



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSTGRADO**



**MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL**

**“EFECTOS PARA EL EMPLEADOR Y TRABAJADOR POR EL
EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO A SANCIONAR:
CASO ESSALUD 2011 - 2016”**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO
EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

AUTOR:

ABOG. ISAAC EDGAR JIMÉNEZ PARIHUAMÁN

ASESOR:

M.Sc. WALTER RAMOS MANAY

**LAMBAYEQUE - PERÚ
2018**

**“EFECTOS PARA EL EMPLEADOR Y TRABAJADOR POR EL EJERCICIO
ABUSIVO DEL DERECHO A SANCIONAR: CASO ESSALUD 2011 - 2016”**

ABOG. ISAAC EDGAR JIMÉNEZ PARIHUAMÁN
AUTOR

M.Sc. WALTER RAMOS MANAY
ASESOR

PRESENTADA A LA ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

DR. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO
PRESIDENTE DEL JURADO

DR. FREDDY WIDMAR HERNÁNDEZ RENGIFO
SECRETARIA DEL JURADO

MG. CARLOS MANUEL ANTENOR CEVALLOS DE BARRENECHEA
VOCAL DEL JURADO

LAMBAYEQUE – PERU, 2018

INDICE

INDICE	3
DEDICATORIA	8
AGRADECIMIENTO	9
RESUMEN	10
ABSTRAC.....	12
INTRODUCCION	14
TÍTULO I. ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	16
I. Realidad problemática	16
II. Planteamiento del Problema	19
III. Formulación del Problema	20
IV. Justificación e Importancia.....	20
1. Justificación.....	20
2. Importancia.....	21
V. Objetivos.....	22
1. General	22
2. Específico	22
VI. Hipótesis y Variables	22
1. Hipótesis.....	22
2. Variables	23
2.1. Variables Independientes	23
2.2. Variables dependientes	23
VII. Marco metodológico	23
1. Tipo y Nivel de Investigación	23
2. Diseño de la Construcción de la Hipótesis.....	23
3. Población y Muestra	24

3.1. Población.....	24
3.2. Muestra.....	24
3.2.1. Cualitativa.....	24
3.2.2 Cuantitativa	24
4. Técnicas e Instrumentos de producción de datos.	24
4.1. Análisis documental.....	24
4.2. La Entrevista.....	25
4.3. La Observación.....	25
4.4. La encuesta.....	25
5. Métodos y procedimientos para el procesamiento de datos.	25
5.1. La Ficha.....	25
5.2. Guía de Entrevista.....	25
5.3. Guía de Observación.....	26
5.4. El cuestionario	26
6. Análisis estadístico de Datos	26
TÍTULO II. MARCO TEÓRICO	27
CAPÍTULO I. Antecedentes	27
Capítulo II. Abuso de Derecho	30
1. Conceptualización.....	30
2. Breve referencia histórica.....	32
3. Criterios para la determinación del abuso del derecho	35
3.1. Criterio Subjetivo	35
3.2. Criterio Objetivo.....	36
3.3. Criterio Mixto o ecléctico	38
Capítulo III. El Empleador y su Potestad Sancionadora	38
1. Enunciado de la Potestad sancionadora	40
2. Características.....	43

2.1 Se trata de una facultad derivada.....	43
2.2. Surge de uno de los elementos del contrato de trabajo y no está definida con precisión en la ley.....	45
2.3. Es una facultad discrecional y por tanto puede ser contradicha o impugnada...	46
3. Manifestaciones de Poder sancionador	48
3.1. Amonestación.....	48
3.2. Suspensión	50
3.3. Despido	51
4. Principios que limitan la facultad disciplinaria	52
4.1. Razonabilidad.....	53
4.2. Proporcionalidad	57
4.3. Legalidad y Tipicidad	59
4.4. Principio Non Bis In Idem	61
5. Finalidad del Poder Sancionador	62
6. Funcionario.....	64
6.1. Concepto	64
6.2. Diferencia entre funcionario público y servidor público	66
6.2.1. Funcionario Público	66
6.2.2. Servidor Público.....	67
6.3. Responsabilidad del funcionario	67
Capítulo IV. Indemnización por Daños y Perjuicios.....	68
1. Concepto.....	68
2. Elementos	69
2.1. La inexecución de la obligación.....	69
2.2. La imputabilidad del deudor	70
2.3. El daño	71
2.3.1. Tipos de daños	71

2.3.1.1. Daño directo e indirecto	72
2.3.1.2. Daños intrínsecos y extrínsecos.....	73
2.3.1.3. Daños actuales y futuros	73
2.3.1.4. Daños propios y comunes	74
2.3.2. Clases de daños	74
2.3.2.1. Daño objetivo o patrimonial.....	74
2.3.2.1.1. Daño emergente	74
2.3.2.1.2. Lucro cesante	76
2.3.2.2. Daño subjetivo o extrapatrimonial.....	78
2.3.2.2.1. Daño a la persona	81
2.3.2.2.2. Daño moral.....	82
3. Fundamento de la indemnización de daños y perjuicios.....	84
4. Oportunidad para ejercitarse la acción de daños y perjuicios	86
5. La prueba de los daños y perjuicios	87
6. Responsabilidad contractual y extracontractual	89
TÍTULO III. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	93
I. Ejercicio abusivo del derecho a sancionar omitiendo los procedimientos establecidos en la Institución.	93
1.- El procedimiento para sancionar a un trabajador en LA RAAM	93
1.1.- La regulación normativa interna de LA RAAM	93
1.2.- El cumplimiento de la regulación normativa	96
2.- Forma como se viene aplicando sanciones disciplinarias a los trabajadores en LA RAAM.....	100
2.1.- Las infracciones más frecuentes en que incurren los trabajadores	101
2.2.- Las sanciones disciplinarias aplicadas en relación a infracciones cometidas.	103
II. Agravios socio laborales para el trabajador.....	105
1.- Agravio económico.....	106
1.1.- Pérdida de remuneraciones	106

1.2.- Generación de deudas.....	110
2.- Agravio legal	112
2.1.- Legajo personal.....	112
2.2.- Aportes al régimen pensionario	113
3.- Agravio familiar	114
3.1.- Surgimiento de problemas conyugales.....	114
3.2.- Surgimiento de problemas con hijos	117
III. Agravios socio laborales para el empleador.....	119
1.- Agravio económico.....	119
1.1.- Indemnización al trabajador por daños y perjuicios.....	120
1.2.- Irresponsabilidad del funcionario que sancionó con abuso de derecho	121
2.- Agravio funcional.....	122
2.1.- Funcionamiento deficiente del servicio	122
2.2.- Desconfianza en la probidad de los funcionarios.....	124
TÍTULO IV. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	127
I. Análisis sobre el ejercicio abusivo del derecho a sancionar omitiendo los procedimientos establecidos	127
II. Agravios socio laborales para el trabajador cuando se sanciona omitiendo los procedimientos establecidos	128
III. Agravios socio laborales para el empleador cuando se omite los procedimientos establecidos	130
IV. Prueba de Hipótesis	132
CONCLUSIONES	134
RECOMENDACIONES	136
BIBLIOGRAFÍA	137
ANEXOS.....	140

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico a:

Dios, por ser el Ser Supremo por excelencia.

Mi Madre, quién con su inagotable esfuerzo y permanente espíritu de superación, supo guiarme y señalarme el camino de la superación con el ejemplo.

Mis hijos, que son la causa de mi constante lucha por formarlos, guiarlos, realizarlos y hacer que se incorporen a la sociedad como personas ejemplares, mostrándoles el camino de la perseverancia y superación con el ejemplo.

Mi esposa, por tener la paciencia y el apoyo incondicional para lograr que se haga realidad uno de mis proyectos, que es estudiar y terminar una maestría.

AGRADECIMIENTO

Agradezco la gran colaboración que tuve de mi coordinador - Profesor Héctor Raúl Huaranga Navarro, quién con su gran sabiduría y practica me supo orientar y dar las pautas para el diseño de mi Proyecto de tesis, el cual luego se plasmó en la presente Tesis.

También agradezco a mi Asesor Walter Ramos Manay, quién, me dio las orientaciones finales, con las debidas observaciones a mi proyecto para que se plasmará en la presente tesis.

RESUMEN

Se ha decidido realizar la presente investigación porque existe el deseo de mejorar y optimizar el funcionamiento institucional de las entidades estatales y para estatales, donde se erradique la impunidad de los funcionarios, obligando a que los funcionarios cumplan con la normatividad establecida. (Actúen respetando las normas y el derecho de los demás). La investigación se realizó recabando información de la Red Asistencial Amazonas –ESSALUD (en adelante RAAM) y en el Poder Judicial.

Se ha llegado a encontrar que la indebida y deficiente aplicación de la regulación normativa sobre el procedimiento sancionador al trabajador en la RAAM ha generado problemas tanto al trabajador como al empleador; antes del 14 de septiembre de 2014, en la RAAM existían dos procedimientos definidos para aplicar sanciones disciplinarias a los trabajadores, uno para los del régimen de la actividad pública pertenecientes al Decreto Legislativo 276 y otro para los del régimen de la actividad privado pertenecientes al Decreto Legislativo 728, y después del 14 de septiembre de 2014 se comienza a aplicar un solo procedimiento para aplicar sanciones disciplinarias a sus trabajadores, regulado en la Ley 30057 del Servicio Civil, su reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 040-2014-PCM y la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC; y que los funcionarios de la RAAM si han realizado el ejercicio abusivo del derecho a sancionar omitiendo los procedimientos establecidos en la RAAM.

Se ha demostrado que el ejercicio abusivo del derecho a sancionar realizado por funcionarios de la RAAM si se ha producido (lógicamente negado por ellos), y que los funcionarios que realizaron ejercicio abusivo del derecho a sancionar quedan impunes de cualquier sanción, hecho que genera a la RAAM perjuicio económico porque no se

recupera el dinero que se pagó por el mal actuar del funcionario y perjuicio funcional porque no ha podido brindar un servicio de calidad; También se ha demostrado que cuando las sanciones sin goce de haber aplicadas al trabajador son mayores a tres meses, le generan perjuicio económico, legal y familiar al trabajador.

ABSTRAC

It was decided to carry out the present investigation because there is a desire to improve and optimize the institutional functioning of state entities and for State, where the impunity of officials is eradicated, forcing officials to comply with established regulations (Act respecting to the law and the rights of others). The investigation was carried out by gathering information from the Amazonas Assistance Network - ESSALUD (hereinafter RAAM) and in the Judicial Branch.

It has been found that the improper and deficient application of the normative regulation on the sanctioning procedure to the worker in the RAAM has generated problems for both the worker and the employer; before September 14, 2014, the RAAM had two procedures defined to apply disciplinary sanctions to the workers, one for those of the regime of public activity belonging to Legislative Decree 276 and another for those of the regime of the private activity belonging to Legislative Decree 728, and after September 14, 2014, a single procedure is applied to apply disciplinary sanctions to its workers, regulated in Law 30057 of the Civil Service, its regulation approved with Supreme Decree No. 040 -2014-PCM and Directive No. 02-2015-SERVIR / GPGSC; and that the RAAM officials have carried out the abusive exercise of the right to sanction omitting the procedures established in the RAAM.

It has been shown that the abusive exercise of the right to sanction carried out by the RAAM officials has occurred (logically denied by them), and that officials who exercised abusive right to sanction remain unpunished of any sanction, a fact that generates the RAAM economic damage because it does not recover the money that was paid for the bad act of the official and functional damage because it has not been able to provide a quality service; It has also been shown that when sanctions without enjoyment

of having applied to the worker are greater than three months, they generate economic, legal and family damage to the worker.

INTRODUCCION

A fin de mejorar y optimizar el funcionamiento institucional de las entidades estatales y para estatales es necesario cambiar la forma de pensar y actuar de los funcionarios que administran dichas entidades, haciendo que los funcionarios asuman sus responsabilidades civiles por los daños y perjuicios ocasionados por su actuar doloso o culposo (abuso de derecho). Por ello, se busca que en las instituciones se cumpla con aplicar la figura del repetir el pago realizado contra los funcionarios que han hecho ejercicio abusivo del derecho a sancionar, para acercarnos un poco más al fin más importante del derecho que es la justicia y contribuir con ello a que la corrupción en nuestra sociedad comience a reducirse.

En ese sentido se plantea la necesidad de responder la siguiente interrogante ¿en qué medida La RAAM ha utilizado la figura del repetir el pago contra los funcionarios que realizaron el ejercicio abusivo del derecho a sancionar? y ¿cuál es la conducta del resto de funcionarios de La RAAM frente al abuso del derecho por parte del funcionario?

Es importante que el lector reconozca en qué casos la conducta que origina un daño genera un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, para así determinar las acciones a adoptar en cada situación particular. Para ello se deberá identificar claramente los conceptos de antijuricidad, daño causado, relación de causalidad y factores de atribución.

En la presente investigación sobre los efectos para el empleador y trabajador por el ejercicio abusivo del derecho a sancionar, en el Capítulo I se trata sobre el análisis del objeto de estudio de la investigación; en el Capítulo II se incluye textos orientados al

estudio del Abuso del Derecho, de la potestad sancionadora del empleador, de las manifestaciones del poder sancionador, de los Principios que limitan la facultad disciplinaria, de la finalidad del poder sancionador y que se entiende por funcionario; en el Capítulo III se trata sobre el resultado de la investigación y se trata el tema de la regulación normativa sobre el procedimiento para sancionar a un trabajador en LA RAAM y su cumplimiento, la forma como se viene aplicando sanciones disciplinarias a los trabajadores en LA RAAM, las infracciones más frecuentes en que incurren los trabajadores y que sanciones disciplinarias se les aplican en relación a las infracciones cometidas, que agravios socio laborales se generan para el trabajador y el empleador; y, en el Capítulo IV se trata el análisis y la discusión de los resultados obtenidos en la presente investigación.

Los invitamos al estudio de este material, convencidos que a través de su lectura, los funcionarios de las instituciones públicas y para estatales, así como los operadores judiciales encontrarán un instrumento valioso que ampliará y enriquecerá su cotidiana labor.

TÍTULO I. ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

I. Realidad problemática

Conforme a las normas del procedimiento administrativo en el Perú, las entidades de la administración pública y las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, cuando causan daño a un usuario (interno o externo) por el actuar doloso o culposo de sus funcionarios terminan asumiendo las responsabilidades generadas por dichas conductas; es decir la entidad asume los daños y perjuicios ocasionados al usuario, y el funcionario que provoco dichos daños es dejado de lado en la reparación civil del daño causado, pues a lo mucho recibe una sanción administrativa donde la máxima sanción que puede recibir es la expulsión de la empresa, pese a que existe la figura de repetir el pago¹, pues muchas veces es el mismo funcionario u otro funcionario amigo de quien causo el daño, el que decide no aplicar la repetición del pago, asumiendo sólo la institución el pago de la reparación civil por el daño causado.

La situación descrita está generalizada en nuestro país, pues es difícil encontrar en los precedentes administrativos que el funcionario público de una entidad de la administración pública que ha causado daño a un trabajador por una sanción indebida (sin tener en cuenta los dispositivos legales vigentes) haya asumido la responsabilidad de los daños y perjuicios que haya ocasionado a dicho trabajador o que la entidad haya repetido el pago contra el funcionario que causo el daño.

¹ Artículo 238 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

238.6 Cuando la entidad indemnice a los administrados, **podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido**, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución. {Resaltado nuestro}

Pareciera que positivamente se ha determinado que el daño causado al trabajador público por los funcionarios sea resarcido por la entidad², entre otros motivos porque el monto a resarcir muchas veces es muy elevado (oneroso) y el funcionario no podría asumir el pago de dicho monto, de lo cual se valen algunos funcionarios para actuar arbitrariamente, abusando de los trabajadores y exigiéndoles que hagan incluso trabajos que no están dentro de sus funciones, a los que se ven obligados a cumplir por miedo a ser sancionados e incluso despedidos del centro de trabajo, situación que muchas veces se ha degenerado en actos de corrupción en la relación funcionario-trabajador.

En Perú, está arraigada la costumbre de que cuando los funcionarios por su actuar doloso o culposo causan daño al trabajador dependiente, sea la institución la que asume las responsabilidades civiles generadas por dichas conductas; es decir la entidad asume los daños y perjuicios ocasionado al trabajador, y el funcionario que provoco dichos daños es dejado de lado en la reparación civil del daño causado.

La situación descrita trae como consecuencia que se incremente el presupuesto para cubrir las contingencias disminuyendo el presupuesto para otras actividades que tiene que ver con el funcionamiento de la entidad; así mismo genera una deficiente administración de la entidad, pues el personal que labora en ella se va a preocupar por satisfacer al funcionario que exige se realicen actos que muchas veces no corresponde con la realidad y van contra principios y derechos de terceros, pero lo hacen por no caer mal y ser sancionados, pues conocen que dichos funcionarios no les interesa vulnerar derechos puesto que conocen que al final no van a ser responsables civiles del daño causado.

² Artículo 238 de la Ley 27444, ley del Procedimiento Administrativo General.

238.1 Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, **las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.** {Resaltado nuestro}

En este contexto, debemos precisar que la responsabilidad extracontractual no sólo puede originarse en la comisión de un delito o de un cuasidelito, también puede derivarse del ejercicio de un derecho, cuando este ejercicio es abusivo y causa daño, por ello el abuso de un derecho, es decir, cuando su ejercicio perjudica a otro, es, de esta forma, fuente de responsabilidad extracontractual, en ese sentido los actos de los funcionarios que alegando la potestad sancionadora que tienen para vulnerar derechos del trabajador por no ceñirse a los procedimientos internos establecidos en la institución constituye abuso del derecho, lo que trae consecuencias negativas tanto para el trabajador (agravio económico, legal y familiar) como para la empresa (agravio económico y funcional para el empleador), pero no contra él mismo funcionario.

