidad de otorgar remuneraciones en base a escalas generales (sin considerar el régimen laboral aplicable), por cuanto el mismo solamente determinaría un parámetro valorativo para poder delimitar sub escalas conforme a la discrecionalidad de cada emplead, a través de la valoración administrativa de escalas remuneraciones mínimas y máximas.

En efecto, en diversas carteras administrativas y órganos jurisdiccionales, se ha generado la interpretación por el cual las categorías establecidas en una escala no ocasionará que las remuneraciones mínimas o máximas sean asignadas en forma automática, por cuanto quien ostentaría tal facultad para poder identificar nuevas sub escalas y su remuneración básica sería directamente el empleador dentro de su potestad discrecional. Así, a pesar de aquellas disparidades interpretativas o la generalidades establecidas en el Acuerdo de Directorio N° 005-200 6-/007-FONAFE así como en el Informe RF/92.4100 N° 004-2015 expedido por el FONAFE, pueden ser producto de la facultad otorgada al FONAFE para poder establecer escalas o sub escalas remunerativas conforme a la aplicación de la Ley N° 27170; este Colegiado Superior considera que **tal interpretación solamente convalidaría legalmente un acto claramente unilateral, arbitrario y desproporcionado**; pues tal discrecionalidad eximiría gravemente al empleador de identificar (conforme al principio constitucional a la motivación, así como la aplicación del principio de razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad) las razones puntuales o motivos materiales -en forma previa- por el cual ha llegado a la conclusión que se deberán elaborar sub escalas propias de la entidad o cuales han sido los criterios asumidos para poder elaborar el perfil y el cual se pueda diferenciar de las otras sub categorías ocupacionales.

Por lo que, recordando que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que (a través del Exp. N° 0090-2004-AA/TC) una falta de motivación en una decisión podría convertirse en una decisión despótica, tiránica y carente de razonabilidad, pues:



*"(...) Del principio del Estado de Derecho surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a cada decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo (...)", en donde "El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica(...)"*

Se podrá considerar que la falta de razones puntuales para poder identificar las causas por el cual se ha dispuesto la creación de sub escalas remunerativas o los criterios de desempeño, sin poder identificar su perfil y los requisitos su remuneración, **conllevarán a concluir que la interpretación que destina aquella potestad solamente en una decisión del empleador caería necesariamente en inconstitucional -aunque fuese legal- pues el mismo se ejecutaría sin considerar la vulneración de otras garantías constitucionales ya mencionadas; conllevando a consecuencias claramente discriminatorias y atentatorias contra el principio constitucional a la igualdad no discriminación.**

**DÉCIMO OCTAVO:** Para tal efecto, la presente posición también ha sido avalada por el propio Tribunal Constitucional, pues en una anterior causa, el propio órgano colegiado consideró que una escala remunerativa (tal como se desarrollara dentro de la escala remunerativa del régimen de la carrera pública magisterial) deberá sujetarse a los parámetros de la motivación y la razonabilidad, tal como lo desarrollado en el Exp. N° 0020-2012-PI/TC, por cuanto lo contrario, resultará arbitraria e inconstitucional.

Para ello, en la referida causa se determinó:

*"(...) El derecho a la remuneración, como todo derecho (o principio constitucional) individual, social o económico, positivo o negativo, puede ser limitado o restringido, y por lo tanto, puede realizarse y optimizarse en una medida gradual, sin tener que aceptar la alternativa del todo o nada. No obstante, cualquier limitación que se imponga al ejercicio o disfrute de los derechos fundamentales ha de respetar el contenido esencial (...). Sólo con carácter enumerativo, no cerrado, este Colegiado, analizando el artículo 24 de la Constitución y sirviéndose de principios establecidos en normas infra constitucionales, considera que son parte del contenido accidental del derecho fundamental a la remuneración:*

*-Para su determinación, ha de tomar en cuenta el efecto ingreso (o renta), según el cual la variación del número deseado de horas de trabajo provocada por una variación del ingreso debe mantener constante el salario.*



- *La intangibilidad, en tanto no es posible la reducción desproporcional de una remuneración, lo que fluye del carácter irrenunciable de los derechos de los trabajadores (artículo 26.2 de la Constitución, definida en múltiple jurisprudencia, como la STC 4188-2004-AA/TC).*

*Tomando en cuenta el cuestionamiento constitucional del primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, de Reforma Magisterial, es preciso centrarnos en el análisis del elemento "intangibilidad" y ver en qué sentido éste puede ser limitado (...)*

*La reducción de la remuneración también puede ser adoptada por una decisión unilateral por parte del empleador, particular o el Estado mismo, es decir, sin acción previa del trabajador (...) Esta posibilidad de reducción, aparte de la afectación de las planillas de pago por orden judicial (consentido en el fundamento 6 de la STC 0818- 2005-PA/TC), de otro lado, se encuentra contemplada en el derecho interno y resulta de la interpretación y aplicación a contrario sensu del artículo 30.6 del Decreto Supremo 003-97-TR y del artículo 49 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 001-96-TR, que consideran que la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría es un acto de hostilidad equiparable al despido si es dispuesta por decisión unilateral del empleador que carezca de causa objetiva o legal. Desde esta perspectiva, resulta válida -en términos constitucionales- la reducción de la remuneración o de la categoría por decisión unilateral del empleador si es que posee una causa objetiva o legal (...). Este Colegiado ergo considera viable la reducción no consensuada de remuneraciones por causa objetiva y justificada, siempre que dicha disminución de haberes refleje la expresión de los motivos o razones por los que se procede a la reducción de la remuneración o la invocación de la regulación legal que la justifique. (...)*

*De otro lado, requiere establecerse algunas condiciones para la utilización de esta medida excepcional. Puede estar referida a una serie de supuestos, entre los cuales se puede nombrar los siguientes:*

- *Necesidad de cumplir los objetivos económicos y financieros, que implica la reducción de la remuneración sustentada en la necesidad de reducir el déficit o la escasez a fin de garantizar la estabilidad y el equilibrio económicos del Estado -o en su caso de una empresa-, y exige que debe existir una relación directa entre la medida adoptada y la política o planificación económica perseguida. En suma, se trata de una medida excepcional que se encuentra constitucionalmente justificada en aquellos contextos especiales que generen un impacto económico negativo en la actividad desarrollada por el Estado o por la entidad privada que haga propicia la adopción de tales medidas a fin de evitar mayores perjuicios económicos.*

- *Necesidad de una reorganización del personal, que puede incluir la supervisión y reorganización debidamente justificada de la prestación de los*



*servir os -públicos esenciales en caso de que sea el Estado- que brinda el empleador. (...)*

*Así las cosas, la reducción de la remuneración no contraviene el principio de no regresividad de los derechos sociales, siempre y cuando existan razones de interés social que lo justifiquen o, lo que es lo mismo, siempre que exista causa objetiva o legal que la justifique y que, además, se trate de una medida extraordinaria, coyuntural y de eficacia limitada en el tiempo (...) Lo que realiza la ley objetada, tal como fuese explicado supra, es una reestructuración total de la carrera magisterial sobre la base de criterios razonables y justificados tales como el mérito y la capacidad de los docentes, por la que los profesores de la Ley 24029 han visto modificado sólo su status laboral mas no su actividad función (...)"*

**DÉCIMO NOVENO:** En ese sentido, conforme a los parámetros constitucionales citados, al no existir un elemento objetivo por el cual se precise la remuneración pueda ser determinada por el empleador en forma unilateral o que la misma pueda ejecutarse sin estar sujeto al derecho constitucional a la motivación de las resoluciones (conforme a un nivel funcional específico o grados de responsabilidad), será razonable y proporcional que este órgano jurisdiccional asigne una remuneración ponderada a la parte peticionante, al tener calidad de una sanción puntual por una omisión administrativa y el cual servirá de carga para que -en posteriores procesos- presente una escala remunerativa adecuada dentro de los cuales precise y fundamente las razones empleadas para delimitar cada categoría o sub categoría ocupacional.

Así, si bien es verdad que la presente sanción se encontrará condicionada a la falta de presentación de una sub escala o a la omisión de fundamentos para poder determinar la remuneración conforme a cada categoría dentro de la escala remunerativa; también se deberá precisar que la evaluación jurisdiccional se sujetará a cada caso en concreto, pues la presente asignación a la remuneración ponderada solamente será aplicable cuando se advierta concretamente una omisión de las garantías constitucionales anteriormente citadas y se advierta un detrimento de los ingresos del trabajador. Caso en contrario, al acreditarse elementos objetivos de diferenciación, se procederá a validar tal asignación y declarar infundada tales pretensiones.

Así se ha acordado recientemente en el **III Pleno Jurisdiccional de Lima en Materia Laboral y Procesal Laboral**, llevado a cabo de manera virtual el día 17 de diciembre del 2021, en cuyo primer tema puesto a debate se ha establecido lo siguiente:

*“Procede el reintegro de remuneraciones a causa de la implementación de una escala remunerativa no justificada o motivada, cuando se advierta concretamente una omisión a los principios constitucionales de la motivación, la razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad; y a su vez esto tenga como consecuencia un detrimento en los ingresos del trabajador”.*



**VIGÉSIMO:** Del caso en concreto (**Agravio N° 01 de la demandante**).- De lo descrito, la **parte demandante** refiere que respecto a la desestimación de la nivelación de remuneración y reintegros de remuneración solicitados por la reducción de remuneración e incremento otorgado por Laudo Arbitral 2016, por cuanto no existe documento alguno por el cual se demuestre la existencia de algún concurso externo para el ingreso de la actora a las planilla de la demandada en el 2017, por ende no se advierte la participación de la demandante en el mismo y las condiciones remunerativas fijadas en las bases del concurso. Tampoco se ha tenido en cuenta que la pretensión de nivelación de remuneración y consecuente reintegro de remuneraciones, obedece a que ese fue el importe de la remuneración que venía percibiendo la demandante y que fuese reducido unilateral y arbitrariamente. Asimismo, la reducción de la remuneración sólo pudo darse por acuerdo expreso de las partes, así como la causa o el motivo que justifique la reducción, conforme a la Ley N° 9463 y la Casación N° 2224-2005 LIMA, lo que no ha sucedido en el caso de autos. En consecuencia, también corresponde el reintegro por concepto de CTS y gratificaciones legales como incidencia de la nivelación de la remuneración.