Existe la necesidad de mejorar el funcionamiento institucional de las entidades estatales y para estatales, para ello se debe cambiar la forma de pensar y actuar de los funcionarios que administran dichas entidades, en ese sentido, una de las acciones a tomar es empezar por hacer que los funcionarios asuman sus responsabilidades civiles por los daños y perjuicios ocasionados por su actuar doloso o culposo. Esto para que los casos en que se presente la figura del abuso del derecho no queden impunes y, para que se logre la mejor solución para el caso concreto. Además para acercarnos un poco más al fin más importante del derecho que es la justicia. Ello contribuirá a que la corrupción en nuestra sociedad comience a reducirse.

Mientras que en las instituciones no se dé cumplimiento a la figura del repetir el pago contra algunos funcionarios, es necesario recurrir a un proceso judicial (que resulta ser el medio a través del cual las partes no sólo exponen sus argumentos sino que se someten a la decisión de un tercero para encontrar la solución a un conflicto de intereses) donde el trabajador perjudicado demande tanto al empleador como al funcionario por daños y perjuicios por responsabilidad civil contractual y

extracontractual respectivamente, con ello se logrará frenar el abuso del derecho a sancionar del Funcionario.

Entonces, connotados que el ejercicio del derecho a la potestad sancionadora sin ceñirse a los procedimientos internos establecidos en la institución constituye abuso del derecho, se plantea la necesidad de investigar en qué medida la RAAM ha utilizado la figura del repetir el pago contra los funcionarios, cuál es la conducta del resto de funcionarios de la RAAM frente al abuso del derecho por parte del funcionario.

En el análisis resulta también importante establecer si los señores jueces están resolviendo a favor de los trabajadores y acogiendo el pedido de distribuir la responsabilidad civil entre la institución y el funcionario; así mismo determinar si han aplicado multas, apercibimientos, etc., contra los funcionarios que hacen abuso del derecho a sancionar.

II. Planteamiento del Problema

En el contexto expresado, se tiene que los funcionarios de la RAAM vienen haciendo uso abusivo del derecho a sancionar toda vez que sancionan al trabajador sin ceñirse a los procedimientos internos establecidos en la institución y sin tener en cuenta los derechos del trabajador, estos hechos han sido cometidos en la Provincia de Utcubamba, Región Amazonas.

Producto del uso abusivo del derecho a sancionar se cometen actos arbitrarios que tendrán que ser resarcidos como indemnización de daños y perjuicios ocasionados al trabajador; el resarcimiento o pago de los daños y perjuicios ocasionados al trabajador es efectuado por La RAAM (Empleador), y el Funcionario es dejado de lado en su responsabilidad civil ocasionada, pues se da el caso que La RAAM no ejerce su derecho a repetir el pago contra el funcionario que ocasiono el daño al trabajador. Esta situación

de no ejercer el derecho a repetir el pago se da en todas las instituciones donde se produce abuso de derecho a sancionar por parte del funcionario.

La jurisprudencia que surgirá es que el Funcionario que cometa abuso del derecho al sancionar sea obligado a asumir la responsabilidad civil ocasionada al trabajador y pagar la indemnización por daños y perjuicios, ello se realizara a través de dos vías: **a)** un proceso judicial seguido por el trabajador sobre indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual contra el funcionario y por responsabilidad contractual contra la entidad; o, **b)** un proceso judicial de repetición del pago seguido por la entidad contra el funcionario, después de haber pagado la indemnización por daños y perjuicios al trabajador, cuando el funcionario no asuma dicho pago.

En este contexto, considero importante investigar esta problemática a partir de la siguiente interrogante.

III. Formulación del Problema

¿Qué efectos produce para el empleador y el trabajador el ejercicio abusivo del derecho a sancionar de los funcionarios, al sancionar omitiendo los procedimientos internos de la institución, en EsSalud - Amazonas en los años 2011 a 2016?

IV. Justificación e Importancia

1. Justificación

El trabajo de investigación se justifica por tener trascendencia social ya que los funcionarios de La RAAM vienen cometiendo actos arbitrarios contra el trabajador por el uso abusivo del derecho a sancionar, pues provocan efectos negativos tanto al trabajador como al empleador, al trabajador le causa daño emocional, económico y familiar, y, al empleador le causa daño económico y funcional.

El problema de investigación se justifica también por su magnitud porque va a determinar que La RAAM no aplica la figura de repetición de pago contra el funcionario que agravio al trabajador, ocasionando que el presupuesto para cubrir las contingencias se incremente y disminuya el presupuesto de las actividades propias del funcionamiento de La RAAM.

Con el presente trabajo se va a demostrar que el abuso del derecho a sancionar viene generando un mal precedente para los funcionarios y trabajadores de las entidades del estado, y en la doctrina jurídica en materia laboral.

2. Importancia

La presente investigación sirve para que los funcionarios de La RAAM dejen de cometer actos arbitrarios contra el trabajador por el uso abusivo del derecho a sancionar, ya que van a conocer que van a ser responsables civiles si causan daño al trabajador.

También sirve para que La RAAM aplique la figura de repetición de pago contra el funcionario que agravio al trabajador, cuando haya asumido la reparación de la indemnización por daños y perjuicios a favor del trabajador, sin tener que desviar el presupuesto de las actividades propias de su funcionamiento. Actos que son replicables a otras instituciones públicas.

Así mismo, servirá para demostrar en qué medida la falta de aplicación de la figura de repetición de pago por parte de La RAAM contra el funcionario ha perjudicado el presupuesto de La RAAM.

Del mismo modo, servirá para que los funcionarios de las entidades del estado se obliguen a aplicar la figura de repetición de pago contra el funcionario que ha

ocasionado que la entidad asuma la reparación de la indemnización por daños y perjuicios a favor del usuario.

El presente trabajo va a permitir la construcción de una doctrina del abuso del derecho a sancionar en materia laboral a partir de una interpretación del universo normativo que rigen los principios de la legislación laboral y aplicación supletoria de la legislación civil en nuestro país, tal virtud será una contribución a la doctrina jurídica en materia de derecho laboral.

V. Objetivos

1. General

Investigar y conocer los efectos que produce para el empleador y el trabajador el ejercicio abusivo del derecho a sancionar de los funcionarios al sancionar omitiendo los procedimientos internos de la institución, en La RAAM en los años 2011 a 2016.

2. Específico

- a) Analizar si constituye abuso del derecho a sanción cuando se omite el procedimiento sancionador.
- b) Demostrar que el abuso del derecho a sancionar del funcionario omitiendo el procedimiento sancionador, produce agravio socio laboral al trabajador.
- c) Demostrar que el abuso del derecho a sancionar del funcionario omitiendo el procedimiento sancionador, produce agravio económico y funcional a la empresa

VI. Hipótesis y Variables

1. Hipótesis

El ejercicio abusivo del derecho a sancionar de los funcionarios que sancionan omitiendo los procedimientos establecidos en la institución, en La RAAM entre los años

2011- 2016, produce agravio socio laborales para el trabajador y agravio económico y funcional para el empleador.

2. Variables

2.1. Variables Independientes

Ejercicio abusivo del derecho a sancionar omitiendo los procedimientos establecidos en la Institución.

2.2. Variables dependientes

- a) Agravios socio laborales para el trabajador.
- b) Agravios socio laborales para el empleador.

VII. Marco metodológico

1. Tipo y Nivel de Investigación

El presente trabajo reúne las condiciones metodológicas de una investigación Básica por la razón de tener un marco teórico y Aplicada por aplicarse a una realidad concreta para resolver y dar solución a un problema; Cualitativo porque va estudiar la calidad de un asunto o actividad en particular, y Cuantitativo porque se va a recoger y analizar datos con valor numérico relacionándolos en variables; Descriptivo porque se va a describir los datos que van a tener un impacto en las vidas de la gente que la rodea, y Analítico porque va a separar un todo en sus partes para observar sus causas, su naturaleza y sus efectos.

2. Diseño de la Construcción de la Hipótesis

Se utilizó las reglas del método científico para el desarrollo del presente trabajo de investigación a fin de explicar las causas y efectos que están motivando el problema, y

de este modo se descubrirá las leyes que gobiernan el problema cuyo manejo nos permite plantear alternativas a efectos de superar la problemática

3. Población y Muestra

3.1. Población

El Universo está comprendido por la totalidad de trabajadores de La RAAM, y que al año 2016 han llegado a ser 323 trabajadores, distribuidos en los tres regímenes laborales.

3.2. Muestra

3.2.1. Cualitativa

El investigador analizara que trabajadores han sido sancionados, y si dentro de ellos, existen trabajadores que han sido indemnizados por daños y perjuicios en materia laboral, por el ejercicio abusivo del derecho a sancionar de los funcionarios que sancionan omitiendo los procedimientos establecidos en La RAAM.

3.2.2 Cuantitativa

La muestra está conformada por 168 trabajadores de LA RAAM, que es la población de trabajadores a los cuales se les ha a encuestado, y revisado su legajo personal.

4. Técnicas e Instrumentos de producción de datos.

4.1. Análisis documental

Consiste en evaluar la información existente sobre el tema materia de investigación, como la doctrina, la jurisprudencia, expedientes de casos en el poder judicial y expedientes de casos en La RAAM; La información que se recabe se va a utilizar en la investigación para determinar el abuso de derecho a sancionar de los funcionarios de La RAAM y la falta de accionar para repetir en pago contra los

funcionarios cuando La RAAM ha pagado indemnizaciones por daños y perjuicios por dichos hechos; Los datos que se espera obtener son casos en que La RAAM ha pagado indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados por funcionarios y comprobar que La RAAM no ha repetido el pago contra dichos funcionarios, lo que permitirá sentar bases para que en las Entidades del Estado se proceda a repetir el pago cuando el funcionario cause daños por abuso de derecho contra un usuario.

4.2.La Entrevista

El tema es conocido por especialistas y personas involucradas con el problema, y una forma de conocer y obtener información es a través de un dialogo estructurado.

4.3.La Observación

Se aplicará la observación directa participante, toda vez que el investigador es parte del objeto de estudio porque ha sido materia de procedimiento administrativo y despido, es trabajador de La RAAM y como tal puedo observar lo que ocurre con los otros trabajadores que son materia de procedimiento administrativo y despido.

4.4. La encuesta

Se realizará encuestas tanto a jueces mixtos como a funcionarios de La RAAM respecto al abuso del derecho y la figura de repetir el pago cuando La RAAM resulta perjudicada económicamente (por ejemplo, pago de indemnización por daños y perjuicios) por el accionar del funcionario.

5. Métodos y procedimientos para el procesamiento de datos.

5.1.La Ficha

Se va a utilizar fichas para conocer que bibliografía se ha utilizado, y poder ubicar con rapidez los textos a consultar, fichas de investigación para recolección de los datos.

5.2.Guía de Entrevista

Para realizar las preguntas que deberán responder los entrevistados

5.3.Guía de Observación

Se recogerá información referida a casos concretos que han sido conocidos por el investigador

5.4.El cuestionario

Se va a utilizar el cuestionario para cuantificar la información a través de su aplicación en funcionarios de La RAAM, opinión de abogados de especialistas en materia laboral en Lambayeque

6. Análisis estadístico de Datos

- Crítica.- Consiste en verificar si el dato tiene deficiencia en la toma de datos, significa evaluar los datos, de tal manera que pueda rectificarse los datos mal tomados.
- Discriminación de datos.- Consiste en separar los datos confiables y separar los datos que no los son, y que a nuestro juicio resultan útiles para nuestra investigación.
- Tabulación de datos.- Consiste en asignarle un código a cada dato, al cual, va a corresponder a la estructura del esquema de investigación

TÍTULO II. MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I. Antecedentes

Entre los antecedentes de la presente investigación tenemos la Tesis “*La Gravedad de la Falta como criterio habilitador para el Despido Laboral, en la: Injuria y Faltamiento de Palabra*”, para optar el título profesional de abogada por la bach. Olinda Noelia del Rocío Rojas Ruiz, en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo ⁽³⁾.

Este trabajo se basa en el análisis de los divergentes pronunciamientos jurisprudenciales de los tribunales ordinarios y constitucionales del Perú, en la evaluación y calificación de la gravedad de la falta de injuria y faltamiento de palabra para habilitar el despido del trabajador, teniendo como propósito unificar las peculiaridades que configuran a la injuria y faltamiento de palabra, como falta “grave” que justifique el despido del trabajador. Asimismo dicho análisis responde a la falta de especificación de la gravedad de dicha figura como para facultar el despido, quedando una libre valoración de esta que podría transgredir los derechos fundamentales del trabajador, lo que constituiría un abuso de derecho.

En ese sentido, a través de un análisis de la jurisprudencia y mayoría doctrinaria, se unifican las peculiaridades que deben reunir la falta grave de injuria o faltamiento de palabra para producirse el despido del trabajador, tenemos que: se analizan las circunstancias en la que se produce la ofensa, la reiteración de la misma ofensa, la intencionalidad, los antecedentes del trabajador, la posición o cargo que tiene en el centro de labores, el lenguaje que utiliza y en el momento expresado, el perjuicio al

³ O. N. Rojas Ruiz, “La Gravedad de la Falta como criterio habilitador para el Despido Laboral, en la: Injuria y Faltamiento de Palabra”, tesis publicada en www.tesis.usat.gob.pe, 2012, pp 1-102, consultada el 07/11/2015.

empleador, la cultura, desarrollo mental y medio social al que pertenece; estas deberán ser valoradas por el empleador al imponer su sanción, a fin de evitar perjuicios a los derechos del trabajador y se impida un ejercicio arbitrario y antojadizo de la facultad sancionadora pues el ejercicio de esta facultad guardará correspondencia a los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad entre falta y sanción.

La Tesis “*La Gravedad de la Falta como criterio habilitador para el Despido Laboral, en la: Injuria y Faltamiento de Palabra*” realizada por la bach. Olinda Noelia del Rocio Rojas Ruiz se diferencia de la investigación que se está realizando en que: **a)** la primera solamente se está avocando a una causa de posible abuso del derecho como es la Injuria y Faltamiento de Palabra como causal de sanción, en cambio en la presente investigación no se especifica causa, pudiendo ser cualquier posible causa de abuso de derecho dentro de la relación laboral entre trabajador-empleador; **b)** en el primer trabajo de investigación se hace referencia solo al criterio de la gravedad para habilitar el despido laboral y determinar que no hubo perjuicios al trabajador, en cambio en el presente trabajo de investigación se determina si hubo perjuicios al trabajador por existir abuso de derecho a sancionar y las consecuencias de dicho actuar para el trabajador y el empleador, y la responsabilidad del funcionario que cometió el abuso del derecho.

Otro de los antecedentes de la presente investigación tenemos la Tesis “***EL ABUSO DEL DERECHO Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL***”, para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de IVONNE ANDREA ANGULO CIFUENTES ⁽⁴⁾.

⁴ I. A. Angulo Sifuentes, “El Abuso del Derecho y la Responsabilidad Extracontractual”, tesis publicada en www.tesis.usat.gob.pe, 2012, pp 1-102, consultada el 07/11/2015..

El trabajo de la Srta. Angulo se basa en el análisis y estudio comparado, doctrinal y jurisprudencial que, frente a la ausencia legislativa de la figura “abuso del derecho”, intenta elucidar cuál sea el régimen jurídico aplicable a dicha figura, esto es, al fenómeno en virtud del cual un sujeto, al ejercer un derecho subjetivo o potestativo más allá de los límites previstos por su función social, causa daños a otros.

Para ello, luego de una breve introducción, destina un primer capítulo a exponer ciertas nociones generales sobre la materia en estudio, intentando en primer lugar una conceptualización del problema del ejercicio abusivo de los derechos, así como una muy escasa referencia histórica, y una primera aproximación a los criterios con los cuales se ha intentado resolver el problema.

Enseguida, la tesista aborda, en el Capítulo Segundo, una revisión del tema en Chile, centrándose esencialmente en su recepción doctrinal, esto es, en cómo el punto ha sido tratado por los diversos autores que, desde la dogmática civil, se han ocupado de él; y en sus específicas muestras de recepción legal, en las escasas ocasiones en que el legislador nacional ha consagrado hipótesis de este clase. Luego, en un Capítulo Tercero, realiza una excursión por el Derecho Comparado. La tesista hace esta exploración considerando como metodológicamente relevantes a los ordenamientos de derecho continental. A su turno, separa el recuento de la normativa europea más relevante, de aquella de origen latinoamericano. Finalmente, destina unos capítulos (cuarto y quinto) a lo que posiblemente sea el núcleo medular de la tesis: el análisis crítico de las decisiones judiciales que se han pronunciado por los Tribunales Superiores de la república de Chile, empleando implícita o explícitamente, la noción de abuso del derecho, sosteniendo sobre la base de ese análisis la necesidad de efectuar reformas sustantivas respecto del tema, de modo de no restringir indebidamente la razonable extensión de su utilización.

La Tesis “*El Abuso del Derecho y la Responsabilidad Extracontractual*” realizada por la Srta. Ivonne Andrea Angulo Cifuentes se diferencia de la investigación que se está realizando en que: **a)** en la primera, la investigación se realiza en base a la ausencia legislativa de la figura “abuso del derecho” en el país vecino Chile, en consecuencia realiza un estudio comparado, doctrinal y jurisprudencial que intenta elucidar cuál sea el régimen jurídico aplicable a figura del abuso del derecho, en cambio en la presente investigación se enmarca en el estudio de la figura de abuso del derecho realizado por el funcionario público dentro de la relación laboral entre trabajador-empleador, toda vez que la figura del abuso del derecho en nuestro país si se encuentra positivizada.

Capítulo II. Abuso de Derecho

1. Conceptualización

Cuando una persona con dolo o negligencia, perjudica a otra, haciendo lo que la ley le prohíbe, u omitiendo realizar lo que algún precepto legal le ordena, comete un acto ilícito, comprometiendo, en consecuencia, su responsabilidad. Esta era la doctrina consagrada por los artículos 1382 ⁽⁵⁾ y 1383 ⁽⁶⁾ del Código Napoleón, según las enseñanzas de sus grandes intérpretes, y seguida por las legislaciones que se inspiraron en dicho Código.