Ahora bien, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene en síntesis que en el periodo de locación de servicios se ha desempeñado como Analista de Proyecto, cuya retribución era la de S/. 4,000.00 soles y en el periodo de planillas como Técnico, con una remuneración básica mínima de S/. 3,217.00 soles, cargos que son distintos. Asimismo, de los medios probatorios detallados, se evidencian indicios suficientes respecto a que efectivamente si se realizó un concurso público de méritos, en el cual la demandante participo y obtuvo una plaza, que es la que viene desempeñando desde el 06 de febrero del 2017 a la actualidad, conforme se visualiza de las boletas de pago adjuntas a los actuados, como Técnico, en la categoría de Técnico IV, fs. 653 a 714, razón por la cual se le incorpora a planillas, en el cargo de Técnico y no como señala la demandante que en vías de regularización, por lo que al postular a dicho cargo y obtener la plaza de Técnico, categoría de Técnico IV, se remuneración vario de S/ 4.000.00 a S/. 3,217.00, pues se sujetó a la remuneración plasmada en la Banda Salarial Vigente al momento de la contratación como resultado del proceso de selección externo y no como señala la parte demandante de que se le redujo la remuneración, pues como se ha señalado la accionante postulo y gano una plaza distinta a la que venía desempeñando en el periodo de locación de servicios, razón por la cual la remuneración varia, por lo que no corresponde amparar el reintegro del diferencial. Por los considerandos expuestos se declara infundados los extremos de que la remuneración básica se mantenga en S/. 4,000.00 soles. Debe repararse que, de la revisión detallada de los actuados, no se advierte que se halla adjuntado el Laudo Arbitral 2016, de donde derivarían el incremento remunerativo que reclama, pues se señala que se otorgó un incremento al básico de S/. 270.00 por Laudo Arbitral del 2016 vigente en forma retroactiva desde enero del 2016, empero el mismo no han sido aparejado, ni se ha solicitado su exhibición Y dado que de acuerdo al Artículo 23 de la Nueva Ley Procesal de Trabajo.- Carga de la prueba 23.1 La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a





quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la carga probatoria, sin perjuicio de que por ley se dispongan otras adicionales. 23.3, numeral a) La existencia de la fuente normativa de los derechos alegados de origen distinto al constitucional o legal, el recurrente no ha cumplido con adjuntar la fuente normativa de la que proviene el beneficio que alega, imposibilitando de esa manera corroborar si el beneficio que alega le correspondería (si tiene carácter permanente, la vigencia de este). Por lo que deviene en infundado este extremo.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Conforme a ello, este **Colegiado Superior** advierte en primer lugar que respecto al supuesto incremento de S/. 270.00 Soles otorgado por el Laudo Arbitral del año 2016, si bien la parte actora ha titulado su primer agravio en relación a dicho incremento, sin embargo, de fojas 782 al 785 del EJE que comprenden sus fundamentos impugnatorios, **no se advierte ningún argumento que impugne, desbarate o cuestione la conclusión de la A-quo de desestimar dicha pretensión**, por lo que dicho extremo de la Sentencia queda consentida, la misma que se declaró infundada.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Ahora bien, respecto a la **nivelación y reintegro de remuneraciones de S/. 4,000.00 Soles**, así como su incidencia en la CTS, gratificaciones legales y bonificación extraordinaria 9%, esta **Instancia Superior** considera que si ya se ha determinado previamente al registro en las planillas de la empleadora (06 de febrero del 2017) que entre la actora y la entidad demandada ha existido una relación laboral a plazo indeterminado donde la remuneración mensual era de S/. 4,000.00 Soles, entonces la continuidad de la relación laboral, ya sea en el mismo puesto de trabajo u otro, así como su modalidad de ingreso a ella, no pondrán transgredir **el nivel remunerativo ya ganado previamente**, por cuanto, si bien la actora ha suscrito un contrato laboral válido donde se le califica a la demandante como **Técnico IV**, empero la remuneración otorgada es claramente inferior (S/. 3,217.00 Soles). Esto se condice con la aplicación del **principio de la condición más beneficiosa**, estando que la trabajadora ya había alcanzado una remuneración de S/. 4,000.00 Soles antes de la nueva contratación que inicio en febrero del 2017, por lo que se deberá mantener dicha condición, pese a la variación de cargo por ser una disposición que favorece más a la actora. Máxime aún si, de autos no se advierte **convenio o pacto de reducción de remuneraciones** que justifiquen las razones objetivas de dicha rebaja, pues recordemos que el Banco al desconocer la relación laboral previa a febrero del 2017 pretende hacer valer un acto vejatorio de otorgarle una suma inferior como remuneración mensual, por lo que consideramos que la misma ha sido injustificada.

**VIGÉSIMO TERCERO:** Asimismo, si nos remitimos al **Acuerdo de Directorio N° 005-2006-/007- FONAFE** que obra a fojas 411 del EJE y, que de manera coherente como lo hemos determinado en otros procesos judiciales similares (Exp. N° 13727-2018-0-1801-JR-LA-84, Exp. N° 25824- 2015-0-1801-JR-LA-03, entre otros), el Banco ha precisado que tales remuneraciones serán máximas y no se determine una remuneración específica por tal categoría, al citarse que:



"(...) 1. La remuneración máxima mensual por todo concepto, aplicable por categorías, se fijará conforme a (lo siguiente):

CATEGORIA	REMUNERACIÓN MÁXIMA (En Nuevos Soles)
Gerente General	16,265.00
Gerente	13,796.00
Sub Gerente	8,817.00
Apoderado	7,798.00
Funcionario	4,735.00
Profesional	4,735.00
<u>Técnico</u>	<u>4,002.00</u>
Oficinista	3,339.00
Servicio	2,927.00

2. El Directorio o la más alta autoridad de la entidad o quién estos deleguen, deberán fijar el monto que le corresponda a cada trabajador, tomando en consideración la evaluación de su desempeño. En ningún caso el monto fijado para cada trabajador podrá superar el monto máximo establecido, en la presente Escala (...)"

**VIGÉSIMO CUARTO:** En ese sentido, si incluso seguimos la lógica de la entidad empleadora, ésta no ha respetado la remuneración mensual que debía percibir la actora según el **Acuerdo de Directorio N°005-2006-/007- FONAFE**, puesto que pese a haberla contratado en un cargo de la categoría de Técnicos, le otorga como remuneración una suma menor a la que percibe un funcionario Oficinista, cuya categoría es inferior a la de un Técnico, por lo que consideramos que la suma de **S/. 4,000.00 Soles** que la actora adquirió como derecho previo respeta los cánones de dicho acuerdo (inclusive), esto al no sobrepasar el máximo permitido de la categoría de Técnicos (S/. 4,002.00 Soles), además que fue otorgada de forma voluntaria por la su empleadora por el período de enero del 2012 a febrero del 2017.



Siendo esto así, corresponde revocar el presente extremo de la Sentencia venida en grado y reformándola, la declaramos **FUNDADA**, esto es; **NIVELAR** la remuneración de la actora a la suma de S/. 4,000.00 Soles y ordenar el **REINTEGRO** de remuneraciones y su incidencia en la CTS, gratificaciones legales y bonificación extraordinaria 9%, conforme al siguiente cuadro de liquidación:

**REINT. DIFERENCIA REMUNERATIVA**

MES	BASICO FONAFE	PAGADO AL ACTOR	REINT BASICO
feb-17	3.200,00	2.573,60	626,40
mar-17	4.000,00	3.217,00	783,00
abr-17	4.000,00	3.217,00	783,00
may-17	4.000,00	3.217,00	783,00
jun-17	4.000,00	3.217,00	783,00
jul-17	4.000,00	3.217,00	783,00
ago-17	4.000,00	3.217,00	783,00
sep-17	4.000,00	3.217,00	783,00
oct-17	4.000,00	3.217,00	783,00
nov-17	4.000,00	3.217,00	783,00
dic-17	4.000,00	3.217,00	783,00
ene-18	4.000,00	3.217,00	783,00
feb-18	4.000,00	3.217,00	783,00
mar-18	4.000,00	3.217,00	783,00
abr-18	4.000,00	3.217,00	783,00
may-18	4.000,00	3.217,00	783,00
jun-18	4.000,00	3.217,00	783,00
jul-18	4.000,00	3.217,00	783,00
ago-18	4.000,00	3.217,00	783,00
sep-18	4.000,00	3.217,00	783,00
oct-18	4.000,00	3.217,00	783,00
nov-18	4.000,00	3.217,00	783,00
dic-18	4.000,00	3.217,00	783,00
ene-19	4.000,00	3.217,00	783,00
feb-19	4.000,00	3.217,00	783,00
mar-19	4.000,00	3.217,00	783,00
abr-19	4.000,00	3.217,00	783,00
may-19	4.000,00	3.217,00	783,00
jun-19	4.000,00	3.217,00	783,00



jul-19	4.000,00	3.217,00	783,00
ago-19	4.000,00	3.217,00	783,00
sep-19	4.000,00	3.217,00	783,00
oct-19	4.000,00	3.217,00	783,00
nov-19	4.000,00	3.217,00	783,00
dic-19	4.000,00	3.217,00	783,00
ene-20	4.000,00	3.217,00	783,00
feb-20	4.000,00	3.217,00	783,00
mar-20	4.000,00	3.217,00	783,00
abr-20	4.000,00	3.217,00	783,00
may-20	4.000,00	3.217,00	783,00
jun-20	4.000,00	3.217,00	783,00
jul-20	4.000,00	3.217,00	783,00
ago-20	4.000,00	3.217,00	783,00
sep-20	4.000,00	3.217,00	783,00
oct-20	4.000,00	3.217,00	783,00
S/.			35.078,40