Pero se ha planteado otra hipótesis: Que un individuo ejercite una prerrogativa que la ley le acuerda, es decir *que haga uso de su derecho dentro de los límites y condiciones del mismo* y que de ese acto surja un daño para un tercero; ¿obligará en la misma forma su responsabilidad?. Sí dicen hoy casi todos los autores, siempre que haya “abusado de

⁵ El **Código** Napoleón ...

“Art. 1382.- Cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquél por cuya culpa sucedió a repararlo.”

⁶ El **Código** Napoleón ...

“Art. 1383.- Cada cual es responsable del perjuicio que ha causado, no solamente por un hecho suyo, sino también por su negligencia o su imprudencia.”

su derecho”. Sin embargo esos mismos autores van a discrepar luego acerca del *criterio* que debe servir de base para determinar en cada caso si ha habido “abuso del derecho”.⁷

La teoría del “abuso del derecho” surge como una sentida aspiración de orden ético y social. Con ella se intenta insertar el ejercicio del derecho subjetivo en un marco en el que coexistan múltiples sujetos y en que domina una concepción moral bien definida.⁸

Aparece, por otra parte, como una reacción al rigor del derecho asimilado a la literalidad de la norma y no más allá de ella, colocando al juez como un miserable aplicador aritmético de la ley, única forma de lograrse la seguridad jurídica según esa concepción.⁹

Juan Andrés Orrego Acuña sobre la definición de “*abuso de un derecho*”, encontró en un diccionario jurídico, dos conceptos: “*acto por el cual una persona ocasiona un perjuicio a otra excediéndose de los límites materiales de un derecho que indiscutiblemente le pertenece y que sólo en apariencia reviste un carácter de absoluto*”; “*es el hecho de una persona de ejercitar, con el fin de perjudicar a otra, y por lo tanto, sin ningún interés para sí misma, un derecho de que es titular*”¹⁰.

En relación a la expresión “abuso del derecho”, ésta ha sido largamente criticada, algunos señalan que la terminología es equivocada e inductiva a error. Afirmar que “abusarse” de un derecho encierra una contradicción grave, ya que el abuso, como se propone, sólo puede proyectarse en una zona en la cual el derecho no existe. No hay ni puede haber abuso alguno si el interés que se procura alcanzar y se realiza está dentro de

⁷. Cfr. A. M. Fleitas, *El abuso del derecho en la reforma del código civil argentino*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1944, p. 5.

⁸. Cfr. P. Rodríguez Grez, *El Abuso del Derecho y El Abuso Circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 134.

⁹. Cfr. F. Fueyo Laneri, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1990, p 270.

¹⁰. M.Valetta, “*Diccionario Jurídico*”, 5ta edición, Valetta, Buenos Aires, año 2007, p. 16.

los límites delineados por la norma. Más allá, simplemente, no estamos en el marco de lo jurídico.¹¹

Otros señalan que no se trataría, real y efectivamente del abuso de un derecho subjetivo en sí mismo, sino en lo que se refiere a su actuación, a su ejercicio. De ahí que resultaría más preciso describir tal fenómeno, dentro de la óptica tradicional como “ejercicio abusivo de un derecho subjetivo”.¹²

Couture¹³ define al abuso del derecho como una *“forma excesiva y vejatoria de acción u omisión de parte de quien, so pretexto de ejercer un derecho procesal, causa perjuicio al adversario, sin que ello sea requerido por las necesidades de la defensa.”*

Importante es indagar qué implica abuso del derecho y al respecto define Fernández Sessarego¹⁴: *“Es un acto ilícito sui generis y su origen está dado por el ejercicio de un derecho que afecta un interés existencial que no se halla normativamente protegido por el ordenamiento jurídico. Que, además, acarrea un daño y origina responsabilidad civil.”*

2. Breve referencia histórica¹⁵

La noción de “abuso de derecho” tiene discutibles antecedentes históricos en el derecho romano. Algunos autores afirman que la noción aparece en varias instituciones, por ejemplo en lo relativo a la protección de los esclavos frente a la conducta del amo, del hijo en relación a los padres, del pródigo, en la represión del fraude y en la introducción de la acción pauliana¹⁶. Para otros esto no fue así, en este sentido Martín

¹¹. Cfr. P. Rodríguez Grez, *Op. cit.*, p. 138.

¹². C. Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 87.

¹³. E. J. Couture, *Vocabulario jurídico*. Depalma. Buenos Aires. 1983, p. 61.

¹⁴. C. Fernández Sessarego, *Op. Cit.* p. 4

¹⁵. Para antecedentes históricos más extensos, C. Fernández Sessarego, *Op. cit.*, pp. 92-112.

¹⁶. Cfr. P. Rodríguez Grez, *Op. cit.*, p. 121.

Bernal a partir de un trabajo de Rotondi acerca del tema, afirma que puede considerarse definitivamente demostrado que Roma no conoció una verdadera doctrina del abuso del derecho ⁽¹⁷⁾.

La Edad Media ofrece nuevos antecedentes. La moral cristiana imprime en la vida comunitaria una concepción mucho más solidaria, surgiendo la llamada doctrina de los “actos de emulación”, sin duda, vinculada al “abuso del derecho”. La emulación proviene de la expresión latina “*aemulatio*” y consiste en el ejercicio de un derecho subjetivo con el propósito de causar daño a otra persona o un bien ajeno. Lo preponderante en este caso, es la intención de perjudicar (*animus nocendi*). Su alcance es eminentemente subjetivo, ya que supone la intención manifiesta y oculta de provocar perjuicio al ejercerse el derecho.

Cabe aún, en la Edad Media, citar otros dos antecedentes importantes. Por un lado, las Partidas de Alfonso Décimo el Sabio restringen el ejercicio del derecho de propiedad (Ley XIX del Título XXXII de la Partida III). En ellas se prohíbe cavar un pozo o una fuente si no resultare necesario y sólo se ejecutara esta obra con el fin de dañar al propietario de la heredad vecina. Por otro lado surge la teoría de las “inmisiones”. Según ella, y en oposición a la teoría de los actos de emulación de carácter eminentemente subjetivo, no interesa la intención de quien ejerce el derecho, sino un resultado puramente objetivo. El acto de inmisión deriva del ejercicio de la propiedad causando perjuicio al vecino. ⁽¹⁸⁾

El primer ordenamiento jurídico que sentó expresamente el principio del abuso del derecho fue el Landrecht de Prusia de 1794, que en su artículo 34-39 señalaba: “*no se debe indemnizar por un daño causado en el ejercicio de un derecho, a menos que entre*

¹⁷. Cfr. J. M. Martín Bernal, *El Abuso del Derecho*, Montecorvo S. A., Madrid, 1982, p. 25

¹⁸. Cfr. P. Rodríguez Grez, *Op. cit.*, pp. 123-126

las varias maneras posibles de ejercerlo se haya elegido aquella más dañosa a otro con el fin de ocasionarle un perjuicio". Y su artículo 26-28 establecía: "*nadie puede abusar de su propiedad para lesionar a otro, con el fin de ocasionarle un perjuicio*", entendiéndose como abuso "todo uso de la propiedad que por su naturaleza no puede tener otro fin que perjudicar a terceros". ⁽¹⁹⁾

La jurisprudencia francesa contribuye como antecedente a la figura del abuso del derecho. Se citan a este respecto dos sentencias pronunciadas por los tribunales franceses, bajo la vigencia del Código Civil de 1804, que no trata la materia. La primera de ellas fue emitida por el tribunal de Colmar con fecha 2 de mayo de 1855. Esta sentencia estableció el germen de lo que sería la figura del abuso del derecho al limitar el derecho de propiedad, eje sobre el cual giraba fundamentalmente la codificación del siglo XIX. En dicha decisión se declara que "*si es cierto que el derecho de propiedad es un derecho en algún modo absoluto, autorizando al propietario al uso y al abuso de la cosa, sin embargo, el ejercicio de ese derecho, como el de cualquier otro, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo*". La mencionada sentencia se refería al caso de un propietario que edificó sobre su casa una falsa, voluminosa e inútil chimenea, delante de la ventana de un vecino, con la intención de causarle un perjuicio quitándole luz. Esta acción, si bien sustentada en un reconocido derecho subjetivo, carecía en su actuación de un interés serio y legítimo y, al mismo tiempo, no producía ningún beneficio al titular del derecho. El tribunal ordenó la demolición de lo construido y, al mismo tiempo, dejó a salvo el derecho del vecino al resarcimiento. La segunda sentencia, pronunciada por el tribunal de Lyon el año 1856, significa también un importante punto de partida para el desarrollo de una controvertida pero rica doctrina sobre el abuso del derecho. Con esta decisión se sancionó a un propietario que instaló

¹⁹. P. Tavolari Goycolea, *El Abuso en el Proceso*, Editorial Jurídica Congreso Ltda., Santiago, 2004, p. 30

una bomba en el subsuelo de su heredad para succionar el agua proveniente de una fuente, con el único propósito de perjudicar al vecino impidiéndole el acceso a la misma. El agua no era utilizada por dicho propietario sino que, más bien, se la dejaba perder en un río. La Corte de Lyon resolvió condenar al propietario en mención en tanto se había servido del “*poder de abusar de su cosa, ... inspirado exclusivamente por el ánimo de dañar*”. La Corte sostuvo el principio de que el derecho de propiedad encuentra un límite en la obligación de permitir al vecino disfrutar de su propiedad. Se sancionaba, en consecuencia, la conducta del propietario enderezada a causar daño sin obtener beneficio alguno. ⁽²⁰⁾

Como hemos podido ver a través del examen sucinto de los diversos antecedentes históricos, se ha ido lentamente abriendo paso a la figura del abuso del derecho. Sin embargo, aún existe discrepancia en lo relativo al concepto de abuso del derecho, los criterios para su determinación y la forma en que los distintos ordenamientos ha acogido la figura en sus respectivas legislaciones.

Nuestro Código Civil, ha acogido el abuso del derecho, en el Artículo II del Título Preliminar al establecer que: “*La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho.*”

3. Criterios para la determinación del abuso del derecho

Son diversos los criterios que ha esgrimido la doctrina para calificar un acto como abusivo, revisaremos en este apartado los principales.

3.1. Criterio Subjetivo

El abuso del derecho, según esta posición, resulta ser el ejercicio de un derecho subjetivo con la intención de perjudicar a otro sujeto o, en cualquier caso sin

²⁰. Cfr. C. Fernández Sessarego, *Op. cit.*, pp. 109-111

que su actuación origine un beneficio propio. De ello se desprende que el surgimiento del abuso del derecho puede juzgarse a través de alguno o algunos de estos criterios: **a)** La intención de causar perjuicio (*animus nocendi*); **b)** acción culposa o negligente y, **c)** no existencia de un interés serio y legítimo para el agente.

Esta posición, a pesar de que inicialmente tuvo un cierto auge, fue motivo de críticas, aquellas se basan principalmente en la dificultad de probanza que conlleva. No es nada fácil determinar la real existencia de una intención, en la medida que ella radica en el mundo interior de una persona. ⁽²¹⁾

Borda señala, en relación al criterio de falta de interés serio y legítimo, que es insuficiente. Esto porque los actos realizados sin interés alguno son muy excepcionales; aún en los más repudiables hay generalmente un interés que está impulsando al autor, pero no por ello el acto es más lícito. La insuficiencia de este criterio quedó demostrada en un caso resuelto por la Cámara de los Lores inglesa en 1895. Un vecino, por cuyo fundo atravesaba una corriente de agua que abastecía a la localidad de Bradford, desvió sus aguas para obligar a la municipalidad a que lo adquiriera a buen precio. Planteada la cuestión ante el aludido tribunal, este resolvió que puesto que el corte de corriente no había sido hecho sin interés alguno, sino con el de especular con la venta de su propiedad, no había abuso. La solución dada a este caso resulta repugnante al sentimiento jurídico moderno. ⁽²²⁾

3.2. Criterio Objetivo

En una posición opuesta a la anterior, se encuentran quienes postulan el criterio objetivo para tipificar el acto abusivo, acudiendo a una posición que se dice

²¹. Cfr. C. Fernández Sessarego, *Op. cit.*, p. 125.

²². Cfr. G. Borda, *El abuso del derecho*, en revista *Ius et praxis*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Lima, Lima, Nº 15. junio 1990, p. 15.

finalista o funcional. Lo que determinaría el abuso, para quienes sostienen esta postura, no es la intención del titular que pone en movimiento el derecho, sino el apartamiento de la finalidad social y económica que corresponde a cada uno de ellos. En otras palabras, se afirma que se abusa del derecho cuando éste se ejerce contra la función social y económica que es inherente a él.

Los autores no ponen acento en el interés privado tutelado en la norma, sino en la finalidad con que cada derecho ha sido instituido al surgir a la vida jurídica. ⁽²³⁾

Para Borda este criterio es más comprensivo y de técnica jurídica más depurada, ya que habría abuso del derecho, cuando se lo ha ejercido en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se los otorgó. ⁽²⁴⁾

Dos corrientes se advierten en esta tesis. Por una parte se desvía la función o finalidad del derecho hacia los principios generales (la buena fe, las buenas costumbres, la moral). Por la otra, se desconoce que el interés tutelado por la norma es el medio de que dispone el derecho para promover ciertas conductas, las cuales incentivan ofreciendo, por así decirlo, el poder del estado para obtener la satisfacción de dicho interés. De esta manera se promueve una conducta que encierra la realización de un valor o preferencia reconocido por el legislador. ⁽²⁵⁾

Borda apunta, en relación a la existencia de abuso cuando se ha ejercido el derecho en contra de la moral y la buena fe, que el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de esta cuestión. Todos los argumentos de prestigiosos maestros del derecho se han estrellado con ese sentimiento de lo justo que anida en el

²³. Cfr. P. Rodríguez Grez, *Op. cit.*, pp. 170-171.

²⁴. Cfr. G. Borda, *Op. cit.*, p. 15

²⁵. Cfr. P. Rodríguez Grez, *Op. cit.*, p. 171

corazón humano, que no podía admitir la justificación de lo arbitrario, inmoral, dañino, a nombre del derecho. ⁽²⁶⁾

3.3. Criterio Mixto o ecléctico

De acuerdo a esta concepción, ambos criterios, el subjetivo y el objetivo, no se contraponen, sino más bien se complementan o combinan y la preponderante gravitación depende del punto de vista que se adopte en cada caso.

Uno de los representantes de esta postura es Josserand. Para él todo se reduce a discernir de una parte el espíritu o función del derecho controvertido y, de la otra, el móvil a que el titular ha obedecido en el caso concreto. Es así que combina, aunque en diferentes dosis, los elementos que, de modo reductivo, propugnaban los seguidores del criterio subjetivo como aquellos de la tesis objetiva del abuso del derecho. ⁽²⁷⁾

Jorge Americano quien refiriéndose a este criterio sostiene que, recogiendo lo que hay de verdad en las teorías subjetivas y objetivas que tratan de fundamentar el abuso del derecho, es preferible adoptar un criterio mixto que analice, por así decir, objetivamente la intención; o en otros términos, que con los elementos que da el estudio del proceder normal de los hombres, concluya por la anormalidad del acto realizado por el agente, cuando no se conforme con ese término medio, imponiéndole la obligación de resarcir el daño causado⁽²⁸⁾.

Capítulo III. El Empleador y su Potestad Sancionadora

Dentro del rol económico del estado al empresario, como titular de la empresa, se le reconoce a nivel constitucional y legal un conjunto de potestades amparadas en la

²⁶. Cfr. G. Borda, *Op. cit.*, pp. 15-16.

²⁷. Josserand, citado por C. Fernández Sessarego, *en Op. cit.*, pp. 133-134

²⁸. Jorge Americano citado por A. M. Fleitas, *en Op. cit.*, p. 50

libertad de empresa que reconoce el art. 59 de la Constitución Política del Estado y bajo la genérica denominación de **poder de dirección** positivada en el artículo 9º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL) aprobado por el Decreto Supremo nº 003-97-TR, que reconoce al empleador las facultades de dirección, fiscalización y sanción, es decir le facultan tanto para determinar el contenido de la prestación laboral pactada como para arbitrar los mecanismos necesarios para que ésta se cumpla.

El **Poder de Dirección** ⁽²⁹⁾ del Empleador, se ejerce mediante las siguientes facultades:

a) Reglamentaria, a través de esta potestad se emiten Reglamento Interno de Trabajo, Directivas, Órdenes no escritas; b) de Fiscalización, se realiza a través de Cámaras audiovisuales, grabación de llamadas, Intervención de correo interno y externo, intervención de facebook público y privado, seguimiento por terceros, revisión corporal, GPS; c) Sancionadora se da a través de suspensión, traslado, multas, despidos, descuentos; y el d) IUS variando se da a través de cambio de puesto de trabajo (manteniendo la categoría y remuneración).