**Gratificaciones (INCIDENCIA DIFERENCIA REMUNERATIVA)**

Gratificación	Tiempo Efectivo	REINT. BASICO	Remuneración Computable	Gratificación	Bonif Extraordinaria 9%
jul-17	04 M	783,00	783,00	522,00	46,98
dic-17	06M	783,00	783,00	783,00	70,47
jul-18	06M	783,00	783,00	783,00	70,47
dic-18	06M	783,00	783,00	783,00	70,47
jul-19	06M	783,00	783,00	783,00	70,47
dic-19	06M	783,00	783,00	783,00	70,47
jul-20	06M	783,00	783,00	783,00	70,47
dic-20	04M	783,00	783,00	522,00	46,98
<b>Total</b>				<b>5.742,00</b>	<b>516,78</b>

**CTS (INCIDENCIA DIFERENCIA REMUNERATIVA)**

PERIODO	TIEMPO	DIFERENC. REMU	PROM.GRATIFI	REM. COMP	REINT CTS
---------	--------	----------------	--------------	-----------	-----------



abr-17	02 M 24D	783,00		783,00	783,00
oct-17	06M	783,00	130,50	913,50	913,50
abr-18	06M	783,00	130,50	913,50	913,50
oct-18	06M	783,00	130,50	913,50	913,50
abr-19	06M	783,00	130,50	913,50	913,50
oct-19	06M	783,00	130,50	913,50	913,50
abr-20	06M	783,00	130,50	913,50	913,50
oct-20	06M	783,00	130,50	913,50	913,50
				S/.	7.177,50

Por estas consideraciones, corresponde **amparar el agravio N° 01 de la parte demandante.**

**VIGÉSIMO QUINTO: Sobre la exigibilidad del Convenio Colectivo a nivel constitucional.-** Tal como lo ha definido la doctrina nacional e internacional, el Convenio Colectivo es una norma de carácter especial y típica del Derecho de Trabajo, derivadas del ejercicio de la autonomía privada colectiva<sup>15</sup>, en donde el convenio, como producto negocial, será la conclusión de un proceso de una Negociación Colectiva realizado entre el sindicato y el empleador; en efecto, a través del presente derecho fundamental - el cual es fuente la Libertad Sindical- la negociación colectiva se encontrará reconocida a nivel constitucional e internacional, a través de la validez y sustitución del convenio colectivo sobre los contrato de trabajo individuales (a través de las cláusulas normativas<sup>16</sup> y las cláusulas obligacionales<sup>17</sup>) siempre que sean favorables al trabajador, la aplicación retroactiva de los beneficios acordados en el convenio (al regir desde el día siguiente de la caducidad del convenio anterior o, en su defecto, desde la fecha de presentación del pliego de reclamos, salvo plazo distinto) así como la continuidad de sus efectos ante transformaciones estructurales del empleador, etc.

<sup>15</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU JORGE, "La naturaleza jurídica de los convenios Extra - Ley de las relaciones colectivas de trabajo", Revista Jurídica "Derecho y Sociedad", N° 304, Pág. 304 a 307.

<sup>16</sup> Las cláusulas normativas son las que caracterizan principalmente al Convenio Colectivo de Trabajo, pues, por el efecto normativo, los contratos individuales de trabajo serán modificados de pleno derecho por ésta en la parte o aspecto que ella regula; pero, además, los contratos individuales de trabajo futuros se regirán conjuntamente por la convención colectiva. Por ello, el inciso a) del artículo 43° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 010-2003-TR precisa que no podrán contener disposiciones contrarias al contrato de trabajo en perjuicio del trabajador.

<sup>17</sup> Las cláusulas obligacionales integran la parte del Convenio Colectivo que tiene naturaleza de contrato, pues, se traducen en una creación de derechos y obligaciones válidos solo para las partes pactantes, como sucede con cualquier otro contrato. Asimismo, las cláusulas delimitadoras son aquellas regulan el ámbito de aplicación y la vigencia del convenio colectivo. Estas cláusulas conforme al artículo 29° del Reglamento Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 010-2003-TR se interpretan según las reglas de los contratos.



Asimismo, en lo que respecta a su sustento constitucional, la jurisprudencia admite la validez del convenio colectivo entre sujetos colectivos a través del reconocimiento expreso de la negociación colectiva, pues a través del artículo 28° de la Constitución Política del Perú, nuestro sistema jurídico sustenta 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; el cual posee una estricta relación con los Convenios N° 98 y N° 151 expedida por la Organización Internacional del Trabajo - OIT. En tal sentido, se podrá comprender la negociación colectiva como el procedimiento que permite crear acuerdos y materializar diferentes compromisos respecto de los distintos intereses que puedan tener tanto los empleadores como los trabajadores, el cual resulta el convenio colectivo.

**VIGÉSIMO SEXTO:** De esta manera, a través de la sentencia recaída en los expedientes N° 00785-2004-AA/TC y N° 03561-2009-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha definido jurisprudencialmente 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"*

En efecto, a través del Exp. N° 03561-2009-PA/TC, se reitera el fundamento por el cual:

*"En un Estado social y democrático de derecho, el derecho de negociación colectiva es consustancial con el derecho de libertad sindical, toda vez que su ejercicio potencializa la actividad de la organización sindical, en tanto le permite a ésta cumplir la finalidad -que le es propia- de representar, defender y promover los intereses de sus afiliados, y hacer posible, real y efectivo el principio de igualdad de oportunidades en el trabajo. En buena cuenta, mediante el ejercicio del derecho de negociación colectiva se busca cumplir la finalidad de lograr el bienestar y la justicia social en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. De este modo, en algunas ocasiones, el derecho de negociación colectiva se hace efectivo a través de la celebración de acuerdos, contratos o convenios colectivos. Por dicha razón, resulta válido afirmar que la negociación colectiva constituye el medio primordial de acción de la organización sindical para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios"*

**VIGÉSIMO SEPTIMO:** Ahora bien, en lo que respecta a la constitucionalidad - a nivel jurisprudencial- del convenio colectivo, se podrá advertir que, a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 008-2005-PI/TC, el propio TC ha definido su estructura y alcances legales, pues el mismo es:

*"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.(...)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".*

Además, en el referido fallo, se ha precisado los elementos constitutivos del convenio colectivo en el sector privado y al público, al recalcar:

**"(...) 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".*

**VIGÉSIMO OCTAVO: Respecto al sistema de representación de los sindicatos.-** Para efectos del nivel de representación, el artículo 9º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo<sup>18</sup>, regulado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, y su reglamento<sup>19</sup> prescriben que el sistema de mayor representación se otorgará al sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores dentro de su ámbito, en donde tal legitimidad en defensa de la totalidad de los trabajadores, incluso de los trabajadores no sindicalizados, se determinará conforme que sumado afilien a más de la mitad de los trabajadores dentro de la empresa.

Así, en base al argumento de asegurar la defensa de los intereses de los trabajadores, se ha confinado determinadas funciones únicamente a los sindicatos mayoritarios, pues nuestro sistema legal otorga a la presente institución procesal una solución intermedia entre el respeto a la pluralidad sindical, es decir, el igual tratamiento en la diversidad de los sindicatos y el fortalecimiento de la efectividad en la protección de los interés de los trabajadores; por lo que, bajo ninguna circunstancia, la presente conclusión podrá significar alguna exclusión de la participación de un sindicato minoritario en el procedimiento de negociación colectiva; en ese sentido, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo . OIT, ha prescrito que:

---

<sup>18</sup> El artículo 9º del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo prescribe que *"En materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados. De existir varios sindicatos dentro de un mismo ámbito, podrán ejercer conjuntamente la representación de la totalidad de los trabajadores los sindicatos que afilien en conjunto a más de la mitad de ellos. En tal caso, los sindicatos determinarán la forma en que ejercerán esa representación, sea a prorrata, proporcional al número de afiliados, o encomendada a uno de los sindicatos. De no haber acuerdo, cada sindicato representa únicamente a sus afiliados"*.

<sup>19</sup> El artículo 34º del Decreto Supremo N° 011-92-TR dispone que *"En concordancia con lo dispuesto en los artículos 9 y 47 de la Ley, en materia de negociación colectiva, la representación de todos los trabajadores del respectivo ámbito, a excepción del personal de dirección y de confianza, será ejercida por el sindicato cuyos miembros constituyan mayoría absoluta respecto del número total de trabajadores del ámbito correspondiente. Para estos efectos, se entiende por ámbito, los niveles de empresa, o los de una categoría, sección o establecimiento de aquella; y los de actividad, gremio y oficios de que trata el Artículo 5 de la Ley. En el caso que ningún sindicato de un mismo ámbito afilie a la mayoría absoluta de trabajadores de éste, su representación se limita a sus afiliados. Sin embargo, los sindicatos que en conjunto afilien a más de la mitad de los trabajadores del respectivo ámbito, podrán representar a la totalidad de tales trabajadores a condición de que se pongan de acuerdo sobre la forma en que ejercerán la representación de sus afiliados. De no existir acuerdo sobre el particular, cada uno de ellos sólo representará a sus afiliados"*.



*"Cuando la legislación de un país establece una distinción entre el sindicato más representativo y los demás sindicatos, este sistema no debería impedir el funcionamiento de los sindicatos minoritarios y menos aún privarlos del derecho de presentar demandas en nombre de sus miembros y de representarlos en caso de conflictos individuales"*

**VIGÉSIMO NOVENO:** Por lo que, a través del Exp. N° 03655-2011-PA/TC, el colegiado constitucional ha determinado:

*"También es importante precisar que en nuestras normas laborales -desde el artículo 28° de la Constitución- se ha consagrado el régimen de pluralidad sindical, es decir, se permite la coexistencia de varios sindicatos en una misma empresa (u otro sistema de relaciones laborales), pues se entiende que el derecho de libertad sindical que asiste a todos los trabajadores implica poder crear tantas organizaciones como intereses pretendan defender. (...) Por otro lado, también se ha establecido el "sistema de mayor representación" para iniciar la negociación colectiva, según el cual se otorga al sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores dentro de su ámbito, la representación de la totalidad de los trabajadores, incluso de los trabajadores no sindicalizados; o la representación al conjunto de sindicato que sumado afilien a más de la mitad de los trabajadores (artículo 9° del Decreto Supremo N.0 010-2003-TR) (...) Todo ello es así a fin de asegurar la defensa de los intereses de los trabajadores, confiando determinadas funciones únicamente a los sindicatos mayoritarios. De esta manera, la institución de la "mayor representatividad sindical" aparece como una solución intermedia entre el respeto a la pluralidad sindical, es decir, el igual (tratamiento de los sindicatos, conforme al derecho de libertad sindical; y el fortalecimiento de la efectividad en la protección de los interés de los trabajadores. Cabe agregar que esto, bajo ninguna circunstancia, puede significar tampoco la exclusión de la participación de un sindicato minoritario en el procedimiento de negociación colectiva, esto es, que se pretenda limitar en forma absoluta su representación o ejercicio de los derechos inherentes a la libertad sindical, pues el sistema de mayor representación lo que busca es precisamente, valga la redundancia, representar a los trabajadores, lo cual obviamente incluye también, y con mayor razón, a las minorías sindicales".*

A nivel de la Corte Suprema de la República, a través de la Casación N° 1315-2016-Lima, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria ha prescrito, por cuanto:

*"Estando a lo antes glosado, nuestra legislación laboral ha consagrado el régimen de pluralidad **sindical**; es decir, se permite la coexistencia de varios **sindicatos** en una misma empresa (u otro sistema de relaciones laborales), pues se entiende que el derecho de **libertad sindical** que asiste a todos los trabajadores implica poder crear tantas organizaciones como intereses pretendan defender. Empero, es importante precisar que también se ha establecido el «sistema de mayor representación» para iniciar la negociación colectiva, según el cual se otorga al **sindicato** que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores dentro de su ámbito, la representación de la totalidad de los trabajadores, incluso de los **trabajadores no sindicalizados**; o la representación al conjunto de **sindicatos** que sumado afilien a más de la mitad de los*



trabajadores (artículo 9° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR)(...) Ahora bien, lo afirmado supone que en una empresa donde existan varios **sindicatos minoritarios** y no exista una con «mayor **representatividad sindical**» estos podrán, con el sistema de representación en la negociación colectiva vigente en nuestro ordenamiento jurídico, negociar individualmente y en forma directa con el empleador(...) Por otro lado, existiendo un **sindicato** agrupando a la mayoría absoluta de los trabajadores, los **sindicatos minoritarios** pueden ejercer o representar sus intereses; y como bien ha señalado el Tribunal Constitucional la participación de los **sindicatos minoritarios** en este supuesto debe ser canalizado, "permitiendo ser escuchados o incluso, si fuera el caso, integrándose en forma activa en la negociación que lleve a cabo el **sindicato mayoritario**. Esto obviamente ocurrirá según el libre acuerdo con que los **sindicatos mayoritarios** y minoritarios establezcan como mecanismo más idóneo de participación mutua, ello a fin de no vaciar de contenido el derecho a la negociación colectiva del **sindicato minoritario**. El **sindicato mayoritario**, por su parte, tiene el deber de recibir todas las propuestas de las minorías sindicales y concertar de la mejor forma posible todos los intereses involucrados por las partes involucradas" (...) En el orden de ideas expuesto, el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento establecen, que el **sindicato** más representativo; es decir, aquél que afilie a la mayoría absoluta de trabajadores de un ámbito determinado, ejerce la representación de éstos y de todos los trabajadores de dicho ámbito (afiliados o no afiliados); en cambio, el **sindicato** que no cuente con dicha mayoría solo asume la representación de sus afiliados. En razón a lo expuesto, el convenio, suscrito por el **sindicato** que afilia a la mayoría absoluta de trabajadores de un determinado ámbito (**sindicato mayoritario**), comprenderá a todos los trabajadores del mismo (afiliados y no afiliados); en tanto que, si el **sindicato** no afilia a dicha mayoría y tienen la condición de **sindicato minoritario**, el convenio que suscriba alcanzará únicamente a sus afiliados".

**TRIGÉSIMO: Sobre el caso en concreto (Agravio N° 02 de la demandante).**- De esto, **la parte demandante** reitera que sobre el pago de los conceptos convencionales de movilidad y refrigerio, el juez ha cometido un error al rechazarlos, en tanto que la actora estuvo impedida de ejercer su derecho afiliación al Sindicato por el período en el que se encontraba como locadora de servicios, por lo que recién se afilió cuando fue incorporada en planillas se reconoció su vínculo laboral y no de forma retroactiva. Asimismo, se debe tomar en cuenta que la actora ha acreditado la base normativa, así como las planillas electrónicas donde se registran las remuneraciones de tres trabajadores que sin estar afiliadas al Sindicato, si les otorgaban los beneficios sindicales reclamados. Agrega que la entidad emplazada no ha acreditado si la organización sindical es mayoritaria o no, si los incrementos y beneficios otorgados por Convenio Colectivo y/o Laudo Arbitral sólo fueron extensivos a los trabajadores afiliados.

De lo revisado, el **órgano jurisdiccional** sintetiza que de las documentales aportadas al proceso, como son los convenios, no se desprende de manera concreta y objetiva que en los años que se realizaron las negociaciones, por el cual la actora solicita los beneficios económicos derivados de los sindicatos SINATBAN, SUTBAN y SINATRABAN – BANCO DE LA NACIÓN, estos



mismos hayas tenido la calidad de sindicato mayoritario, precisando que es carga probatoria de la parte actora acreditar año por año que los sindicatos SINATBAN, SUTBAN y SINATRABAN, ostenta la calidad de sindicato mayoritario, toda vez que en el tiempo las cosas pueden ir cambiando, por lo tanto la actora no ha cumplido con su carga probatoria conforme dispone el artículo 23.3 de la ley N° 29497. Aunado a ello que no cumplía con la condición de ser afiliado, pues su afiliación se dio en febrero del 2018 a SUTBAN, ello se puede advertir del descuento sindical de la boleta de pago del mes de febrero del 2018 (fs. 668 y 669), fecha posterior a la celebración de los convenios colectivos y laudo arbitral. Con lo que se colige que no cumple con las condiciones contenidas en las instrumentales no se encontraba laborando en la fecha de la negociación (convenio 2010), ni se encontraba afiliado en la fecha de las negociaciones colectivas y laudo arbitral, ni en la dación de los mismos, ni ha acreditado que los sindicatos que participaron en la negociaciones y laudo haya tenido la calidad de mayoritario. Por todos los hechos expuestos este extremo de la demanda deviene en infundado.

**TRIGÉSIMO PRIMERO:** Así, este **Colegiado Superior** advierte en primer lugar que la **base normativa** por la cual la parte actora sostiene su pedido de pago de los beneficios de **MOVILIDAD y REFRIGERIO** son el **Convenio Colectivo del 2010, el Laudo Arbitral del 2011 y el Convenio Colectivo del 2013**, conforme se aprecia en el detalle de su petitorio (fojas 7 del EJE):

- EL PAGO DE **S/. 13,442.00 (Trece Mil Cuatrocientos Cuarenta y Dos con 00/100 Soles)** POR CONCEPTO DE ASIGNACION POR REFRIGERIO OTORGADA POR CONVENIOS COLECTIVOS DEL AÑO 2013 Y, LAUDO ARBITRAL DEL AÑO 2011, POR EL PERIODO COMPRENDIDO DEL 19 DE ENERO DEL 2012 AL 05 DE FEBRERO DEL 2017.

- EL PAGO DE **S/. 10,208.00 (Diez Mil Doscientos Ocho con 00/100 Soles)** POR CONCEPTO DE ASIGNACION POR MOVILIDAD OTORGADA POR CONVENIOS COLECTIVOS DE LOS AÑOS 2010 Y 2013, POR EL PERIODO COMPRENDIDO DEL 19 DE ENERO DEL 2012 AL 05 DE FEBRERO DEL 2017.