Éste poder de dirección, aunque amplio, no resulta ser absoluto, omnímodo o ilimitado, en efecto, aunque disponer de tal poder de dirección faculta al empleador a dar órdenes discrecionales, la discrecionalidad no debe ser entendida como sinónimo de

²⁹ Que, en un sentido amplio del término, está constituido por la potestad organizativa, disciplinaria y de control. Como ha puesto de manifiesto M. D. ROMÁN DE LA TORRE, -siguiendo la disyuntiva que ya plantea J. CRUZ VILLALÓN, en *Las modificaciones de la prestación de trabajo*. M.T.S.S. Madrid, 1983. Pág. 20- “el poder de dirección puede ser entendido en un sentido amplio del término, omnicomprendiendo de las facultades empresariales en toda su extensión, o bien, desde un concepto más estricto de tal poder, siendo necesario entonces deslindarlo no sólo de aquellos otros relativos a la modalización de la prestación de trabajo, sino también de otros más diferenciados como son el de control y vigilancia o disciplinario”. (Mª D. ROMÁN DE LA TORRE, *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Graphus. Valladolid, 1992. Págs. 91 y ss.); Así, opera con un concepto de poder de dirección amplio, integrador de todas las facultades empresariales, M. ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho del Trabajo*. Ariel. Barcelona, 1985. Pág. 528; Con un concepto amplio pero ya sólo referido a la prestación de trabajo, incluyendo el “ius variandi”, A. MONTOYA MELGAR, *El poder de dirección del empresario*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1965. Págs. 140 y ss.; y “Poder del empresario y movilidad laboral”. R.E.D.T. nº38/1989. Pág. 139

arbitrariedad, es por eso que las facultades del poder de dirección del empleador serán ejercidas teniendo en cuenta límites, los límites son internos y externos. Dentro de los **límites internos** tenemos a: **a)** la dignidad, como poner a trabajar en algo que no ha estudiado, ; **b)** la categoría, como no hacer nada en el puesto (hostigamiento); **c)** la remuneración, no se puede disminuir, la única forma que el trabajador acepte (ley 9463), por una causa objetiva y por condición resolutive. Dentro de los **límites externos** tenemos a la Razonabilidad, la Motivación y las necesidades del centro de trabajo o empresa.

1. Enunciado de la Potestad sancionadora

La relación jurídica contractual de trabajo (³⁰) es el origen y el permanente fundamento de las obligaciones recíprocas entre trabajador y empresario, en esta relación el trabajador entrega libremente su trabajo, en un tiempo dado, bajo la potestad organizadora del empresario quien debe retribuirlo por la prestación de servicio. El trabajador de forma personal, en situación de subordinación debe ejecutar y organizar su trabajo, según órdenes y directivas impartidas por su empleador. De este modo, el empleador tiene el poder de especificar el contenido, las cualidades del trabajo y orientar la actividad hacia un resultado (³¹).

La facultad de organizar y dirigir el centro de trabajo, corresponde al empresario, empleador o su representante, puesto que por ser titular de la empresa, detenta el poder o facultad de administrar la actividad productiva. Este poder de dirección es un poder privado derivado del derecho reconocido en la Constitución Política del Perú en su artículo 59° libertad de empresa, siendo el propósito de este derecho fundamental

³⁰ Artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, indica: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado...”.

³¹ M.C. Palomeque López, *Derecho del trabajo*, Ramón Areces S. A., Madrid, 2002, p. 706; Cfr. M. Álvarez de la Rosa, *Derecho de trabajo*, 4ª ed., Ramón Areces, S.A., Madrid, 1996, p. 678.

garantizar que toda persona puede elegir libremente la actividad ocupacional o profesión que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual⁽³²⁾; en este sentido incide sobre una relación laboral (trabajador – empleador) siendo la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva⁽³³⁾.

El artículo 9° de la LPCL, reconoce al empleador las facultades de dirección, fiscalización y sanción, del cual se desprende que el contrato de trabajo trae inmerso el ámbito de organización y dirección del empleador, es decir, supone obligarse a realizar el trabajo, bajo la dirección del empresario. Pues, “la capacidad organizativa del empleador se concreta con la ordenación de las singulares prestaciones laborales, a ello se le conoce como, la potestad de dirección, para organizar y ordenar el trabajo, inicialmente y durante toda la ejecución del contrato, recibe el nombre de poder de dirección”⁽³⁴⁾, de tal modo que, el empleador al impartir decisiones a su trabajador hace ejercicio de su facultad de dirección.

El poder sancionador o disciplinario es el complemento del poder de dirección, este poder deriva de una necesidad técnica u organizativa de la empresa, pues siendo el empresario titular, director y organizador de una empresa, que vela por el interés de la misma, no podría concebirse que teniendo tales facultades no detente la de sancionar, por cuanto al momento que sus trabajadores no realicen las órdenes impartidas para contribuir con el fin de la empresa, éste deberá sancionarlos. En este sentido, la potestad disciplinaria se define “como la facultad patronal de sancionar los actos del trabajador que constituyen faltas en la prestación de servicios. Tales faltas pueden constituir en

³² Cfr. STC del 14 de Noviembre del 2005. {Expediente número 2802-2005-PA/TC}, Fundamento 2 y 3, [ubicado el 7.IX 2010]. obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02802-2005-AA.html>.

³³ Cfr. J. Toyama Miyagusuku, *Instituciones del Derecho Laboral*. 1° Edición, Lima, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 204

³⁴ M. C. Palomeque López, *Op. cit.*, p. 707.

acciones u omisiones, perjudiciales para el régimen de producción, perturbadoras de la organización interna o corrosivas de la disciplina de la empresa”⁽³⁵⁾.

La potestad sancionadora constituye “el derecho que tiene el empleador de sancionar los incumplimientos de las órdenes generales o especiales. No puede concebirse una estructura empresarial donde quien la dirija no tenga facultad de sancionar los incumplimientos que afecten su funcionamiento” ⁽³⁶⁾. En una organización empresarial, la cabeza de la empresa es el empleador, aquel que controlará, dirigirá, y sancionará a su trabajador, siendo lógico toda vez que este empleador es responsable e interesado que su actividad empresarial prospere.

De este modo, las labores que realiza el trabajador deberán estar vinculadas con las órdenes de trabajo que imparte el empleador, ejecutadas diligentemente, puesto que si se ejecuta deficientemente o no se ejecuta el trabajo encomendado, el trabajador será responsable por su incumplimiento y sancionado por el empleador debido a que detenta la facultad sancionadora en la relación laboral⁽³⁷⁾.

Según el artículo 9 de la LPCL, se deduce, “la potestad de reglamentar las labores de la que goza el empleador, implica que es él, y no el trabajador, quien fija las reglas de actuación y conducta en el centro de labores, y por ello deben cumplirse, sin perjuicio de aquellas otras reglas naturales de convivencia social que para su exigibilidad no

³⁵ G. Cabanellas, *Compendio de derecho laboral*, Tomo I. 3ª ed., Heliasta, Argentina, 2002, p 456

³⁶ J. Haro Carranza, *Derecho individual del trabajo: Ley general del trabajo*. 2ª edición, RAO, Lima, 2005, p. 377.

³⁷ Cfr. F. Gómez Valdez, *Derecho del trabajo: relaciones individuales de trabajo*, 2a ed. San Marcos, Lima, 2007, p. 419.

precisan de una norma que las consagre” (³⁸), por ejemplo, la responsabilidad que debe tener todo individuo que asume una tarea y el respeto que se debe a todas las personas.

Por tanto, esta facultad disciplinaria que goza el empleador es de naturaleza inmediata y coactiva, sin ella el poder de dirección no tendría sustento, pues, de nada servirá la posibilidad de dictar órdenes si su cumplimiento estuviera librado a la voluntad del trabajador y sin posibilidad del empleador de sancionar su incumplimiento.

2. Características

Entre las características propias de la facultad disciplinaria o poder sancionador, encontramos las siguientes:

2.1 Se trata de una facultad derivada

El poder disciplinario del empleador está referida a la aplicación de una sanción ante la comisión de una falta grave del trabajador; esta potestad deriva de una relación de dependencia que sostiene el contrato de trabajo, pues “una de las manifestaciones del poder de dirección del empleador la encontramos en aquella atribución que le permite a este sancionar a sus trabajadores cuando se incumpla alguna de las obligaciones impuestas u órdenes impartidas” (³⁹). En esencia es el apoyo de la facultad directiva del empleador, por tanto si careciera de la facultad directriz, no tendría tampoco la disciplinaria, así mismo, no es lógico que en la actividad empresarial aquel sujeto que no dirige u organice se le conceda el de sancionar, ni mucho menos que sea el mismo trabajador quien se dirija, organice y se sancione.

³⁸ A. García Manrique, *¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú?: un enfoque teórico-jurisprudencial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 151.

³⁹ J. Toyama Miyagusuku, “La falta de respeto laboral ¿Qué injurias ameritan ser consideradas faltas graves?” en *Actualidad Jurídica*, Tomo N°193, Diciembre 2009, p. 258.

Esta facultad no tiene una existencia autónoma por ser derivada, ello en virtud de la relación de dependencia que existe de trabajador hacia empleador. Por lo que, junto a la facultad de dictar órdenes e instrucciones que debe acatar el trabajador, se encuentra la potestad de adoptar medidas de control y vigilancia (fiscalización) sobre la ejecución de la prestación laboral, y con ellos, en caso de existir incumplimiento de los deberes del trabajador, estará la facultad sancionadora⁽⁴⁰⁾.

La excepción, es en el caso de la intermediación ⁽⁴¹⁾, ya que la dirección la asume la empresa usuaria y la empresa “service” se queda sólo con el poder sancionar. La complementariedad de la facultad sancionadora del empresario que emana del poder de dirección, es que, será necesaria su existencia para que éste sea un verdadero poder jurídico y no un mero poder moral ⁽⁴²⁾. De tal modo que ante “un incumplimiento laboral del trabajador se necesita de una repuesta inmediata y no puede esperar los trámites, en ocasiones dilatados, del pronunciamiento jurisdiccional, previa demanda empresarial” ⁽⁴³⁾. Es decir, al incumplimiento del trabajador de deberes dictados por el empresario, será necesaria su pronta sanción o corrección por parte del empleador, caso

⁴⁰ Cfr. A. Montoya Melgar, *Comentarios al estatuto de los trabajadores*, 7a ed., Aranzadi, Navarra, 2007, p. 157

⁴¹ Cfr. J. Toyama Miyagusuku, *Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, p. 192, indica que la Intermediación Laboral es aquella “provisión de trabajadores de una entidad que es el empleador (empresas de servicios especiales o cooperativas de trabajadores) para que estos presten servicios bajo la dirección o sujeción de un tercero (empresa usuaria)”, se presume la existencia de i) un destaque exclusivamente de trabajadores al centro de trabajo de la empresa usuaria, ii) los trabajadores laborarán bajo las órdenes de los jefes y supervisores de la empresa usuaria (ésta definirá el contenido de la prestación laboral que desarrollaran los trabajadores). En este sentido, la intermediación laboral consiste en aquel destaque de mano de obra de la empresa de servicios hacia la empresa usuaria, es decir, la empresa intermediadora cede trabajadores para ayudar al desarrollo de producción de la empresa principal, quedando bajo esta empresa la dirección y fiscalización (sobre la labor de los trabajadores). Es así, que se forma una relación jurídica triangular entre: empresa usuaria llamada también principal, empresa intermediadora o de servicios, y los trabajadores; donde ambas empresas se benefician por la labor o mano de obra de los trabajadores.

⁴² Cfr. I. Albiol Montesinos, *Compendio de derecho del trabajo*. V.2 Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 480; M. Alonso Olea, *El estatuto de los trabajadores: textos comentarios, jurisprudencia*. 4a ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 371, indica: “el poder de dirección será un mero poder moral si no estuviera acompañado del de sancionar los incumplimientos a las órdenes generales o especiales”, pues, ambos poderes tienen una relación de complementariedad, la cual se justifican en la estructura de la relación laboral.

⁴³ T. Sala Franco, *Derecho de trabajo*. 11ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 620.

contrario, el solo dictar órdenes y sin sanción quedaría como un poder moral mas no jurídico por el mismo hecho que no implica una sanción o corrección ante la infracción de una obligación que encamina al fin empresarial.

En suma, “las facultades disciplinarias del empleador integran los atributos de organización y fiscalización como inherentes a la subordinación jurídica; serían inútiles las órdenes o disposiciones del empleador, si no estuviesen investidas del poder sancionador de toda inobservancia o incumplimiento a las instrucciones impartidas”⁽⁴⁴⁾. Ambos poderes se complementan en la relación jurídica laboral, ello en mérito a la dependencia o subordinación del trabajador hacia el empleador; por ejemplo, en una empresa “x” el reglamento interno indica que aquel trabajador que llegue tarde al centro de labores será merecedor de un memorándum de llamada de atención.

2.2. Surge de uno de los elementos del contrato de trabajo y no está definida con precisión en la ley

Uno de los elementos principales del contrato de trabajo es la llamada subordinación o dependencia (⁴⁵). La subordinación nace de la relación laboral contractual, entendida esta relación en aquella disposición de trabajo por parte del trabajador, se coloca a prestar su servicio al empleador para el desarrollo de las actividades por las cuales ha sido contratado, determinándose que el trabajador dentro de una relación laboral estará en relación directa con todo aquello que disponga el empleador o sus representantes o superiores durante su jornada de trabajo.

Por tanto, la “situación jurídica del trabajador subordinado al empleador, le da a este último poderes suficientes para impartir órdenes de trabajo que deberán ser necesariamente cumplidas por el trabajador, ya que su inobservancia o su

⁴⁴ A. Vázquez Vialard, *Op cit.*, pp. 930 – 931.

⁴⁵ Cfr. F. E. Mantero, “*Facultad disciplinaria del empleador*”, en Actualidad Laboral, p. 11

incumplimiento o defectuosa ejecución, significaría literalmente no ejecutar correctamente las prestaciones previstas en el contrato, acto que ameritaría determinada sanción” ⁽⁴⁶⁾. En este sentido, el poder disciplinario nace en el seno de una relación laboral para asegurar y facilitar el cumplimiento de la prestación, haciéndose efectivo, durante todo el tiempo que se mantenga la condición jurídica de trabajador y empleador.

La jurisprudencia ha expuesto reiteradamente que, el elemento determinante, característico del contrato de trabajo es 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) ⁽⁴⁷⁾.

2.3. Es una facultad discrecional y por tanto puede ser contradicha o impugnada

La LPCL faculta al empleador a sancionar disciplinariamente (en virtud de la subordinación) dentro de los límites de lo racional y proporcional a los trabajadores por cualquier infracción o incumplimiento de sus obligaciones. La discrecionalidad se constituye cuando “el empleador determina unilateralmente la sanción que se debe imponer al trabajador por la falta cometida, y dentro de esta libertad, es la objetividad de la falta y su correlación con el daño infringido a la organización lo que determinará, en última instancia, la sanción a imponer” ⁽⁴⁸⁾. En esta determinación se deberá tener en consideración la antigüedad, puesto de trabajo, reincidencia del trabajador faltoso, lo especificado en los reglamentos internos, lo disciplinado por la ley y la jurisprudencia

⁴⁶ Cfr. F. Gómez Valdez, *Derecho social y del trabajo: la empresa y el empleador*, p. 329.

⁴⁷ STC. del 20 de Febrero del 2006 {Expediente número 01846-2005-PA/TC - Huancavelica, Fundamento 7, [ubicado el 24.X 2010]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01846-2005-AA.html>.

⁴⁸ F. Gómez Valdez, Op cit., p. 338.

dominante por ejemplo: dado que no se presenta la gravedad de la falta para proceder con el despido, se le puede suspender o amonestar al trabajador.

El ejercicio del poder disciplinario del empleador está dirigido a corregir la conducta de aquellos trabajadores que cometan faltas o incumplimientos a las obligaciones que le imponen la ley, su propio contrato de Trabajo, el Reglamento Interno de la empresa o el Convenio Colectivo que los rige. Esta facultad sancionadora discrecional que goza el empleador deberá responder a un procedimiento de valoración objetiva (respondiendo a la razonabilidad y proporcionalidad de infracción – sanción).

Al consumarse una falta, el empleador “deberá ceñir esta falta del trabajador con alguna de las causas consideradas como graves, potestad que sólo le alcanza a su investidura, a este nivel actúa como único juez de la situación y como responsable de la marcha de la organización. Es aquí donde su poder discrecional adopta plenitud extrema, puesto que el empleador frente a la falta cometida ha de conducirse como buen padre para sancionar la conducta del trabajador en atención a la gravedad de los hechos” ⁽⁴⁹⁾; es decir, ante la advertencia de un falta el empleador dentro de su libertad discrecional sancionadora deberá conducirse a sancionar al trabajador de acuerdo a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

No obstante, cuando la discrecionalidad de la potestad sancionadora no se circunscriba dentro de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad; es decir, cuando las sanciones disciplinarias practicadas no constituyan un ejercicio legítimo de la facultad sancionadora del empleador, el trabajador castigado “tendría expedito su derecho de acción orientado a impugnar la sanción a la que se encuentre sujeto” ⁽⁵⁰⁾, en tal sentido cuando el ejercicio del poder sancionador no se encuentra inmerso en los criterios de

⁴⁹ F. Gómez Valdez, Op cit., p. 336.

⁵⁰ J. Toyama Miyagusuku, *Manual de actualización laboral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 18.

razonabilidad y proporcionalidad el trabajador podrá impugnarlo. En tanto, el trabajador no puede resistirse a la aplicación de la sanción debido a que rige el *principio solve et respete* derivado de la presunción de legitimidad de las órdenes del empleador en tanto estamos ante prestaciones subordinadas de servicios. En este orden de ideas, la decisión del empleador puede ser impugnada por el trabajador ante la vía judicial que puede confirmarla, reducirla o dejarla sin efecto (⁵¹).

3. Manifestaciones de Poder sancionador

Según mayoría doctrinaria, se tienen las siguientes manifestaciones sancionadoras:

3.1. Amonestación

Esta manifestación del poder sancionador, consiste en “la llamada de atención por faltas que sanciona la autoridad competente. Es reprender por un hecho no autorizado o prohibido” (⁵²), cuya finalidad es prevenir su repetición, además sirve a manera de advertencia de una medida más contundente de reiterarse el incumplimiento apercibido.

Denominada también apercibimiento, se entiende como una llamada de atención al trabajador infractor, la cual puede ser verbal o escrita, cuyo fin es que enmiende su conducta o mejore su capacidad de trabajo. Es la “sanción más leve que pueda imponer un empleador y está reservada para incumplimientos o infracciones leves de los

⁵¹ Cfr. M.J. López Álvarez, *El expediente disciplinario laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 27. Así también argumenta que: “las facultades disciplinarias conferidas al empleador no pueden equipararse en ningún caso a la función desempeñada por un órgano jurisdiccional ya que, por un lado, el empresario que impone la sanción siempre es parte interesada y, por tanto parcial.