En ese sentido, consideramos que para deliberar si estos instrumentos colectivos le son aplicables al actor, se deben revisar y analizar el ámbito de aplicación de cada uno de ellos.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO:** Por consiguiente, respecto al **Convenio Colectivo del año 2010** (SINATBAN) suscrito el día **16 de septiembre del 2010**; que obra a fojas 367 del EJE se ha establecido en la primera cláusula, lo siguiente:



**PRIMERA: AMBITO Y APLICACIÓN.**

El presente convenio será aplicable para todos los trabajadores del BANCO DE LA NACION que tengan relación laboral vigente a la fecha de suscripción de este convenio y hayan superado el periodo de prueba, con excepción de aquellos trabajadores que tengan relación laboral provisional y regirá por el plazo de Un (01) año contado a partir del 01 de enero 2010 al 31 de diciembre del año 2010.

El presente convenio colectivo tendrá aplicación en todo el territorio del Perú, por tener EL SINDICATO como EL BANCO alcance nacional.

De la cláusula antes citada, se advierte que dicho Convenio sólo es aplicable aquellos trabajadores del BANCO DE LA NACIÓN que tenga relación laboral vigente al 16 de septiembre del 2010, y estando que en el presente proceso se ha determinado como fecha de inicio de la relación laboral entre la actora y la demandada el 19 de enero del 2012, entonces no existe argumento jurídico o fáctico alguno que nos permita concluir que dicho Pacto pueda ser aplicable a la actora, **por lo que se confirma este extremo de la Sentencia venida en grado, que declaró Infundada la aplicación de este Convenio al caso de autos.**

**TRIGÉSIMO TERCERO:** Ahora bien, respecto al **Laudo Arbitral correspondiente al año 2011** (Coalición SUTBAN y SINATRABAN) de fecha **23 de marzo del 2012**; que obra a fojas 371 del EJE se ha resuelto como primera cláusula, lo siguiente:

**PRIMERA: AMBITO Y APLICACIÓN**

El presente convenio será aplicable para todos los trabajadores del Banco afiliados al Sindicato Unitario de Trabajadores del Banco de la Nación (SUTBAN), y el Sindicato Nacional Amplio de Trabajadores del Banco de la Nación (SINATRABAN) que tengan relación laboral vigente al 31 de diciembre de 2010 y regirá por el plazo de un (01) año contado a partir del 01 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011.

De la cláusula antes citada, se advierte que dicho Laudo Arbitral sólo es aplicable aquellos trabajadores del BANCO DE LA NACIÓN afiliados al SUTBAN y SINATRAN, que tenga relación laboral vigente al 31 de diciembre del 2010, y estando que en el presente proceso se ha determinado como fecha de inicio de la relación laboral entre la actora y la demandada el 19 de enero del 2012, entonces no existe argumento jurídico o fáctico alguno que nos permita concluir que dicho Pacto pueda ser aplicable a la actora, **por lo que se**



confirma este extremo de la Sentencia venida en grado, que declaró Infundada la aplicación de este Laudo al caso de autos.

**TRIGÉSIMO CUARTO:** Por otro lado, en cuanto al **Convenio Colectivo del año 2013 (SUTBAN)** suscrito el día **23 de julio del 2013**; que obra a fojas 400 del EJE se ha resuelto como primera cláusula, lo siguiente:

PRIMERA: ÁMBITO Y APLICACION  
El presente convenio será aplicable para todos los trabajadores del Banco de la Nación afiliados al Sindicato Unitario de Trabajadores del Banco de la Nación (SUTBAN) que tengan relación laboral vigente a la fecha de suscripción de este convenio y regirá por el plazo de Un (01) año contado a partir del 01 de enero del 2013 hasta el 31 de diciembre del 2013.

De la cláusula antes citada, se advierte que dicho Convenio sólo es aplicable a aquellos **i) trabajadores del BANCO DE LA NACIÓN afiliados al SUTBAN** y que **ii) tenga relación laboral vigente al 23 de julio del 2013**.

En consecuencia, si bien la actora cumple con el segundo requisito (tener relación vigente al 23 de julio del 2013), sin embargo respecto al primer requisito, se advierte que en ninguna de sus disposiciones se estableció que los beneficios convencionales se aplicarían o extenderían a los trabajadores no afiliados, de hecho, fueron explícitos en señalar que se delimitará únicamente **“a todos los trabajadores del Banco de la Nación afiliados al SUTBAN”**, empero, también lo es que a dicha fecha la actora mantenía una relación laboral encubierta a través de contratos de locación de servicios, el mismo que constituye un impedimento fáctico y jurídico de poder afiliarse a un Sindicato de Trabajadores y por ende no pudo gozar de los beneficios convencionales que hoy reclama, entonces para este **Colegiado Superior** no existe justificación lógica en que la actora tenga que acreditar su afiliación al mencionado Sindicato, así como que éste sea mayoritario o no, pues constituiría una absurda e irrazonable carga probatoria, estando que lo único que debe probar es la existencia del acuerdo mediante la cual se pactó el otorgamiento del beneficio convencional que pretende.

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República a través de las **Casaciones Laborales N° 105-2018 LIMA, N° 4009-2017 LIMA, N° 4007-2018 LIMA**, entre otras, han establecido en unísono, lo siguiente:

*“En atención a lo expuesto, si bien un convenio colectivo celebrado por una organización sindical minoritaria, no puede extender sus efectos a los no afiliados, pues se requiere la mayor representatividad sindical, de acuerdo con el artículo 9° del Decreto supremo N° 010-2003- TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y el artículo 34° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR ; sin embargo, **este supuesto de hecho no puede aplicarse a los trabajadores que formalmente estuvieron bajo***



contratos de naturaleza civil y posteriormente, en proceso judicial, se reconoció su relación laboral, toda vez que se encontraban impedidos de ejercer su derecho constitucional a la libertad sindical positiva, respecto a la facultad de afiliarse a un sindicato, lo que está prohibido en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú. En consecuencia, no resulta exigible a los demandantes que pretendan, vía proceso judicial, el reconocimiento de su vínculo laboral y como consecuencia, la percepción de los beneficios económicos plasmados en una convención colectiva, la acreditación de la representatividad del Sindicato que ha sido parte de la negociación colectiva

(...)

En consecuencia, cuando el convenio colectivo ha sido celebrado por una organización sindical de representación limitada, que no goza de la representatividad de la mayoría de los trabajadores, no pueden extenderse los efectos del convenio colectivo de este sindicato a los no afiliados, salvo disposición en contrario expresa en el propio convenio colectivo, o cuando limite al trabajador su ejercicio del derecho constitucional a la libertad sindical individual positiva, respecto a la facultad de afiliarse a un sindicato”

**TRIGÉSIMO QUINTO:** Estando a lo antes expuesto, esta **Instancia Superior** considera que en el caso específico de autos sí es aplicable el **Convenio Colectivo del año 2013**, por ende corresponde el otorgamiento de los conceptos de **MOVILIDAD y REFRIGERIO** conforme a los términos acordados en dicho Pacto Convencional.

Así pues, en la cláusula segunda referida al **REFRIGERIO**, se ha establecido lo siguiente:

SEGUNDA: ASIGNACIÓN REFRIGERIO

Las partes acuerdan elevar el monto que se otorga por la condición de trabajo refrigerio de S/. 7.00 a S/. 11.00 (ONCE CON 00/100 NUEVOS SOLES) por día trabajado. El presente acuerdo se establece con carácter permanente.

De lo antes citado, estando que el Convenio Colectivo del 2013 rige desde el 01 de enero de dicho año, así como que este concepto ha sido calificado como uno de carácter permanente en el tiempo y teniendo en cuenta que el pedido respecto a este concepto es hasta el 05 de febrero del 2017, entonces corresponderá liquidar la asignación del refrigerio desde el **01 de enero del 2013 hasta el 05 de febrero del 2017 a razón de S/. 11,00 Soles diarios.**

Por su parte, en cuanto a la **MOVILIDAD**, en la tercera cláusula se ha acordado lo siguiente:



**TERCERA: ASIGNACIÓN MOVILIDAD**

Las partes acuerdan elevar el monto que se otorga por la condición de trabajo Asignación Movilidad de S/. 7.00 a S/. 8.00 (OCHO CON 00/100 NUEVOS SOLES), por día trabajado. El presente acuerdo se establece con carácter permanente.

De lo antes citado, estando que el Convenio Colectivo del 2013 rige desde el 01 de enero de dicho año, así como que este concepto ha sido calificado como uno de carácter permanente en el tiempo y teniendo en cuenta que el pedido respecto a este concepto es hasta el 05 de febrero del 2017, entonces corresponderá liquidar la asignación de movilidad desde el **01 de enero del 2013 hasta el 05 de febrero del 2017 a razón de S/. 8,00 Soles diarios.**

Por estas consideraciones, se procede a liquidar ambos beneficios colectivos, conforme a lo siguiente:

PERIODO	DIAS	REFRIGERIO S/.11	MOVILIDAD S/8
ene-13	22	242,00	176,00
feb-13	VAC		
mar-13	20	220,00	160,00
abr-13	22	242,00	176,00
may-13	20	220,00	160,00
jun-13	21	231,00	168,00
jul-13	20	220,00	160,00
ago-13	20	220,00	160,00
sep-13	22	242,00	176,00
oct-13	21	231,00	168,00
nov-13	21	231,00	168,00
dic-13	20	220,00	160,00
ene-14	22	242,00	176,00
feb-14	VAC		
mar-14	20	220,00	160,00
abr-14	22	242,00	176,00
may-14	20	220,00	160,00
jun-14	21	231,00	168,00
jul-14	20	220,00	160,00
ago-14	20	220,00	160,00
sep-14	22	242,00	176,00
oct-14	21	231,00	168,00
nov-14	21	231,00	168,00





dic-14	20	220,00	160,00
ene-15	22	242,00	176,00
feb-15	VAC		
mar-15	20	220,00	160,00
abr-15	22	242,00	176,00
may-15	20	220,00	160,00
jun-15	21	231,00	168,00
jul-15	20	220,00	160,00
ago-15	20	220,00	160,00
sep-15	22	242,00	176,00
oct-15	21	231,00	168,00
nov-15	21	231,00	168,00
dic-15	20	220,00	160,00
ene-16	22	242,00	176,00
feb-16	VAC		
mar-16	20	220,00	160,00
abr-16	22	242,00	176,00
may-16	20	220,00	160,00
jun-16	21	231,00	168,00
jul-16	20	220,00	160,00
ago-16	20	220,00	160,00
sep-16	22	242,00	176,00
oct-16	21	231,00	168,00
nov-16	21	231,00	168,00
dic-16	20	220,00	160,00
ene-17	22	242,00	176,00
feb-17	VAC		
S/.		10.318,00	7.504,00

Por estas consideraciones, **corresponde estimar en parte el agravio N° 02 deducido por la parte demandante**, debiendo revocar este extremo de la Sentencia venida en grado, reformándose se declaran FUNDADOS los pedidos de MOVILIDAD Y REFRIGERIO únicamente en aplicación del Convenio Colectivo del año 2013, confirmándose la desestimación de la aplicación del Convenio Colectivo del año 2010 y del Laudo Arbitral del año 2011.

.....



**TRIGÉSIMO SEXTO: Del derecho constitucional a la igualdad y el concepto de equidad en las remuneraciones.-** El Derecho a la Igualdad ante la Ley (consagrado en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú) aparte de ser un derecho fundamental, también es un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos; pues se trata de un reconocimiento por el cual todo ciudadano no podrá ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (esto es: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" o "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes.

Asimismo, dentro del presente derecho, también se ha precisado que no toda desigualdad constituirá necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales, sino un trato desigual el cual carezca de una **justificación objetiva y razonable**<sup>20</sup>. En efecto, la aplicación del principio de igualdad no excluirá un tratamiento desigual, por ello, no se vulnerará dicho principio cuando se establezca una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables; en donde una parte no podrá modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Por tal razón, a través de las sentencias recaídas en los Exp. N° 2537-2002-AA/TC y N° 02861-2010-PA/TC, el propio TC ha concluido que el presente derecho constitucional se sujeta en los siguientes términos:

*“(…) La igualdad, como derecho fundamental, está consagrada por el artículo 2.2° de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: “(…) toda persona tiene derecho (…) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino de que sean tratadas de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación. (…) Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una*

<sup>20</sup> En el Exp. N° 2537-2002-AA/TC, el propio Tribunal Constitucional precisó que “La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. Así, también el artículo 14 dice que la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad”.



*fundamentación suficiente y razonable (...) Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables (...)*"

**TRIGÉSIMO SEPTIMO:** Asimismo, en materia propiamente laboral, el artículo 1° del Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, el cual el Estado Peruano forma parte a través de su aprobación mediante Decreto Ley N° 17687 publicado el 07 de junio de 1969 y ratificado el 10 de agosto de 1970, ha prescrito que:

"A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

- a. *Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;*
- b. *Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados".*

Por lo que, la propia OIT ha establecido una definición amplia de **discriminación**, señalando que se entiende como tal toda distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga como efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación; exceptuando de aquellas, las medidas especiales que se dicten para satisfacer las necesidades particulares de las personas a los que, por razones de edad, sexo, invalidez, cargas familiares o nivel social o cultural, generalmente se les reconozca como necesitados de protección o asistencia especial.

**TRIGÉSIMO OCTAVO:** Asimismo, a nivel jurisprudencial, de la revisión de los Exp. N° 008-2005-PI/TC y N° 04922-2007-PA/TC, se podrá apreciar que el órgano de control de la constitución ha establecido el derecho a la igualdad en materia remunerativa, por cuanto:

*"(...) La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia. Así el artículo 103° de la Constitución Política del Perú compromete al Estado a expedir leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencias de las personas. En tal*



*sentido la igualdad de oportunidades en estricto, igualdad de trato - obliga a que la conducta ya sea del Estado o de los particulares, en relación a las actividades laborales, no genera una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria (...) Sobre el particular este Colegiado ha precisado 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" (Exp. N°008-2005-PI/TC)*

*"(...) La discriminación en materia laboral, estrictu sensu, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes: 1) acción directa: cuando 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; y 2) por acción indirecta: cuando 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." Por tanto 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.)". (Exp. N° 04922-2007-PA/TC)*

Tan es cierto lo afirmado, que recientemente la propia Corte Suprema ha expedido la Casación N° 20121-2016-Lima, por el cual se ratifica esta modalidad de interpretación, al sostenerse:

*"(...) Este Colegiado Supremo considera que no todo comportamiento que establezca una distinción constituye un acto **discriminatorio** y vulnera el derecho a la igualdad, pues, se debe tener presente que dentro de nuestra sociedad existe una serie de desigualdades, para las cuales se deben tomar un conjunto de medidas dirigidas a efectivizar la aplicación de dicho derecho, impidiendo que se limite solo a su reconocimiento formal, sino que llevado al campo fáctico, este se materialice en una igualdad de oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas (...) De lo expuesto, podemos afirmar válidamente que los principios de igualdad y de no **discriminación** no constituyen una facultad de las personas para exigir un trato igual a todos los demás en cualquier situación, sino que dichos derechos se encuentran orientados a exigir un comportamiento y trato igual entre sujetos que se encuentren en la misma condición; por lo tanto, un comportamiento será calificado como **discriminatorio**, y por ende, vulnerará el derecho a la igualdad tutelado por el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, cuando establezca una diferenciación entre personas que se encuentren en idéntica situación, siempre que no medie causa objetiva y razonable para ello".*

**TRIGÉSIMO NOVENO: Sobre el caso en concreto (Agravio N° 03 del demandante).**- De esto, **la parte demandante** reitera que respecto al bono extraordinario por desempeño grupal, el A-quo yerra al no otorgarlo, por cuanto en materia laboral, se debe tener en cuenta la situación peculiar que ostentan



las partes en el marco de un contrato de trabajo, más aún cuando el trabajador se encuentra subordinado a su empleador, lo cual produce el quebrantamiento de la igualdad paritaria. Es así que, acreditado la condición de trabajador sujeto a un contrato de trabajo a plazo indeterminado y que dicha condición era ostentada por el demandante en la oportunidad que correspondía otorgar el bono por desempeño grupal solicitado, es a la demandada a quién corresponde acreditar que los trabajadores del área en la desempeña servicios el actor fueron evaluados y cuál fue el criterio de evaluación aplicado para otorgar el bono reclamado. La demandada, sin embargo se ha limitado la no evaluación del demandante.

De ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** ha concluido que tanto en el Acuerdo de Directorio N° 1564 y 1593, se esta bleció que será distribuido entre los trabajadores activos a la fecha de pago, con contrato vigente y en función a criterios de valoración: Factor de Desempeño Grupal, basado en el último resultado de la aplicación del sistema de valuación por Desempeño Laboral, factor de valoración por categorías. La demandante ha contradicho, pero no ha adjuntado instrumentales de las que se puede verificar que haya cumplido con las condiciones, esto la evaluación, en consecuencia, no resulta amparable esta pretensión.

**CUADRAGÉSIMO:** Así, este **Colegiado Superior** advierte que no es materia de controversia la existencia del **BONO POR DESEMPEÑO GRUPAL**, de hecho la actora ha cumplido con su carga probatoria de acreditar la fuente normativa de este beneficio otorgado por el empleador (fojas 411 del EJE), asimismo, la parte demandada ha presentado vasta documentación que obran de fojas 573 al 609 del EJE donde en síntesis se aprecia que el otorgamiento de dicho bono está sujeto a una supuesta evaluación que la demandada realiza a los trabajadores.

Ahora bien, en ese sentido, corresponde hacerse la siguiente interrogante, *¿A quién corresponde la carga de probar respecto a las evaluaciones que realiza la parte demandada a su personal?* A nuestro criterio, teniendo en cuenta que la actora no es quién evalúa ni tiene disposición de dicha documentación, la cual forma parte de la organización de la demandada, es la emplazada quién en aplicación de la **teoría de la carga probatoria dinámica**, debió presentar la documentación relacionada con evaluaciones, porque si bien, adjuntó documentación interna que reglamenta dicho beneficio, no se advierte documental alguno en todo el expediente electrónico que acredite la existencia de alguna evaluación a sus trabajadores, teniendo en cuenta que según la tesis de la parte demandante, el BANCO no hace evaluaciones y el otorgamiento de dicho beneficio sería a su solo arbitrio y decisión.

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO:** Al respecto, se debe tener en cuenta que el fundamento central para la desestimación de este beneficio en primera instancia es que la demandante no habría presentado o demostrado que fue evaluada; fundamento que no es compartido por este **Colegiado Superior**, por cuanto la demandante no podría jamás presentar una evaluación que



conforme lo dicho por el BANCO no existió, lo que hace una imposibilidad material.