El ejercicio de la potestad sancionadora del empresario no excluye ni limita la posibilidad de dirimir el conflicto ante los órganos jurisdiccionales estatales”.

⁵² R. Chanamé Orbe, *Diccionario moderno*, Gráfica Horizonte, Lima, 2002, p. 145

trabajadores, siendo las más frecuente en la dinámica laboral” (⁵³), esta manifestación se utiliza para avisar al trabajador que debe mejorar su conducta.

Es una sanción leve debido a que la forma de sancionar más drástica que puede ejercer el empleador es el despido, pues ante una infracción leve del trabajador se le aplicará una sanción leve en virtud a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Por ejemplo, si en una empresa “x” el trabajador no recurrió a su centro de labores será merecedor de una amonestación, siendo el fin corregir la conducta de éste.

Habitualmente se presentan las amonestaciones verbales que no ameritan para su corrección más que un rápido y tajante “llamado al orden”. Por otro lado, las amonestaciones escritas son aplicables cuando la falta cometida o sus implicancias no se agotan tan rápido en el tiempo, simplemente la falta reviste mayor gravedad, o la presencia reiterada del hecho está tipificada como falta grave y se requiere ir generando los antecedentes que así lo demuestren a futuro, por lo que resulta conveniente que pueda determinarse la existencia de la amonestación (⁵⁴).

En este sentido, la corrección disciplinaria escrita constituye una manera de advertencia de medida más contundente de reiterarse el incumplimiento apercibido; así por ejemplo, se requiere para poder sancionar con el despido la impuntualidad reiterada del trabajador que se convierte en falta grave según el inciso h) del artículo 25 de la LPCL, donde se demostrará la reiteración por intermedio de las amonestaciones escritas. Otro ejemplo de la amonestación, se da cuando en el reglamento interno de determinada empresa señale: serán amonestados en forma verbal o escrita a los servidores que

⁵³ J. Toyama Miyagusuku, “La falta de respeto laboral ¿Qué injurias ameritan ser consideradas faltas graves?”, Op cit., p. 258.

⁵⁴. A. García Manrique, Op cit., p. 152.

incurran en las siguientes faltas: salir o ausentarse del puesto de trabajo antes de la hora sin el permiso respectivo; o llegar tarde al centro de trabajo, etc.

3.2. Suspensión

Debido a que las normas de la LPCL sólo consagra mediante inciso g del artículo 12° a la suspensión como causal de sanción disciplinaria, y no se ha señalado los presupuestos que ocasionaría la suspensión del trabajador, por lo que es el empleador quien tiene la discrecionalidad dentro de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad el poder de proveer mediante su política empresarial las circunstancias faltosas que lo facultarían a suspender a los trabajadores que incurren en ellas. Así, por ejemplo, según reglamento interno de determinada empresa resulta que la suspensión se encuentre prevista previa y expresamente contemplada como conducta punible ⁽⁵⁵⁾.

La presente práctica sancionadora se presenta cuando, “la gravedad de la acción cometida, genere que no se pueda sancionar con una simple amonestación, se procederá a aplicar la suspensión, sea para dejar un precedente adecuado a todos los trabajadores, sea para sancionar con mayor dureza a quien comete estas irregularidades” ⁽⁵⁶⁾, a diferencia de la amonestación, la suspensión se generará cuando no basta con llamada de la atención.

Esta modalidad de sanción, se trata de suspensión de las labores sin goce de haber (suspensión perfecta), permaneciendo en vigor el vínculo laboral⁽⁵⁷⁾. Importa “ordenar

⁵⁵. Cfr. J. TOYAMA MIYAGUSUKU, “La falta de respeto laboral ¿Qué injurias ameritan ser consideradas faltas graves?”, Op cit., p. 258..

⁵⁶. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Op cit., p. 467.

⁵⁷. Cfr. E. BIEDMA GONZÁLEZ, *Manual de derecho del trabajo*. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1998, p. 331, sostiene a la vez, que la suspensión del contrato garantiza el mantenimiento de la relación de trabajo cuando se producen situaciones que de forma temporal van a impedir su normal desenvolvimiento. En este sentido, el ordenamiento laboral reacciona introduciendo esta figura como mecanismo jurídico para brindar protección a la estabilidad del empleo, ya que en lugar de acudir a la

al trabajador incumplidor que no acuda al centro de labores por un determinado tiempo y que por el lapso temporal que dure tal inasistencia el empleador omita su obligación remunerativa” (⁵⁸). Es decir, la suspensión debe comportar necesariamente una de corte perfecto; en caso contrario, sí se le ordena al trabajador no asistir al centro de trabajo y se le remunera por los días que dure el no prestar servicios, no existirá un propósito de dar un correctivo al empleador infractor.

Asimismo, las suspensiones se imponen por un período de tiempo expresamente determinado, debiendo el empleador precisar la fecha de inicio y de término de la suspensión, para que no se admitan suspensiones indefinidas, ya que pueden ser tomados como despidos arbitrarios, o sea injustos o ilegales debido a que no se puede demostrar una causa justificadora de despido. No obstante, esta sanción de suspensión impuesta por el empleador, puede ser materia de revisión por parte de la autoridad judicial.

3.3. Despido

Constituye aquella sanción drástica que impone el empleador por haber incurrido el trabajador en falta grave, sanción reconocida por la LPCL en virtud del artículo 22°, señala que para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. Por ejemplo la falta grave expresada en el artículo 25 de la LPCL, el abandono de trabajo por más de tres días consecutivos por parte del trabajador será causa de despido.

resolución del vínculo contractual ante la infracción de obligaciones del trabajador, el empleador en razón a razonabilidad y proporcionalidad decidiría por la suspensión

⁵⁸. J. Toyama Miyagusuku, “*La falta de respeto laboral ¿Qué injurias ameritan ser consideradas faltas graves?*”, Op cit., p. 258

El despido supone la ruptura definitiva del vínculo obligacional entre el trabajador y el empleador, por decisión del empleador, de modo que cesa la obligación del empleador de seguir remunerando a su trabajador, así como también la obligación del trabajador de prestar sus servicios. Es la sanción que alcanza su mayor gravedad en armonía con la falta, de tal modo impide razonablemente la continuación del vínculo laboral. Sobre este punto se retornará más adelante.

Respecto a estos tipos de manifestación del poder sancionador del empleador, la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la Republica recaído en la Casación N° 737-99-Ayacucho, se ha pronunciado que debido a que nuestra legislación “al determinar como causas justas de despido, entre otras, la comisión de faltas graves, no realiza una distinción en cuanto al grado de gravedad de tales faltas ni precisa qué sanción corresponde según el nivel de gravedad; es facultad del empleador efectuar la valoración de las faltas cometidas, y en base a ésta, decidir si la conducta constituye causa justa de despido o se trata de una simple infracción que no quebranta la relación laboral”, de tal modo que la valoración de la falta será con observancia obligatoria a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

4. Principios que limitan la facultad disciplinaria

El poder disciplinario discrecional no es un poder absoluto y arbitrario. Es un poder limitado ya que no se ampara el abuso del derecho esto en virtud a la Constitución Política del Perú que en su artículo 103 señala que la constitución no ampara el abuso del derecho, por consiguiente, la posición preeminente que goza el empleador no supone el poder absoluto y arbitrario, sino limitado por principios destacando el de razonabilidad y proporcionalidad entre infracción y sanción.

Por ello de acuerdo a cada supuesto que se configura un incumplimiento laboral, el empleador deberá evaluar y posteriormente decidir qué tipo de sanción resultaría adecuado a la entidad del incumplimiento laboral, teniendo el empleador como observancia obligatoria aquellas directrices para el correcto ejercicio del poder sancionador. Los principios que limitan el poder disciplinario son los siguientes:

4.1. Razonabilidad

La razonabilidad es definida como lo razonable, es decir lo justo, lo que se encuentra conforme a la razón. El principio de razonabilidad consiste en “la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón. Todo el orden jurídico se estructura en torno de criterios de razón y de justicia que parten de la naturaleza de la persona humana y buscan concretar un ideal de justicia” ⁽⁵⁹⁾. Es decir, el actuar del hombre es de manera razonable y no arbitrario, buscando así satisfacer sus propias necesidades de justicia, siguiendo una guía lógica.

La aplicación de sanciones a los trabajadores responsables de la comisión de faltas laborales constituye una manifestación de la facultad disciplinaria del empleador que, como señala el artículo 9 de la LPCL, se ejerce “dentro de los límites de la razonabilidad”; es un límite aplicable al comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en el otro, y sobre todo donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles ⁽⁶⁰⁾.

La razonabilidad en la aplicación de la sanción es la equivalencia entre el grado de la falta y la sanción, “cuya base objetiva se halla en la tipificación de unas y otras faltas, de manera de no caer en el abuso del derecho ni en la arbitrariedad. La tendencia a

⁵⁹. A. Pla Rodríguez, *Los principios del derecho de trabajo*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 284.

⁶⁰. Cfr. A. GARCÍA MANRIQUE, Op cit. p 154

imponer las sanciones más graves por faltas que pueden ser leves, reduce la eficacia de la sanción” ⁽⁶¹⁾, en este sentido habría abuso de derecho y arbitrariedad cuando la sanción no corresponda a la falta cometida, por lo que se incumpliría con el criterio de razonabilidad y quedará expedito el derecho del trabajador a impugnar la sanción.

Así por ejemplo, se puede citar el caso de aquella trabajadora de limpieza que no devolvió media bolsa de detergente, en este caso se declaró injustificado el despido, toda vez que “bajo el principio de razonabilidad, propio del Derecho del Trabajo, la sanción debe estar racionalmente de acuerdo con la gravedad de la falta cometida; que en el caso sub júdice la significación económica no debió ocasionar la despedida de la trabajadora, sino en todo caso una sanción menor” ⁽⁶²⁾, en este caso la razón de la sanción no es acorde con la falta, asimismo no se vuelve irrazonable continuar con el vínculo laboral. Por tanto, se deberá sancionar a la trabajadora de limpieza con una sanción menor, caso contrario existirá un abuso del ejercicio del poder sancionador del empleador ⁽⁶³⁾.

En el caso de imposición abusiva o arbitraria, “el trabajador podrá solicitar su revisión de la sanción ante el Poder Judicial, el cual determinará la procedencia de la misma, así

⁶¹. J. RENDON VÁSQUEZ, *Derecho del trabajo*, Edial, Lima, 2000, p. 112

⁶². Expediente N° 017-90-S, RTT-Callao del 8 de mayo de 1990, citado por: TASAYCO PARDO, Cesar. “¿El ius puniendi del empleador se encuentra sujeto a la valoración de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad?” *En actualidad jurídica*, Tomo N° 189. Agosto 2009, p. 293

⁶³. En otra oportunidad la Primera Sala Laboral, en el Expediente N° 2425-91-CD, al analizar la sanción de despido aplicado a un trabajador de seguridad de la empresa ENAFER S.A., al haberse negado a desplazarse a la ciudad de La Oroya, para prestar en ella sus servicios.

Reconoció el derecho de la empresa despedir al trabajador, al haberse vulnerado las órdenes impartidas. Pero, al hacer el análisis de la razonabilidad de la sanción, concluye que esta es absolutamente irracional, toda vez que existe atenuantes que, de manera lógica, apoyan la posición del trabajador, de negarse a efectuar el desplazamiento. “La Sala estima que debe tenerse presente como antecedente a evaluar, que el trabajador ayudó, de manera directa, en la captura de altos mandos de un grupo terrorista en la mencionada ciudad, en su calidad de Jefe de Seguridad de la empresa demandada. En tal sentido el empleador, se limitó solamente a determinar la existencia de una conducta punible con el despido, siendo en realidad desproporcionado, pues debió tener presente que primero se encontraba la defensa del derecho a la vida y a la integridad de la persona humana, antes que la imposición de una conducta irracional”. Citado por: C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Op cit., p. 473.

como el levantamiento de cualquier antecedente en el legajo personal del trabajador, en caso de encontrarnos ante una sanción desproporcionada” (⁶⁴), es muy evidente la relación entre razonabilidad y proporcionalidad entre falta y sanción. Se puede incluso, considerar como un acto de hostilización del empleador, hecho que podría generar la disolución del vínculo laboral (⁶⁵).

El Tribunal Constitucional (TC en adelante) ha señalado que la razonabilidad “implica una adecuada relación lógica - axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado” (⁶⁶), es decir deberá existir una conexión acorde entre circunstancias, objeto buscado y el medio empleado. En este orden de ideas, en otra oportunidad el TC manifestó que la razonabilidad supone: “a) la elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no sólo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto. b) la comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en “abstracto” de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues sólo así un “hecho” resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los “antecedentes del servidor”, como el presente caso. c) una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los

⁶⁴. C. Blancas Bustamante, *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Op cit., p. 467.

⁶⁵. L. Pilotto Carreño, “El Principio de razonabilidad y la aplicación de sanciones” en *Gaceta Constitucional*, Tomo N° 31, Julio 2010, p. 163.

⁶⁶. STC del 29 de diciembre del 2003. {Expediente número 0013-2003-AI/TC - Pachacámac}, Fundamento 10.6, [ubicado el 11.X 2010]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00013-2003-CC.html>.

implicados en el caso” (⁶⁷). De este modo la razonabilidad se constituye como un límite al ejercicio de las facultades sancionadoras del empleador, por lo que, no es posible que el empleador establezca una sanción arbitraria o subjetiva.

La razonabilidad evoca, sin duda alguna que toda sanción del empleador debe guardar estricta proporcionalidad con la falta cometida de tal forma que contenga criterios de justicia y equidad, donde se deberá tener en cuenta los siguientes criterios objetivos en la evaluación de la falta para arribar a la sanción correspondiente:

- a) El hecho mismo: la propia falta marcará la pauta de la medida disciplinaria a aplicar, por mero sentido común.
- b) La culpabilidad del trabajador: se analizará la intencionalidad del trabajador, es decir, si actuó deliberadamente, o el incumplimiento se produjo por descuido, o por la conjunción de factores externos.
- c) La trascendencia de la falta: “asociada al impacto que la falta puede acarrear”. Así por ejemplo, un hecho que por sí mismo podría ser tomado como una falta leve se agravará si se produjo en presencia de algún cliente de la empresa u otro tercero, pues mellaría la imagen de la organización.
- d) Los principios y bienes jurídicos comprometidos: referido, “si la falta involucra la falta de respeto y consideración a la persona, tendría que ser sancionada con mayor dureza respecto de las faltas que se limitan a lo meramente laboral”. Puesto que, el respeto y el principio de autoridad son valores que se deben proteger siempre, para una convivencia laboral.

⁶⁷. STC. del 11 de octubre del 2004 {Expediente número 2192-2004-AA/TC} Tumbes, Fundamento 20, [ubicado el 01.II 2011]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>

e) Las consecuencias de la falta: se refiere a las “secuelas que la falta pueda haber acarreado: carácter económico, imagen, etc.”.

f) Los antecedentes del trabajador: supone que un historial negativo del trabajador podría agravar su situación si cometiese una nueva falta, aunque sea leve; o caso contrario, podría ser atenuada si carece de antecedentes negativos.

En cada caso concreto el empleador podrá tomar en consideración uno o más de estos criterios de tal forma que no exista un abuso del derecho, debido a su posición preeminente del empleador frente al trabajador.

En este orden de ideas, el criterio jurisprudencial recaído en el expediente N° 2854-97-ND, indica que “debe tenerse en cuenta que la ley no ampara el abuso del derecho, como tampoco debe servir de instrumento para que las facultades de discrecionalidad, mando, exigencias del trabajo, disciplina y orden en sí mismos se desnaturalicen o distorsionen por las partes, sea con el desmedro o perjuicio de una u otra”. Finalmente, debe tenerse presente que el poder de dirección del empleador se caracteriza por ser unilateral pero a su vez discrecional (como en la imposición de sanciones), pero nunca arbitrario y absoluto, puesto que se encuentra limitado objetivamente por la razonabilidad y la ley, las necesidades de empleador, y los intereses morales y materiales del trabajador.

4.2. Proporcionalidad

El empresario ostenta el poder disciplinario y a él compete averiguar los hechos y fijar la conducta sancionable a imponer según el grado de incumplimiento que aprecie una u otra sanción. A decir, del criterio jurisprudencial, ha señalado que, “la proporcionalidad exige la existencia indubitable de la conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto. En consecutiva, la proporcionalidad aparece cuando la

razón del efecto sea deducible de la causa o que sea previsible a partir de ella” ⁽⁶⁸⁾, es decir, será aquel efecto (sanción, que impone el empleador) en razón a la causa (falta cometida por el trabajador).

La aplicación del principio de proporcionalidad en la potestad sancionadora constituye una decisión fundamentalmente valorativa. Esto significa, que existen diversos grados de sanciones en los diferentes tipos de faltas que se pueden cometer, de lo que se infiere que hay faltas leves, graves y muy graves, lo que permite enunciar un principio elemental, que es: a la falta leve le corresponde una sanción leve; a la falta intermedia, una sanción intermedia; y a la falta muy grave, una sanción muy grave, de tal manera que exista un equilibrio o equidad entre la falta cometida y la sanción ⁽⁶⁹⁾.

En oportunidad el Tribunal Constitucional se ha pronunciado mediante expediente N° 00535-2009-PA/TC que “...considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional. En este sentido, se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, el cual está estructurado por tres subprincipios: (i) el de idoneidad o de adecuación; (ii) el de necesidad; y (iii) el de proporcionalidad en sentido estricto. Esto supone que el Tribunal deberá evaluar todas las posibilidades fácticas (idoneidad y necesidad), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para

⁶⁸. Expediente número 0013-2002-CC/TC, citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Op cit., p. 463.