Entonces, siguiendo la lógica de la parte demandada y de lo que se desprende de los documentos (parte formal), estas evaluaciones se habrían desarrollado bajo parámetros objetivos sobre las funciones, desempeño, etc, en ese sentido, en el caso que exista una justificación lógica, objetiva y razonable para que un grupo de trabajadores sean beneficiados con dicho **BONO POR DESEMPEÑO GRUPAL**, entonces el hecho de que otros (como la actora) no lo perciban o que no sean evaluadas, también debe tener una justificación objetiva, sin embargo el **BANCO DE LA NACIÓN** no ha esgrimido las razones objetivas por las cuales la actora no percibe ni es evaluada para el otorgamiento de dicho beneficio, pues se ha limitado a señalar, durante todo el proceso judicial, que la actora no ha demostrado que haya sido evaluada en forma favorable por el BANCO DE LA NACIÓN, lo cual demuestra que la entidad empleadora es quién a su sola decisión “evalúa” a ciertos trabajadores que dicha entidad considera merecedores de dicho pago, empero no se advierte en autos de que se haya llevado alguna vez una evaluación a un grupo de trabajadores en concreto, solo documentos que pretenden justificar la entrega selectiva y discriminada del tan mencionado **BONO POR DESEMPEÑO GRUPAL**, lo que nuestro juicio constituye una forma de entorpecer y obstaculizar el tránsito regular de un proceso judicial, por lo que en aplicación de las presunciones legales derivadas de las conductas de las partes (art. 29º de la NLPT) y en atención a los medios probatorios aportados en autos, **se evidencia que en el caso de autos se ha vulnerado el derecho constitucional a la igualdad y no discriminación en la equidad de las remuneraciones, pues pese a que la parte demandante ha cumplido con su carga de probar la existencia y la fuente normativa del beneficio que reclama, la parte demandada no ha acreditado o justificado objetivamente las razones por las cuales la demandante no ha sido beneficiada con su otorgamiento y/o evaluación para su obtención.**

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO:** En ese sentido, corresponderá otorgar a la parte demandante el **BONO POR DESEMPEÑO GRUPAL**, la misma que debe ser calculada desde **mayo del 2012 a octubre del 2016**, teniendo en cuenta que este beneficio es percibido en mayo y octubre, a excepción de los años 2015 y 2016 que se acordó abonarlo en una sola armada.

Ahora bien, en cuanto al cálculo, si bien la parte demandante indica que en cada oportunidad, le corresponde dos remuneraciones mensuales, sin embargo, de conformidad con el **Acuerdo de Directorio N° 1564**, se precisa la forma de pago, la cual señala en su numeral 2) literales a) y b) lo siguiente:

*“(...) 2. El Bono por Desempeño Grupal será abonado en dos partes, en la primera quincena de junio y octubre de 2005, conforme se indica a continuación: a) **La primera parte correspondiente al 50% del monto será distribuido entre los trabajadores activos a la fecha de pago, con contrato vigente al 31 de marzo de 2005. Este pago tendrá carácter cancelatorio.***



**b) El 50% restante correspondiente a la segunda parte será distribuido entre los trabajadores activos a la fecha de pago, con contrato vigente al 30 de septiembre de 2005. Este pago tendrá carácter cancelatorio”.**

Es decir, la forma de pago no corresponde a dos remuneraciones básicas en cada oportunidad, como monto referencial para el cálculo de su pretensión, sino más bien coincidimos con la entidad financiera cuando indica que ésta debiera de corresponder aproximadamente al 50% de dicha remuneración básica en cada oportunidad (como lo ha indicado en la página 10 de su Contestación a la Demanda, fojas 523 del EJE), siendo la remuneración básica el 100% del total a repartir, en consecuencia, habiendo realizado un análisis razonable de lo aportado en el proceso, corresponde el monto de **S/. 17,250.00 Soles**, de acuerdo a la siguiente liquidación:

BONO POR DESEMPEÑO GRUPAL			
MES/AÑO	REMUNERACION BASICA	PORCENTAJE	IMPORTE BDG
may-12	2.500,00	50%	1.250,00
oct-12	2.500,00	50%	1.250,00
may-13	2.500,00	50%	1.250,00
oct-13	3.000,00	50%	1.500,00
may-14	4.000,00	50%	2.000,00
oct-14	4.000,00	50%	2.000,00
2015	4.000,00	100%	4.000,00
2016	4.000,00	100%	4.000,00
<b>S/.</b>			<b>17.250,00</b>

Por estas consideraciones, **corresponde estimar en parte el agravio N° 03 deducido por la parte demandante**, debiendo revocar este extremo de la Sentencia venida en grado, reformándose se declara FUNDADO el pago del bono por desempeño grupal.

.....

**CUADRAGÉSIMO TERCERO: Sobre los intereses legales y financieros.-** el Decreto Ley 25920 sanciona con el pago de intereses sobre los montos adeudados por el empleador, el mismo que “*se devengan a partir del siguiente de aquél en que se produjo el incumplimiento y hasta el día de su pago efectivo*”.

Por su parte los intereses financieros de la CTS son regulados por el Decreto Supremo N° 001-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 650.



**CUADRAGÉSIMO CUARTO: Sobre los costos procesales por parte del Estado.**- La fijación de costos procesales, obedece, en su dimensión material, a una idea de resarcimiento económico a la parte afectada, al haberse visto en la necesidad de recurrir a plantear una pretensión jurídica en sede jurisdiccional, así como el pago de tasas jurisdiccionales. En su dimensión formal, exige el ejercicio del derecho de petición sobre la circunstancia fáctica de un patrocinio real frente a la afectación de un derecho protegido<sup>21</sup>.

La fijación de costos y costas procesales, obedece, en su dimensión material, a una idea de resarcimiento económico a la parte afectada, al haberse visto en la necesidad de recurrir a plantear una pretensión jurídica en sede jurisdiccional, así como el pago de tasas jurisdiccionales.

Se debe tener en cuenta que conforme lo establece el artículo 31° de la Ley 29497 en concordancia con el artículo 412° del Código Procesal Civil vigente, *“El pago de los intereses legales y la condena en costos y costas no requieren ser demandados. Su cuantía o modo de liquidación es de expreso pronunciamiento en la sentencia”*.

**CUADRAGÉSIMO QUINTO: Del Caso Concreto (Agravios N° 03 de la demandada).** – De los actuados, **la parte demandada** refiere que respecto al extremo de la sentencia, que ordena el pago de intereses legales y financieros y costos del proceso, atendiendo a que dichas pretensiones son accesorias, solicitamos que este extremo de la sentencia sea revocado (conforme a la pretensión principal) y se declare Improcedente, por cuanto el Banco de la Nación se encuentra exonerado del pago de costos del proceso, por ser un Organismo Público Descentralizado del Sector Economía y Finanzas, conforme con el Decreto Legislativo N° 183, Ley 27231 que modificó el literal g) del artículo 24° de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 413° del Código Procesal Civil deviniendo en consecuencia en improcedente este extremo de la demanda. Dentro de estas circunstancias se debe valorar la conducta o mala fe procesal que haya demostrado el Banco de la Nación en la presente acción incoada por el actor, supuestos que no se han configurado en el presente caso, puesto que de los hechos se advierte que nuestra institución no ha entorpecido o actuado con mala fe en el presente proceso, siendo que por el contrario mi representada ha dado cabal cumplimiento a los requerimientos ordenados por su Despacho.

De ello, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** sostiene que habiéndose determinado la existencia de un adeudo de carácter laboral, corresponde amparar el pago intereses legales, los mismos que serán

<sup>21</sup> La premisa de fijación de costos procesales establecida por los artículos 56° del Código Procesal Constitucional y 412° del Código Procesal Civil, obedece, en su dimensión material, a una idea de resarcimiento económico a la parte afectada, al haberse visto en la necesidad de recurrir a plantear una pretensión jurídica en sede jurisdiccional. En su dimensión formal, exige el ejercicio del derecho de petición sobre la circunstancia fáctica de un patrocinio real frente a la afectación de un derecho protegido. Para ello, se podrá revisar el Exp. N° 06586-2008 expedida por la Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.





liquidados en ejecución de sentencia de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley N° 25920; así como también, disponer el pago de los intereses financieros respecto a la compensación por tiempo de servicios. En cuanto a las costas y costos del proceso, siendo la demandada una entidad del Estado, no corresponde la condena de costas. Sin embargo, considerando que conforme a lo estipulado en la Sétima Disposición Complementaria de la Ley N° 29497, en los procesos laborales el Estado puede ser condenado al pago de costos, debe considerarse que la demandante ha estado asistido por un abogado, asumiendo por tanto los gastos de sus honorarios profesionales, siendo además que la demandada habiendo concurrido a la etapa de conciliación judicial no pudo arribar a una pronta y pacífica solución de la controversia jurídica con la accionante. Por tal motivo, corresponde condenar a la demandada al pago de los costos procesales, los mismos que serán liquidados en ejecución de sentencia atendiendo a lo estipulado en el artículo 411° del mismo Código adjetivo.

**CUADRAGÉSIMO SEXTO:** Al respecto, esta **Instancia Superior** considera que la entidad empleadora no ha aportado ninguna norma legal, jurisprudencia, doctrina u otro tipo de fuente del Derecho que defienda la posición que el Estado se encuentra exonerado del pago de los intereses legales y financieros, tanto más si ya se ha determinado que la relación laboral de la actora es del Dec. Leg. 728 y a plazo indeterminado, así como el pago de los reintegros remunerativos e incidencia en los beneficios sociales pretendidos, así como convencionales, **por lo que no corresponde amparar este argumento de la entidad emplazada.**

**CUADRAGÉSIMO SEPTIMO:** Respecto a los costos del proceso, si bien el artículo 413° del Código Procesal Civil, dispone que e:

*“Están exentos de la condena en costas y costos los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales”*

Pero también es parte de ese desarrollo legislativo la Sétima Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo en tanto que estipula:

*“En los procesos laborales el Estado puede ser condenado al pago de costos”*

En consecuencia, el artículo 413° del Código Procesal Civil debe ser aplicado de acuerdo a su desarrollo legislativo. En esa medida, en materia laboral el Estado, todos los Poderes del Estado así como la administración pública podrán ser condenados al pago de costos.

**CUADRAGÉSIMO OCTAVO:** En efecto, ¿A qué obedece el hecho de si se condena o no al pago de costas y costos al Estado? La respuesta hay que buscarla vía interpretación finalista del dispositivo:



*“En los procesos laborales el Estado puede ser condenado al pago de costos”.*

Así, este Colegiado considera que la intención perseguida con dicho dispositivo es:

- (i) Que el Estado como empleador se vincule y actúe respetando las normas que rigen el trabajo dependiente con el objeto de reducir la judicialización de los conflictos jurídicos derivados de ello.
- (ii) En los casos en que el conflicto jurídico ya se generó y está judicializado a que antes de defender a ultranza el actuar de la institución se efectúe una valoración concienzuda del caso materia de litigio a efectos de reconocer los extremos que de modo objetivo resulten acorde a la justicia; pues, la defensa jurídica del estado tampoco puede significar litigar por el sólo hecho de no dejar en indefensión al Estado sino litigar con base a probabilidades de éxito.

De lo contrario el Estado desde sus propios órganos estaría amparando una judicialización improductiva y que, por el contrario, genera una saturación en la atención de las causas por los órganos jurisdiccionales, afectando de ese modo la administración de justicia laboral para la sociedad. Por tanto, el Estado debe ser condenado al pago de costos únicamente si es que no se ha efectuado una defensa jurídica realista y con probabilidades de éxito, esto es, si ha tenido suficientes motivos razonables para litigar por los extremos en que haya sostenido el conflicto jurídico.

**CUADRAGÉSIMO NOVENO:** Por tal razón, este **Colegiado Superior** advierte que el BANCO DE LA NACIÓN actuó sin respetar las normas que rigen la contratación del trabajo dependiente al contratar a la actora bajo locación de servicios, cuando en los hechos es una trabajadora subordinada, lo que ha generado que el presente caso se haya judicializado para evaluar su desnaturalización y pago de beneficios sociales y convencionales, a fin de que los derechos laborales del demandante sea reconocidos, lo que sin lugar a dudas supone que el comportamiento del organismo estatal es únicamente dilatoria al no haber tenido probabilidad alguna de éxito en la presente litis.

**Se precisa que el porcentaje de costos procesales se realizará en ejecución de sentencia.**

Con esto, **no corresponderá amparar el agravio N° 03 deducidos por la parte demandada en lo que respecta a los intereses legales y costos procesales**, debiendo ordenarse su cálculo dentro de la etapa de ejecución de la sentencia, sin costas procesales.

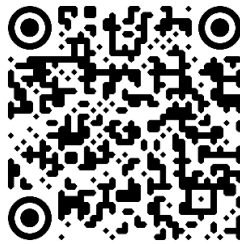
.....

**QUINCUAGÉSIMO:** Sobre la publicidad de la Audiencia de Vista de la Causa.- En aplicación del principio constitucional de publicidad del



proceso<sup>22</sup> y en aras de los principios de economía y celeridad procesal laboral<sup>23</sup>, hacemos de vuestro conocimiento que pueden acceder a la grabación de la Audiencia de Vista de la Causa a través del siguiente enlace web y/o escaneando el Código QR:

<https://www.facebook.com/octavasalalaboraldelima/videos/2820073064960878>



.....

### III. PARTE RESOLUTIVA:

Por los fundamentos expuestos, este Colegiado Superior, con la autoridad que le confiere el artículo 138º de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre de la Nación.

#### HA RESUELTO:

1.- **CONFIRMAR** la N° 326-2021-16JETL contenida en la Resolución N° 04 de fecha 30 de diciembre de 2021, en el cual se declaró **FUNDADA EN PARTE** la Demanda, que ordenó lo siguiente:

- a) **SE DECLARA LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO** bajo el régimen de la actividad privada (Decreto Legislativo 728), por el periodo que se extiende desde el **19 de enero del 2012 hasta el 05 de febrero del 2017**, debiendo la emplazada reconocer el tiempo de servicios de la demandante durante dicho periodo como relación laboral;
- b) Asimismo, se ordena a la emplazada, **cumpla con efectuar la inscripción de la actora en sus libros de planillas, como trabajadora bajo el régimen de la actividad privada (D. L. 728)**, en los periodos que corresponden del **19 de enero del 2012 hasta el 05 de febrero del 2017**.

<sup>22</sup> El artículo 139º inciso 4) de la Constitución Política del Perú señala que “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) La publicidad en los procesos, ...; ésta tiene relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8 inciso 5”.* Asimismo, el artículo 10º de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha dispuesto que “*Toda actuación judicial es pública, con las excepciones que la Constitución y las leyes autorizan”.*

<sup>23</sup> El artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo establece que “*El proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad”.*



- c) **Infundados** los extremos: **Nivelación de la Remuneración Básica por incremento remunerativo por laudo arbitral 2016 y su incidencia en la CTS, en las Gratificaciones, bonificación 9%, por el periodo comprendido desde el 06 de febrero del 2017 al 31 de octubre del 2020 (por haberse cancelado en forma diminuta, al reducirse en forma unilateral la remuneración básica percibida), por los fundamentos esbozados en la presente resolución.**
- d) Cumpla la emplazada con pagar a la accionante la suma de **CIENTO CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO CON 29/100 SOLES (S/. 104,535.29)** por los conceptos de gratificaciones legales, bonificación extraordinaria 9%, remuneraciones e indemnizaciones vacacionales por los periodos reconocidos, conforme se ha especificado para cada uno de los beneficios amparado en los considerandos pertinentes y pago de utilidades de los años 2012 a 2017; más intereses legales a liquidarse en ejecución de sentencia.
- e) Asimismo, la demandada deberá **constituirse como DEPOSITARIA de la Compensación por Tiempo de Servicios del demandante por el periodo 19 de enero de 2012 al 31 de octubre de 2015** ascendente a la suma de **TRECE MIL NOVECIENTOS VEINTITRES CON 84/100 SOLES (S/. 13.923.84)**, la misma que deberá ser otorgada a la demandante al momento del cese de la relación laboral y el respectivo pago por concepto de intereses financieros.
- f) Finalmente, la emplazada deberá **DEPOSITAR** la suma de **CINCO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES CON 52/100 SOLES (S/. 5,833.52)**, correspondiente al periodo **01 de noviembre de 2015 al 05 de febrero del 2017** en la cuenta de Compensación por Tiempo de Servicios elegida por el demandante, más los intereses financieros a liquidarse en ejecución de sentencia.
- g) **FACULTAR** a la demandada a realizar las deducciones pertinentes que estén establecidas expresamente en la ley y siempre que sean compatibles con los ingresos mensuales percibidos por la actora.
- h) Se condena a la emplazada al pago costos del proceso, los cuales serán liquidados al momento de la ejecución de sentencia. sin costas.

**2.- REVOCAR** la N° 326-2021-16°JETL contenida en la Resolución N° 04 de fecha 30 de diciembre de 2021, en el cual se declaró Infundados los siguientes extremos: el reintegro de remuneraciones por obtener el monto reducido de S/. 3,270.00 Soles, la Movilidad y el Refrigerio, y el bono por desempeño grupal, por lo que reformándose los declaramos **FUNDADOS**, debiéndose ordenar lo siguiente:

- i) Cumpla la emplazada con **Nivelar la Remuneración Básica** de la actora a la suma de **S/. 4,000.00 Soles**.
- j) Cumpla la emplazada con pagar a la accionante la suma de **CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE CON 18/100 SOLES (S/. 41,337.18)** por concepto de **Reintegro de Remuneración Básica** a la suma de **S/. 4,000.00 Soles** y su incidencia en las



- Gratificaciones y bonificación 9%, por el periodo comprendido desde el 06 de febrero del 2017 al 31 de octubre del 2020.**
- k) Cumpla la emplazada deberá DEPOSITAR la suma de SIETE MIL CIENTO SETENTA Y SIETE CON 50/100 SOLES (S/. 7,177.50), como incidencia del reintegro de remuneraciones, correspondiente al periodo abril de 2017 a octubre del 2020 en la cuenta de Compensación por Tiempo de Servicios elegida por el demandante, más los intereses financieros a liquidarse en ejecución de sentencia.**
  - l) Cumpla la emplazada con pagar a la accionante la suma de SIETE MIL QUINIENTOS CUATRO CON 00/100 SOLES (S/. 7,504.00) por concepto de Otorgamiento de Movilidad, por el periodo comprendido desde el 01 de enero del 2013 al 05 de febrero del 2017.**
  - m) Cumpla la emplazada con pagar a la accionante la suma de DIEZ MIL TRESCIENTOS DIECIOCHO CON 00/100 SOLES (S/. 10,318.00) por concepto de Otorgamiento de Refrigerio, por el periodo comprendido desde el 01 de enero del 2013 al 05 de febrero del 2017.**
  - n) Cumpla la emplazada con pagar a la accionante la suma de DIECISITE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA CON 00/100 SOLES (S/. 17,250.00) por concepto de Bono por Desempeño Grupal desde mayo del 2012 a octubre del 2016.**

En los seguidos por **IORELLA EMMA GALVÁN SOTO** contra el **BANCO DE LA NACIÓN**, sobre desnaturalización de contrato y otros; y los devolvieron al juzgado de origen. **Notifíquese.** -

**IJLLF**