⁶⁹. Cfr. F.C. Mantero, *Op cit.*, p. 16.

los derechos en juego que la decisión adopta” (⁷⁰), por el contrario al no existir estos tres subprincipios no habría lugar a la proporcionalidad.

Respecto a estos tres subprincipios, el de idoneidad o adecuación se refiere a que su intervención conllevará de un fin constitucionalmente legítimo; el segundo es de necesidad, implica que toda intervención de los derechos fundamentales tiene que ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido; y el tercer subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto es la razón de ser de su intervención teniendo en cuenta los derechos que pueden verse afectados.

Por ello, es necesaria una perfecta proporcionalidad y adecuación entre la sanción que se impone y la gravedad cometida; por ello, “el empresario que quiera sancionar un determinado comportamiento deberá analizar los hechos en su realidad, momento, y efectos, con consideración del trabajo al que afectan y de la personalidad del trabajador al que se imputan, con el fin de obtenerse así esa adecuación entre el hecho, la persona y la sanción” (⁷¹). Por tanto, la sanción impuesta por el empleador por la falta cometida, deberá responder a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, caso contrario el trabajador podrá impugnar tal sanción ante el órgano judicial competente.

4.3. Legalidad y Tipicidad

La Constitución Política del Perú consagra en su artículo 2º, inciso 24, literal d) que, “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”, ello evoca al

⁷⁰. STC. del 05 de Febrero del 2009 {Expediente número 00535-2009-PA/TC –Lima}, Fundamento 13 y 14, [ubicado el 01.XII 2010]. Obtenido en: <http://daramver.blogspot.com/2009/08/exp-n-00535-2009-patc-rodolfo-luis.html>.

⁷¹. J. García Murcia, *Tratado práctico de derecho del trabajo y seguridad social*. Aranzadi, Navarra, 2002, p. 1382.

llamado Principio de Legalidad, lo que constituye una garantía de los derechos fundamentales de la persona

Ha establecido la jurisprudencia que “el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones” ⁽⁷²⁾, por lo que se exige que una conducta se encuentre bien delimitada a través de la norma. Asimismo ha manifestado “no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta” ⁽⁷³⁾, es decir, la legalidad es la previsión de lo prohibido, y la tipicidad es el contenido o definición de la conducta prohibida que señala la ley.

El subprincipio de tipicidad o taxatividad supone que las prohibiciones que definen sanciones, se encuentren previamente redactadas con un nivel de precisión suficiente de tal forma que sea de fácil comprensión. Este principio precisa la definición de la conducta que la ley considera como falta. Por tanto, estos principios se refieren a la existencia de una ley, que ésta sea anterior al hecho sancionado y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, de tal forma que, cuando el empleador proceda a sancionar a su trabajador por infracción cometida, tanto la falta deberá estar prevista en ley, reglamento interno del trabajo, contrato, etc., como también deberá estar

⁷². STC. del 11 de Octubre del 2004 {Expediente número 2192-2004-AA/TC-Tumbes}, Fundamento 4, Op cit.

⁷³. STC. del 16 de Abril del 2003 {Expediente número 2050-2002-AA/TC-Lima}, Fundamento 9, [ubicado el 21.IV 2011]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>.

detallada la sanción a imponer. Por ejemplo en el artículo 25° de la LPCL se esgrime un listado de causales justas de despido laboral, por haber incurrido el trabajador en alguna de estas causales.

Mediante jurisprudencia se ha establecido que “en nuestra normatividad (...) la gravedad no constituye el único requisito a considerar para que el empleador pueda hacer uso del despido disciplinario, sino además es necesaria su adecuación al catálogo de incumplimientos ajustado al principio de tipificación previa y de legalidad, al haberse adherido al sistema cerrado o de *numerus clausus* no extensible por analogía” ⁽⁷⁴⁾, en este sentido para que el empleador opte por despedir a su trabajador será necesario que la falta cometida se subsuma a la existencia de un catálogo de incumplimientos previstos por el empleador.

La base legal de los principios de legalidad y tipicidad de la falta grave, se encuentran expresamente recogidos en la LPCL en el artículo 22°, que establece, para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.

4.4. Principio Non Bis In Idem

En la práctica quiere decir, que si el empleador “ha aplicado una sanción que consideró justa en su momento, ulteriormente no la puede modificar aumentando su intensidad. Esto es, si se estimó que una falta merecía suspensión y ella se ejecutó, después no puede variar de criterio y despedirse al trabajador por el mismo hecho” ⁽⁷⁵⁾, así pues, si un trabajador fue sancionado por un determinado incumplimiento, el

⁷⁴. STC. del 19 de Diciembre del 2005 {Expediente número 3809-05 BE (S)} Lima, Fundamento 4, *Data Laboral: base de datos de legislación laboral a texto completo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2011.

⁷⁵. F.E. MANTERO, *Op cit.*, p. 17.

empleador no podrá sancionarlo imponiéndole una sanción más por el mismo incumplimiento, salvo que exista reincidencia.

El ejercicio de este principio impide o limita la duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie la identidad de sujetos, hechos y fundamentos. Así mismo, la aplicación del presente principio no impide, en cambio, la apreciación de reincidencia siempre que haya una conducta nueva infractora que sucede a otra ya sancionada. Asimismo tampoco impide, que se exija responsabilidad al trabajador por los mismos hechos en órdenes distintos, cuando hay más de un bien jurídico lesionado ⁽⁷⁶⁾.

5. Finalidad del Poder Sancionador

La función de la potestad disciplinaria no es sólo punitiva, su función es, “corregir la mala conducta del trabajador, materializada en faltas o incumplimientos a las obligaciones contractuales emergentes de la ley, del convenio colectivo, del estatuto profesional, del reglamento de la empresa o del contrato de trabajo” ⁽⁷⁷⁾, de tal forma que se busca modificar la conducta del trabajador a fin de que cumpla con sus obligaciones laborales, lo cual se realiza a través de la aplicación de sanciones.

La jurisprudencia se ha pronunciado señalando que, “la referida facultad disciplinaria del empleador no resulta ser esencialmente punitiva, sino que debe propender, en primer término la modificación de la conducta del trabajador, a fin de que ésta se adecúe a la Constitución, la ley, el convenio colectivo, el Reglamento interno o el contrato de trabajo, aplicando para ello el empleador sanciones progresivas en función a la falta cometida y al comportamiento del trabajador en el tiempo...” ⁽⁷⁸⁾. Por ello la finalidad

⁷⁶. Cfr. J. GARCÍA MURCIA, Op cit., p. 1383.

⁷⁷. J. A. GRISOLIA, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 8ª edición, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 291

⁷⁸. STC. del 15 de Agosto del 2006 {Expediente número Nº 2205-2006 HOST – Lima}, Considerando octavo. *Data 30,000 Diálogos con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2010.

de poder sancionador será la modificación de la conducta del trabajador, hacer que el trabajador vuelva a adecuar su comportamiento en armonía con lo pactado con el empleador.

En este orden de ideas, el ejercicio del poder disciplinario por el empleador no persigue tanto el castigo en sí mismo sino la disuasión de incumplimientos futuros. De esta forma, el mantenimiento de la disciplina en el marco de una organización empresarial generará en muchas ocasiones funciones secundarias de carácter preventivo o ejemplarizante en las sanciones impuestas⁽⁷⁹⁾.

La finalidad de la sanción disciplinaria es la medida correctiva que el empleador utiliza para reprimir el incumplimiento del trabajador, con el fin de que no vuelva a cometer falta. Por ello se afirma que, la aplicación del poder sancionador tiene dos tendencias: una función correctiva, que detiene los incumplimientos que efectivamente se puedan estar produciendo, y una misión disuasoria de posibles incumplimientos futuros⁽⁸⁰⁾, teniendo como fundamento “la necesidad de conservar el orden interno, la disciplina, la seguridad de las cosas y las personas, y el respeto general entre quienes participan en la actividad de la empresa, y la necesidad de aumentar la productividad” ⁽⁸¹⁾; en suma, que exista en el centro laboral una relación armoniosa entre empleador y trabajador para llevar adelante la empresa.

Al concluir el presente capítulo, se explica que la potestad sancionadora le corresponde al empleador en virtud de la subordinación en que se encuentra el trabajador, manifestándose esta potestad a través de la amonestación, suspensión o despido cuando el trabajador cometa una falta prevista; donde la sanción impuesta por el empleador

⁷⁹. Cfr M. J. LÓPEZ ÁLVAREZ, Op cit., p. 24.

⁸⁰. Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Op cit., p. 464.

⁸¹. J. HARO CARRANZA, Op cit., pp. 377-378.

deberá obedecer a los principios de legalidad, tipicidad, razonabilidad y proporcionalidad existiendo una relación razonable y proporcional entre falta cometida y sanción; pues el fin de la sanción al trabajador es corregir su conducta y evitar futuros incumplimientos y así la empresa prospere.

6. Funcionario

6.1. Concepto

El concepto de funcionario público lo abordaremos desde diversos puntos de vista:

La Constitución Política del Estado prescribe en su Artículo 39° *“Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación.”* y en su artículo 40° regula *“La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza.”*; según los textos se deduce que no se precisa un concepto de funcionario, pero si se precisa que el funcionario no esta comprendido en la carrera administrativa.

El D.S. N° 05-90-PCM, en el artículo 4° define al Funcionario Público, como el *“ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes Públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por Ley.”*

El Código Penal en el artículo 425° ⁽⁸²⁾, no establece una diferencia entre funcionario o servidor público, a ambos le da el mismo tratamiento.

⁸² Código Penal, Artículo 425°.- **Funcionario o servidor público**

Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.

El Código de Ética de la Función Pública, ley 27815, considera el término funcionario como empleado público, equiparando los significados de funcionario, servidor y empleado, pues en su artículo 4º establece “*Para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado*”

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, ley 27785, en la definición básica que da de funcionario, equipara el término servidor al de funcionario; establece en su novena disposición final

“*Constituyen definiciones básicas para efectos de esta Ley, las siguientes: (...) **Servidor o Funcionario Público.-** Es para los efectos de esta Ley, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades.*”

La Ley Marco del Empleo Público, Ley 28175, en su artículo 4º define a funcionario público como “*El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas*”

-
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
 3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
 6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
 7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

La Convención Interamericana contra la Corrupción define en un solo concepto al "funcionario público", "oficial gubernamental" o "servidor público" como cualquier funcionario o empleado del Estado, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, entonos sus niveles jerárquicos.(extraído de: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_interame_contr_corrup.pdf)

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, entiende por "funcionario público" a toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo, o toda persona que desempeña una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público (Extraído de: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf)

Funcionario público podemos definirlo como la persona que es elegida por elección popular o es designada por autoridad competente, para desempeñar una función pública como cargo político o de confianza, en ese sentido se encargará de dirigir las políticas públicas del estado con el objetivo de concretar los fines de interés social.

6.2. Diferencia entre funcionario público y servidor público

6.2.1. Funcionario Público

- Ingresan por elección popular o designado por autoridad competente.
- Es la Persona que presta sus servicios al Estado y en representación del Estado (o a un sector de la población).

- Funciones de preeminencia política reconocida por norma expresa, en ese sentido tiene poder de dirección conferida por ley, con la finalidad de concretar los fines de interés social.
- Desempeña cargos altos.

6.2.2. Servidor Público

- Ingreso Mediante concurso público, abierto y de mérito
- Es la Persona que trabaja para el Estado y no representa al Estado.
- Realiza funciones técnicas o profesionales para tareas o misiones de integración y facilitación de la de los funcionarios públicos; se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios.
- Realizan actividades de utilidad social, en ese sentido son los encargados de hacer llegar el servicio público a toda la comunidad.
- Su actuación esta sujeta a diversos reglamentos y directivas.
- Se relaciona con la administración estatal mediante contratación.

6.3. Responsabilidad del funcionario

La responsabilidad del funcionario podemos definirla como aquel reproche que efectúa el sistema jurídico al sujeto de derecho (funcionario público) que a través de una conducta activa u omisiva transgrede el ordenamiento jurídico que le es obligatorio cumplir, debiendo para su imputación existir previamente la obligación exigible, y para la sanción un debido proceso que permita el deslinde de las responsabilidades.

La responsabilidad del funcionario puede ser: **a)** administrativa (disciplinaria o funcional); **b)** Penal; y, **c)** Civil.

Una responsabilidad de las mencionadas vid. supra no excluye a las otras, ellas pueden concurrir sin que se vulnere el principio non bis in ídem.

Capítulo IV. Indemnización por Daños y Perjuicios⁸³

1. Concepto

“La indemnización por daños y perjuicios consiste en la acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado.” (CAS. N° 4977-2015 CALLAO, Noveno considerando)

La expresión “*indemnización por daños y perjuicios*” se encuentra recogida en varios artículos del Código Civil como sinónimo de la pretensión que el demandante puede reclamar frente a aquel que le hubiera causado un daño. En tal sentido, siempre que se haga referencia a dicha expresión estaremos ante un caso de responsabilidad civil.

Así tenemos, por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 964° que establece que: *“[q]uien buscare tesoro sin autorización expresa del propietario está obligado al pago de la indemnización de daños y perjuicios resultantes”*.

O el artículo 959° que establece que: *“[e]l propietario no puede impedir que en su predio se ejecuten actos para servicios provisorios de las propiedades vecinas, que eviten o conjuren un peligro actual o inminente, pero se le indemnizará por los daños y perjuicios causados”*.

Asimismo, también es de uso común en la práctica legal para referirse a toda pretensión procesal que tenga como finalidad que se resarzan los daños producidos. La expresión

⁸³ Felipe Osterling Parodi, “*La Indemnización de Daños y Perjuicios*”, pag. 397. Consultada el 15/12/2017, en <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf>.

es usada de manera indistinta para referirse a daños producidos por responsabilidad contractual o extracontractual.”⁽⁸⁴⁾

Indemnizar quiere decir poner a una persona, en cuanto sea posible, en la misma situación en que se encontraría si no se hubiese producido el acontecimiento que obliga a la indemnización. La indemnización de daños y perjuicios está destinada a restablecer el estado de las cosas que se habían tenido en mira al concertar el contrato. La indemnización, en este orden de ideas, llena una función de equivalencia destinada a equilibrar los intereses económicos en juego.

2. Elementos

2.1. La inejecución de la obligación

Por la inejecución de la obligación, el deudor, simplemente, incumple la obligación, o la cumple en forma parcial, tardía o defectuosa, sea por acción o por omisión.

Corresponde al juez apreciar, en cada caso, la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Toca al acreedor, sin embargo, demostrar la existencia de la obligación, tratándose de las obligaciones de dar y de hacer y, en el caso de las obligaciones de no hacer, probar además el incumplimiento. En la misma medida, toca al deudor, en las obligaciones de dar y de hacer, demostrar el cumplimiento; así lo exige el artículo 1229° del Código Civil, y es por ello que el deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente tal como lo prevé el artículo 1230° del Código Civil.

⁸⁴. J. Avendaño Valdez, *Diccionario Civil*. Gaceta Jurídica. Lima. 2013, p. 250.

2.2. La imputabilidad del deudor

Para que el daño sea imputable se requiere un nexo causal entre la acción o la omisión del deudor y la inejecución de la obligación. Sólo interesa, para los efectos indemnizatorios, aquel daño que constituye una consecuencia del hecho o de la omisión que obliga a reparar.

Advertimos que ha merecido escaso interés la elaboración de una teoría orgánica del nexo entre el hecho o la omisión por dolo o por culpa del deudor y el daño que origina y que da lugar a la indemnización.

Ello obedece, por cierto, a que se trata de un problema muy complejo que puede superar todos los cálculos o previsiones. La difícil cuestión del nexo causal no puede recogerse en normas abstractas. El juez, en caso de duda, deberá apreciar todas las circunstancias, y su poder para hacerlo es soberano.

La situación de imputabilidad del deudor está vinculada, en realidad, a los factores siguientes. Así como el dolo o la culpa determinan responsabilidad, la ausencia de culpa exonera de ella; el deudor en mora es responsable de los daños y perjuicios que ocasiona el retardo, mientras que el deudor no constituido en mora no incurre en responsabilidad; el deudor exonerado, por pacto, de responsabilidad, en los casos que la ley lo admite, no está obligado a indemnizar por los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento, mientras que en ausencia de este convenio sí lo está. Sólo cabe observar que la prueba de la exoneración de responsabilidad corresponde al deudor. La inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso hace que se presuman, conforme al artículo 1329 del Código Civil, la culpa del deudor.

2.3. El daño

El daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación. El daño, para ser reparado, debe ser cierto; no eventual o hipotético

Daño es sinónimo de perjuicio. Así lo establece la mayoría de las legislaciones modernas y el Código Civil Peruano (Artículos 1317°, 1321° y 1331°). Ambas palabras, sin embargo, tuvieron en su origen un significado distinto. El daño de la ley Aquilia era el ataque a la integridad de una cosa y, aunque no hubiera perjuicio, estaba sancionado.

El Código Civil Mexicano distingue, como regla excepcional en relación con las otras legislaciones, los conceptos de daño y de perjuicio. Aunque sus acepciones son distintas a las del derecho romano. El artículo 2108 del Código Civil Mexicano establece que “*se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación*”; y el artículo 2109 del mismo Código prescribe que “*se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación*”

En nuestro sistema de responsabilidad civil, rige la regla según la cual el daño, definido como el menoscabo que sufre un sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial, debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales el daño emergente y el lucro cesante; y como daños extrapatrimoniales, el daño moral y el daño a la persona.

En el incumplimiento, el resarcimiento comprende el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral (arts. 1321° y 1322°). En la responsabilidad extracontractual se añade a dichos conceptos el de “daño a la persona” (artículo 1985°).

2.3.1. Tipos de daños

2.3.1.1. Daño directo e indirecto

El daño llamado indirecto o mediato, o sea aquel que es reflejo lejano del incumplimiento, no es resarcible, según el mismo artículo 1321° del Código Civil.

Sólo es susceptible de indemnizarse el daño directo e inmediato. Este principio de causalidad jurídica supone un nexo, también inmediato, de causa a efecto, de manera que se pueda inferir que el daño no se habría verificado sin el evento doloso o culpable a que dio origen el deudor.

En el caso del daño indirecto, el nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño desaparece, en el sentido de que entre uno y otro se introducen factores extraños.

Explicaba Pothier a título de ejemplo que, si el deudor no entregaba el caballo objeto de la obligación de dar, en tiempo oportuno, por culpa, era responsable por el mayor precio que debía pagar el acreedor por otro caballo. Pero si a causa de la demora el acreedor no cobraba cierta suma de dinero en el lugar donde debía haberse trasladado con el caballo objeto de la obligación, el deudor no respondía de este perjuicio. El primero era directo; el segundo indirecto. Excepcionalmente, agrega Pothier, el deudor respondía de este último perjuicio cuando había sido previsto al contraerse la obligación.

Si el deudor entregaba al acreedor, dolosamente, una vaca infectada, respondía no sólo por el daño en la vaca misma, sino por el resto del ganado que sufría el contagio. Pero el deudor no era responsable de las consecuencias lejanas y circunstanciales de la inejecución dolosa, por ejemplo, si como consecuencia del contagio el acreedor no había podido cultivar las tierras y había quebrado.

2.3.1.2. Daños intrínsecos y extrínsecos

La clasificación pertenece a Pothier (⁸⁵).

Daños intrínsecos son los que afectan al bien objeto de la obligación. Daños extrínsecos los que afectan a los demás bienes del acreedor, aun cuando ellos también obedezcan a la inejecución de la obligación.

Pothier decía que en caso de culpa el deudor respondía únicamente de los daños intrínsecos, que eran los previstos o los que se podían haber previsto al tiempo de concertar la obligación. Y en el caso de dolo, además, de los daños extrínsecos, o sea de aquellos imprevistos, que eran los que el deudor sufría en sus otros bienes.

Pensamos, sin embargo, que esta clasificación ha sido desterrada del derecho moderno.

2.3.1.3. Daños actuales y futuros

Tiene singular importancia decidir si el juez, al fijar la indemnización, debe tener en cuenta sólo los daños actuales que sufre el acreedor por la inejecución de la obligación, o también los daños futuros.

Es evidente que el juez no puede considerar los daños eventuales o hipotéticos. Pero sí está autorizado a tener en consideración los daños y perjuicios futuros, cuando su realización sea cierta y cuando el juez posea elementos que le permitan fijar su cuantía.

Lo contrario significaría obligar al deudor a renovar su acción. Y esta solución no sólo sería absurda, sino además injusta, pues el acreedor podría verse confrontado con la cosa juzgada

⁸⁵. Tratado de las Obligaciones, tomo 1, Nos. 159 y siguientes, pp. 133 y siguientes.

2.3.1.4. Daños propios y comunes

Los daños propios son aquellos que afectan al acreedor por las especiales circunstancias en que se encuentra; por ejemplo, la falta de entrega de una suma de dinero, indispensable para que el acreedor pueda abonar una deuda y evitar el embargo de sus bienes.

los daños comunes son aquellos que afectan al acreedor en la misma medida en que usualmente afectaría a otras personas; por ejemplo, la falta de entrega de una suma de dinero que el acreedor desea invertir.

2.3.2. Clases de daños

En la responsabilidad civil, el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial.

2.3.2.1. Daño objetivo o patrimonial

El *daño objetivo* o patrimonial consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica que debe ser reparada, entendida como un daño que puede ser valorado objetivamente por el juez con referencia a parámetros económicos, y se subdivide en “*daño emergente*” y “*lucro cesante*”.

Partiendo de un punto histórico, una antigua tradición escolástica que ha llegado hasta nosotros estableció, para medir el alcance del daño patrimonial resarcible los conceptos de *damnum emergens* y *lucrum cessans*:

2.3.2.1.1. Daño emergente

El daño emergente es “*la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito*”; el lucro cesante “*se manifiesta por el no incremento en*

el patrimonio del dañado” (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito).

En el daño emergente se comprende todas las pérdidas efectivamente sufridas que deben medirse en el valor común del mercado del bien sobre el que recaigan y las disminuciones de valor económico que por vía refleja se puedan producir (p. ej., la destrucción de un elemento de una colección repercute en la colección entera).

Si nos encontramos ante un daño emergente (lo que egresa del patrimonio por efectos del daño), se deberá demostrar que el bien se encontraba en el patrimonio del sujeto antes del evento dañoso y que, como consecuencia de este, ha salido de la esfera patrimonial de la víctima, por lo que se requerirá de testigos o de algún otro medio que acredite la existencia del bien como parte del patrimonio (como bien corpóreo o como derecho), por ejemplo, *“si en mi patrimonio tenía un automóvil, el cual entregué en alquiler a Juan hace un mes, el que (al haber concluido el plazo del contrato de arrendamiento, según el artículo 1699° del Código Civil) debió ser restituido y no lo hizo porque perdió el auto en un accidente automovilístico causado por su negligencia, entonces podré demostrar que el bien formaba parte de mi patrimonio mediante la exhibición del documento contractual y con la copia de la tarjeta de propiedad del auto; mientras que demostraré que el auto ya no se encuentra en mi propiedad mediante una inspección judicial o por medio de la copia del atestado policial que describa el accidente y sus consecuencias”*.

El daño emergente incluye la pérdida de la posibilidad de obtener una utilidad futura (chance). En efecto, como se ha indicado, el daño se divide, para efectos de su resarcimiento, en “daño emergente” y “lucro cesante”. Los estudiosos se han preguntado, entonces, en cuál de estos compartimientos debe ser incluida la pérdida de

chance. El parecer unánime en nuestros días inserta la figura en el “daño emergente”, porque la oportunidad o posibilidad de conseguir un resultado favorable tiene un valor económico y forma parte actual del patrimonio del damnificado.

En los casos de daños corporales, ha considerado como daño emergente a los gastos de curación y tratamiento, incluyendo los que se requieran en el futuro, como es el caso de la renovación de aparatos de prótesis a que antes hemos hecho referencia.

En los casos de daños a propiedades, ha considerado como daño emergente la reparación de los desperfectos; por ejemplo, el levantamiento de una pared medianera que se derrumbó debido a que el vecino procedió a demoler su propiedad en épocas de lluvias y sin tomar las debidas precauciones. Así también, los gastos de reparación del vehículo chocado. ⁽⁸⁶⁾

2.3.2.1.2. Lucro cesante

El lucro cesante se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito).

Es “la ganancia patrimonial neta dejada de percibir” por el dañado. El lucro cesante, apreciado con elasticidad, debe ser resarcido, no solo en caso de absoluta certeza, sino también cuando, sobre la base de la proyección de situaciones ya existentes, se pueda considerar que el daño se producirá en el futuro, según una razonable y fundada previsión. En caso de incumplimiento, el lucro cesante siempre es resarcido.

En el ilícito, solamente es resarcido cuando guarda conexión con un daño a la persona o a la propiedad; autónomamente, no obtiene protección sino en casos excepcionales (la llamada *pure financial loss*).

⁸⁶. J. Avendaño Valdez, *Op. cit.*, pp. 134.

Hay lucro cesante en la diferencia entre la entidad del patrimonio tal como estaba en el momento de la injuria y la que se tendría por medio de un aumento que no se ha realizado por causa directa del hecho ilícito, y que sin él ciertamente se hubiera obtenido.

Se identifica como característica distintiva entre la pérdida de *chance* y lucro cesante, la mayor incertidumbre en torno de la verificación del perjuicio. En el lucro cesante, la prueba que se debe brindar a efectos de la certidumbre del daño no tiene que ver con el lucro en sí mismo, sino con los presupuestos y requisitos necesarios para que el lucro se genere. La certidumbre de la ganancia frustrada jamás puede obtenerse del mismo modo que para las pérdidas sufridas, porque estas últimas existen, desde el mismo momento del siniestro en el patrimonio del damnificado, mientras que el lucro cesante no ha entrado, ni lo hará nunca, en tal patrimonio, si no es bajo la especie del resarcimiento.

El daño emergente afecta un bien o un interés actual, que ya corresponde a la persona en el instante del daño; en cambio, el lucro cesante afecta un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento del daño. Sin embargo, debemos reiterar que esto no significa que el daño emergente sea presente, mientras que el lucro cesante es futuro. La fecha para considerar el pasado, presente y futuro en este caso es la de la sentencia.

Desde esta perspectiva, tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser pasados, presentes o futuros.

El lucro cesante es siempre futuro con respecto al momento del daño. Pero entre esa fecha y la sentencia puede haberse producido un lucro cesante que ya será considerado como pasado y además cabe la posibilidad de que las consecuencias del daño sigan afectando en adelante la posibilidad de ganancias futuras.

Es preciso insistir en la condición esencial –también para el lucro cesante– de que el daño debe ser cierto: no son reparables las ganancias hipotéticas sino aquellas que se producirán con toda certidumbre, que inevitablemente se dejarán de percibir como consecuencia del acto dañino.

Sin embargo, en materia de lucro cesante puede ser muy difícil distinguir a veces entre una mera esperanza de ganancia y un daño cierto por dejar de percibir una ganancia futura. ⁽⁸⁷⁾

2.3.2.2. Daño subjetivo o extrapatrimonial

Llamado también daño moral, es el daño no patrimonial; es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad económica. Son, en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquellos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad, y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que independientemente del daño moral originan, además, un daño material. Y en cuanto a sus efectos son susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son morales "strictu sensu", cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual.

Las contradicciones de los textos romanos no permiten expresar con claridad si se permitía o no la reparación del daño moral.

Sin embargo, los tribunales franceses hoy admiten la reparación del daño moral, contractual o extracontractual, interpretando el artículo 1382 del Código Napoleón que se refiere únicamente al daño, sin distinción de ninguna clase. La misma doctrina inspira a los tribunales belgas por la interpretación de un texto idéntico al artículo 1382 del Código francés.

⁸⁷. J. Avendaño Valdez, *Op. cit.*, pp. 285.

El Código Civil Alemán (artículo 823°, primer párrafo), el Código Suizo de las Obligaciones de 1911 (artículo 99°), el Código Civil Brasileño (artículo 76°) y el Código Helénico (artículo 299°), también permiten la reparación del daño moral en las relaciones contractuales y extracontractuales.

El Código Civil Italiano de 1942 limita el principio en su artículo 2059°, al establecer que “*el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados en la ley*”, no refiriéndose ningún otro precepto del Código, sin embargo, a esa obligación.

Distinguidos tratadistas extranjeros ⁽⁸⁸⁾ y la mayoría de los comentaristas del Código Civil Peruano de 1936 ⁽⁸⁹⁾, expresan que no está autorizada la reparación del daño moral por la inejecución de las obligaciones contractuales cuando este daño moral no engendra, a su vez, un daño material.

Se aduce, en apoyo de esta tesis, que los contratos sólo tienen por objeto intereses pecuniarios y no de afección; que la reparación del daño moral constituiría, para el acreedor, un aumento patrimonial sin causa legítima y, por tanto, inmoral e ilícito; y que sería imposible determinar el monto del perjuicio.

Estamos de acuerdo, sin embargo, con los autores ⁽⁹⁰⁾ que se pronuncian sin restricciones por el resarcimiento del daño moral en la inejecución de las obligaciones emanadas del contrato.

⁸⁸. Giorgi, Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, vol. 11, 1909, No 120, p. 166; Alessandri y Somarriva, ob. cit. No. 360, p. 217.

⁸⁹. León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones, tomo 11, Modalidades y efectos, 1956, p. 61 O; Cornejo, Código Civil, Exposición sistemática y comentario, tomo 11, Derecho de Obligaciones, Vol. 1, 1938, No. 184, p. 238; Castañeda, El Derecho de las Obligaciones, tomo 11, Efecto de las Obligaciones, 1963, No 156, p. 157.

⁹⁰. Josserand, ob. cit. Nos 628 y 629, pp. 508 y 509; Planiol y Ripert, ob. Cit. No. 857 p. 168; Colmo, De las obligaciones en general, tomo 1, 1928, No. 154, p. 126; Lafaille, Derecho Civil, tomo VI, Tratado de las Obligaciones, Vol 1, 1947, Nos. 228 y siguientes, pp 210 y siguientes.

Dice Alfredo Colmo, refiriéndose al daño moral, *"que no puede haber Código con soluciones que pugnan contra el más elemental sentido jurídico. Por encima de textos literales, fuera de preceptos taxativos, está el espíritu de la legislación, está la conciencia jurídica, que valen, cuando son generales y fuertes, como aquí pasa, por todos los artículos imaginables"*.

Y Héctor Lafaille agrega que *"el perjuicio que experimenta el acreedor no es siempre de naturaleza patrimonial. Aunque con menor frecuencia, el retardo o el incumplimiento pueden afectar otro género de facultades, todavía más preciosas, como aquellas que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos"*.

Las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado. Trátese de daños exclusivamente patrimoniales, trátese de daños morales que engendren perjuicios económicos o no.

Porque si es claro que en el ejemplo de Laurent ⁽⁹¹⁾, del banquero que deja protestar una letra de cambio para cuyo pago había sido provisto de fondos por el aceptante y desacredita la firma de éste, procede el resarcimiento; también parece claro que debe indemnizarse la destrucción, por el depositario, de un retrato familiar, sin valor económico pero de gran valor moral; o la cancelación por el empresario de un teatro, sin motivo legítimo, de la reservación.

Es cierto que la inconducta contractual, en estos dos últimos casos, no se traduce en un daño pecuniario, pero el incumplimiento, si no se admite la reparación del daño moral, quedaría sin sanción.

⁹¹. Laurent, F., *Principes de Droit Civil*, XVI, (1875). No. 281, p. 341

Las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado. Un derecho sin protección es un absurdo conceptual.

Las objeciones a la reparación de los daños y perjuicios morales carecen, en nuestra opinión, de fundamento.

Aunque es poco frecuente encontrar en materia contractual intereses lesionados de carácter exclusivamente moral, ello no es objeción para que no se reparen cuando se demuestre su existencia.

La reparación del daño moral, en este orden de ideas, no constituye un enriquecimiento ilícito del acreedor, sino una reparación del daño causado. Porque ese mismo enriquecimiento a que se refieren sus detractores podría aplicarse, sin duda, a la reparación del daño moral por acto ilícito: donde existe la misma razón existe el mismo derecho.

Y, además, en el campo contractual, al igual que en el extracontractual, es mejor buscar una reparación imperfecta, la entrega de una suma de dinero por concepto de indemnización, a dejar, simplemente, sin protección alguna un derecho vulnerado.

En suma, cuando el daño moral existe, su sanción debe seguirle como consecuencia necesaria, cualquiera que sea su procedencia y naturaleza. Sustentado en estas consideraciones, el nuevo Código Civil, en su artículo 1322°, ha incorporado la regla según la cual "el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento"

2.3.2.2.1. Daño a la persona

El daño a la persona puede ser entendido como el daño a los derechos de la personalidad, entendiendo estos como aquellos inherentes al ser humano

tales como la vida, la salud, la libertad y otros de naturaleza similar. En tal caso, ante la lesión de los derechos de la personalidad uno de los mecanismos de tutela con los que cuenta el sujeto dañado es la responsabilidad civil, sin perjuicio de que este pueda acudir a otras vías como la penal o la constitucional.

Mayoritariamente se considera que el daño a la persona se define por su pertenencia a los daños de tipo extrapatrimonial debido a que los bienes que lesionan no son patrimoniales. Asimismo, se lo considera, junto con el daño moral, como un daño evento, en razón del bien jurídico tutelado y dañado.

Sin bien la resarcibilidad del daño a la persona solo está consagrada en el artículo 1985° del Código Civil referida a la responsabilidad extracontractual, parte de la doctrina considera que el mismo también es resarcible en los casos de daño causado por la inejecución de las obligaciones a pesar de que el mismo no haya sido consagrado de manera expresa en dichos casos.

En los casos de determinación del monto de responsabilidad, dependiendo del derecho el resarcimiento podrá consistir en una suma de dinero o en otros actos que puedan tutelar el derecho en cuestión como medidas inhibitorias u órdenes de rectificación, por ejemplo, en el caso de dichos que hubieran afectado el honor de la persona. En el caso de la entrega de la suma del dinero se deberá acreditar el perjuicio sufrido, ya sea por los gastos de curación o los tratamientos a los que se deberá someter el dañado. ⁽⁹²⁾

2.3.2.2.2. Daño moral

El daño moral ha sido regulado como un tipo de daño resarcible en aquellos casos en los que nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad

⁹². J. Avendaño Valdez, *Op. cit.*, pp. 133.

contractual, artículo 1322° del Código Civil, o responsabilidad extracontractual, artículo 1984° del Código Civil. Así lo señaló la Cas. N° 950-95 al referir que “[e]l *daño moral es resarcible y cuantificable económicamente, ya sea que se derive de la responsabilidad contractual o extracontractual, opción que ha sido asumida por el legislador del Código Civil de 1984*”. En el caso de la responsabilidad extracontractual se establece en el artículo antes referido que además del lucro cesante y el daño emergente, el “daño moral, cuando se hubiere irrogado, también es susceptible de resarcimiento”. Por su parte, el artículo 1984° establece que “[e]l *daño moral es indemnizando considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia*”. En dicho sentido se establece expresamente que, a pesar de no haber sido directamente dañado, es posible, en condición de familiar, que se produzca daño moral.

Asimismo, se ha interpretado que no es necesaria que exista una relación familiar en estricto, sino que también podrían alegarse otro tipo de relaciones afectivas tales como la convivencia o el noviazgo a efectos de poder alegar el daño moral que se pudiera producir por un evento dañoso.

El daño moral puede ser entendido de dos formas:

- 1) Una forma a la que podríamos llamar restrictiva y lo asimila con aquella situación de sufrimiento o pena que sufre el sujeto debido a la realización de un evento dañoso. Es esta la consideración más extendida sobre daño moral. En este caso, se lo considera, junto con el daño a la persona, como un daño evento, en razón del bien jurídico tutelado y dañado.
- 2) En su segunda acepción, el daño moral puede ser entendido como daño no material o extrapatrimonial, para algunos, en el sentido que el mismo no solo está referido a la

sensación de sufrimiento, sino también a la afectación a aquellos derechos llamados derechos de la personalidad. En tal caso, el daño moral incluiría al daño a la persona.

Atendiendo a lo antes señalado, por ejemplo, la Cas. N° 949-95-Arequipa señaló que “[s]i bien no existe un concepto unívoco de daño moral, es menester considerar que este es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual”. Tal como se señaló, la doctrina no es pacífica en cuanto a establecer cuál es el concepto de daño moral. Ahora bien, a nivel legislativo, las cosas tampoco están claras debido a que en la responsabilidad contractual se señala de manera expresa al daño moral como daño resarcible no pasando lo mismo con el daño a la persona, el cual si aparece en la responsabilidad extracontractual.

Atendiendo al carácter no objetivo del daño moral, sobre todo entendido como situación de sufrimiento, el juzgador deberá realizar una ponderación equitativa, salvo que pueda demostrarse fehacientemente (por ejemplo, determinando el costo de un tratamiento psicológico a efectos de mitigar los daños sufridos) la cuantía de los daños al momento de otorgar el resarcimiento. ⁽⁹³⁾

3. Fundamento de la indemnización de daños y perjuicios

La indemnización de daños y perjuicios está destinada a restablecer el estado de las cosas que se habían tenido en mira al concertar el contrato. La indemnización, en este orden de ideas, llenan una función de equivalencia para equilibrar los intereses económicos en juego.

⁹³. J. Avendaño Valdez, *Op. cit.*, pp. 136.

Por eso, los daños y perjuicios no constituyen una nueva obligación, sustitutoria de la obligación original. Ellos se deben en virtud de la obligación inicial, de la que son un objeto secundario.

El fundamento de la indemnización de daños y perjuicios no se encuentra en la interpretación de la voluntad presunta de las partes, como afirma Alfredo Colmo ⁹⁴. Si esto fuera exacto el resarcimiento del daño sólo tendría lugar en las obligaciones contractuales.

Por otra parte, el acreedor no puede renunciar previamente a la acción derivada de la inejecución de la obligación por dolo o por culpa inexcusable del deudor, siendo nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por esas causas (artículo 1328° del Código Civil). Esto demuestra, justamente, que el fundamento jurídico de la obligación de resarcir no depende de la libre voluntad de las partes, sino que se encuentra en el principio que prohíbe a todos causar un daño a sus semejantes.

El incumplimiento contractual infringe un derecho pre-constituido que la ley garantiza. El acreedor, en la misma medida en que tiene el derecho de exigir la ejecución en especie, puede, en caso de inejecución, exigir la indemnización de los daños y perjuicios.

Y no se diga que el derecho del acreedor a renunciar a la acción derivada de la inejecución de la obligación por culpa leve del deudor desvirtúa esta tesis, porque ello, simplemente, cae en la esfera de autonomía de la voluntad. En la misma medida en que opera la autonomía de la voluntad cuando el deudor, por pacto, se obliga a responder de la inejecución de la obligación por causas no imputables (artículo 1317° del Código

⁹⁴ F. Osterling Parodi, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo 1, 8va Edición, Editora Grijley E.I..R.L., Lima, Perú, Nos. 132, págs. 106.

Civil). O en la misma medida en que las partes pueden estipular una cláusula penal para el caso de inejecución, mora o incumplimiento de algún pacto determinado.

4. Oportunidad para ejercitarse la acción de daños y perjuicios

Ha suscitado dudas decidir si el acreedor tiene el derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios sólo cuando el incumplimiento de la obligación en especie es ya imposible, o si, por el contrario, puede hacerlo, aunque la obligación sea aún posible.

Expresa el doctor Angel Gustavo Cornejo que “sólo se apela a la indemnización de daños y perjuicios cuando no fueran factibles los medios o formas de cumplimiento específico”.

Discrepamos de esta opinión en la medida en que ella es considerada como una regla general. En nuestro derecho no es necesario que la ejecución directa de la obligación sea imposible para pedir la indemnización de daños y perjuicios. El acreedor, dentro de los límites que vamos a señalar, puede renunciar a la prestación en forma específica, y demandar, en cambio, el resarcimiento en dinero. La doctrina enseña que el hecho de pedir en los casos necesarios la prestación en forma específica, en lugar del equivalente, no es una obligación, sino una facultad del acreedor. Y que el acreedor, por consiguiente, puede elegir el equivalente en dinero. Y esta doctrina la comparte el doctor Jorge Eugenio Castañeda, cuando expresa que el acreedor es libre de reclamar la prestación que se le debe o la indemnización de daños y perjuicios.

Si el deudor inejecuta la obligación por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, a tenor de lo establecido por el artículo 1321° del Código Civil. Esta norma significa que el deudor doloso o culpable no tiene por qué ser compelido judicialmente por su acreedor para que cumpla la obligación en especie. El acreedor puede hacerlo, no hay duda, en caso de que la prestación aún sea

posible, como también puede, a su entera elección, hacérsela procurar por otro, a costa del deudor, y exigir a éste la indemnización de daños y perjuicios, porque estos derechos se los concede el artículo 1219° del Código Civil.

Sería injusto, por decir lo menos, que el incumplimiento de la obligación exigiera al acreedor proseguir una larga controversia destinada a obtener la reparación en especie. Bien puede el acreedor proveerse, por su parte, de la prestación, y limitarse a exigir al deudor la indemnización de los daños y perjuicios que le ha irrogado su incumplimiento.

Esta regla general admite, sin embargo, una excepción.

El artículo 1337° del Código Civil prescribe que cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste podrá rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios. Si la obligación tiene utilidad para el acreedor, éste no puede rehusar su ejecución. Sólo podrá, en estos casos, exigir el pago de los daños y perjuicios moratorias.

El acreedor, sin embargo, no está obligado a esperar indefinidamente la ejecución de la obligación, que es posible y útil, pero que el deudor rehúsa cumplir. Si transcurre un tiempo prudencial desde que el deudor es constituido en mora y no cumple la obligación, entonces el acreedor tendrá derecho, sin duda, a exigir la reparación de los daños y perjuicios, prescindiendo de la ejecución en especie.

Este precepto excepcional se justifica porque el acreedor, en los casos previstos por la norma legal, no tendría interés alguno en rehusar la prestación en forma específica.

5. La prueba de los daños y perjuicios

Hemos dicho que el Código Civil Peruano presume que la inejecución de la obligación obedece a culpa leve del deudor (artículo 1329°). Si el deudor pretende exonerarse de responsabilidad deberá probar que la prestación llegó a ser imposible sin

su culpa, y que, por tanto, la obligación se ha extinguido. Si el acreedor, por su parte, pretende que el incumplimiento de la obligación obedece a dolo o culpa inexcusable del deudor y, por consiguiente, que éste también responde de los daños y perjuicios imprevistos, deberá demostrarlo (artículo 1330°).

Pero sea cual fuere la situación, y no obstante la presunción de culpa leve, la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al acreedor (artículo 1331°).

La evaluación del daño depende de una serie de factores complejos, muchas veces difíciles de acreditar: precios, valorizaciones, créditos, demandas comerciales, etc.

La prueba es en algunos casos sencilla y en otros muy compleja. Si el incumplimiento de la obligación origina la quiebra del acreedor, su arresto por no haber prestado alimentos o un incumplimiento contractual, entonces los hechos no serán de difícil probanza; siempre y cuando se demuestre, por cierto, el nexo de causa a efecto entre el incumplimiento del deudor y el sub siguiente incumplimiento del acreedor frente a un tercero. En otros casos la prueba del daño no es tan sencilla.

Por otra parte, la necesidad de una prueba rigurosa por parte del acreedor también aumenta o disminuye en razón de que se trate de un daño emergente o de un lucro cesante. La prueba es más severa cuando se exige el pago de una indemnización por el daño emergente, porque ella es directa y, desde luego, generalmente más sencilla. Para el lucro cesante el rigor deberá disminuir, porque la prueba directa se hace más difícil; tratándose de hechos futuros el juez, muchas veces, deberá contentarse con presunciones.

Aquí insistimos una vez más en que el acreedor queda relevado de la prueba de los daños y perjuicios cuando se trata de los intereses moratorios por el retraso en dar una

suma de dinero. Si no hay pacto, el retraso se repara con el interés legal. Y si hay pacto, con el interés convencional moratoria. Pero ninguno de estos dos casos obliga al acreedor a demostrar los daños y perjuicios que ha sufrido por la inexecución (artículo 1324°).

Y la misma regla prevalece tratándose de las obligaciones con cláusula penal. Cuando se ha estipulado una cláusula penal el acreedor también queda relevado de la obligación de probar los daños y perjuicios, con la limitación, en el caso singular de la legislación peruana, del artículo 1346° del Código Civil, que autoriza al juez, a solicitud del deudor, a reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva.

6. Responsabilidad contractual y extracontractual

Muchas veces hay dificultad en apreciar si el agente ha incurrido en responsabilidad contractual o extracontractual, o sea si tiene la condición jurídica de deudor o de victimario.

Frecuentemente los linderos entre ambas clases de responsabilidad son borrosos. Es el caso, por ejemplo, del cirujano contratado para ejecutar una operación que, por negligencia, origina el fallecimiento del paciente; o el caso, tan usual, del transportador de personas.

Para superar el problema se ha propuesto, a veces, utilizar la llamada "acumulación" de responsabilidad contractual y extracontractual.

La Corte de Casación francesa ha descartado el principio de la "acumulación" de responsabilidades, término además impropio por dejar la impresión de que la víctima o, en su caso, sus herederos, pudieran ejercitar dos acciones distintas, una para la

reparación de los daños y perjuicios contractuales y la otra para la reparación de los daños y perjuicios extracontractuales

Ese Tribunal ha establecido que "cuando se hayan llenado los requisitos que le otorgan una naturaleza contractual a la responsabilidad, la víctima no puede invocar, aun cuando tuviera interés en ella, las reglas de la responsabilidad delictual" ⁹⁵. Esta jurisprudencia, criticada por algunos, es aceptada, aunque tímidamente, por los tribunales belgas.

Ha sido frecuente, en el caso del transporte de personas, que el pasajero, si sobrevivía, o sus parientes, si el accidente había sido mortal, atribuyeran al transportador, a diferencia del portador de mercaderías, una responsabilidad extracontractual. La Corte de Casación francesa ha resuelto, sin embargo, que el transportador de personas estaba ligado contractualmente por una obligación de seguridad y que ésta era determinada: conducir al pasajero, con toda seguridad, a su destino. Se ha asimilado el transportador de personas al portador de mercaderías. Y el mismo principio de seguridad enunciado se aplicaría al caso del cirujano negligente.

Reviste particular importancia distinguir entre la inejecución de una obligación contractual y la inejecución de una obligación extracontractual, pues sus consecuencias jurídicas son muy diferentes.

En esencia, en la responsabilidad contractual las partes están vinculadas por una obligación convencional, mientras que en la responsabilidad delictual no.

La responsabilidad contractual se presenta por la inejecución culpable o dolosa de una obligación emanada de la voluntad. La responsabilidad delictual se presenta por el

⁹⁵ Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte segunda, Vol. 11, 1960, No. 404, p. 46.

ataque injustificado a un derecho que la ley cautela y que, por consiguiente, se obliga a reparar.

De esa distinción se desprenden importantes consecuencias:

(a) El deudor, en la responsabilidad contractual, sólo está obligado a indemnizar cuando incumple la obligación por dolo o por culpa, salvo que haya asumido las consecuencias de la ausencia de culpa.

En la responsabilidad delictual existe un criterio distinto. En los actos ilícitos se toma en cuenta la existencia del daño, el desequilibrio con virtualidad jurídica suficiente para imponer al agente el deber de la reparación.

(b) En la responsabilidad contractual el deudor que incurre en culpa leve sólo responde de los daños y perjuicios que podían preverse al constituirse la obligación; el deudor que incumple la obligación por culpa inexcusable o dolo responde de los daños y perjuicios previstos e imprevistos.

En la responsabilidad delictual el victimario responde de los daños y perjuicios previstos e imprevistos y está obligado, por tanto, a la reparación integral.

La ley peruana, como la mayoría de las legislaciones, no distingue, en la responsabilidad por acto ilícito, entre la indemnización de los daños y perjuicios previstos e imprevistos.

(c) Las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable, son nulas tanto en las obligaciones contractuales, como en la responsabilidad delictual (artículos 1328° y 1986°).

(d) La indemnización de daños y perjuicios por inejecución de las obligaciones contractuales consiste usualmente en una suma de dinero, pero nada se opone a que en la cláusula penal se pacte cualquier otra obligación de dar o una obligación de hacer o de no hacer.

La reparación por acto ilícito, en la legislación peruana, está siempre constituida por dinero.

(e) El daño moral es susceptible de ser reparado tanto por inejecución de las obligaciones emanadas del contrato, como en las obligaciones extracontractuales (artículos 1322° y 1984°).

(f) La solidaridad en las obligaciones contractuales, al menos como regla general, nunca se presume (artículo 1183°).

En la responsabilidad delictual, si varios son los causantes del daño quedan obligados solidariamente por mandato de la ley (artículo 1983°)

(g) La acción de daños y perjuicios derivados de la inejecución de un contrato prescribe a los diez años (artículo 2001°, inciso 1), mientras que la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual prescribe a los dos años (artículo 2001°, inciso 4)

TÍTULO III. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

I. Ejercicio abusivo del derecho a sancionar omitiendo los procedimientos establecidos en la Institución.

1.- El procedimiento para sancionar a un trabajador en LA RAAM

Para determinar el procedimiento sancionador a un trabajador en LA RAAM, primero veremos cuál es la normatividad interna de LA RAAM y luego verificamos si se viene dando cumplimiento a dicha normativa.

1.1.- La regulación normativa interna de LA RAAM

Partiendo de la situación laboral al que pertenezcan los trabajadores, LA RAAM ha previsto un procedimiento sancionador disciplinario que esté acorde a los diferentes regímenes laborales, dicho procedimiento está previsto en diversos dispositivos como el Reglamento de Procesos Administrativos Disciplinarios (régimen público), el Reglamento Interno de Trabajo (régimen privado), la carta circular n° 035-GCRH-ESSALUD-2003 y la carta circular n° 077-GCRH-ESSALUD-2007; es así que para iniciar un procedimiento sancionador disciplinario contra un trabajador, previamente deberá observarse el decreto legislativo al que pertenece, y luego recurrir a los dispositivos normativos que se ha mencionado supra.

Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 258-PE-ESSALUD-2005, aprueba el Reglamento de Procesos Administrativos Disciplinarios para servidores y funcionarios del régimen laboral de la actividad pública del seguro social de salud.

El Reglamento Interno de Trabajo (RIT), en el capítulo XIII sobre Régimen Disciplinario, que van de los artículos 91° al 96°, ha previsto las medidas disciplinarias a aplicarse a los trabajadores del régimen laboral privado (Decreto Legislativo 728) en

caso de cometer alguna infracción, y prevé que estas son: a) Amonestación verbal; b) Amonestación escrita; c) Suspensión sin goce de haber; y, d) Despido.

En la carta circular n° 035-GCRH-ESSALUD-2003 se establecen los lineamientos para amonestar a un trabajador, y se determina las competencias para la imposición de sanción disciplinaria y/o inicio de proceso disciplinario;

La carta circular n° 077-GCRH-ESSALUD-2007 a través de la cual se refuerza las competencias previstas en la carta anterior.

Además, de los documentos internos de LA RAAM mencionados Supra, se acuden a la normatividad existente en el Estado peruano, respecto al tema, y que a continuación se mencionan.

El Decreto Legislativo 276, Capítulo V: del régimen disciplinario, que van de los artículos 25° al 33°, donde se establecen las sanciones por faltas disciplinarias que son: a) Amonestación verbal o escrita, b) Suspensión sin goce de remuneraciones hasta por treinta días, c) Cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por doce meses, y d) Destitución; cuales son las faltas de carácter disciplinarias, entre otros.

El Decreto Supremo 005-90-PCM, Capítulo XII: de las faltas y sanciones y XIII: del proceso administrativo disciplinario, que van de los artículos 150° al 175°, donde se detallan las reglas y preceptos estipulados en el Decreto Legislativo 276 respecto al régimen disciplinario.

Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Título IV - Capítulo II: del Procedimiento Sancionador, Título V: De la responsabilidad de la administración pública y del personal a su servicio, que van de los artículos 229° al 244°, donde se establece el procedimiento sancionador.

Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, Capítulo VII: Régimen Disciplinario, que van de los artículos 19° al 21°, y su Texto Único Ordenado aprobado con el D.S. 7-2010-PCM.

Ley 27785, Ley del Sistema Nacional de Control, cuando sea aplicable.

Ley 30057, Ley del Servicio Civil, Título V: régimen disciplinario y procedimiento sancionador, que van de los artículos 85° al 98°, donde se establecen las faltas de carácter disciplinario; las sanciones a aplicar por las faltas disciplinarias que son: a) Amonestación verbal o escrita, b) Suspensión sin goce de remuneraciones desde un día hasta por doce (12) meses, y, c) Destitución; las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario; el procedimiento administrativo disciplinario; el procedimiento de los medios impugnatorios; y , las medidas cautelares que se pueden aplicar.

Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, Título VI: Régimen disciplinario y procedimiento sancionador, que van de los artículos 90° al 127°, a través de los cuales se facilitan la aplicación de la ley del servicio civil respecto al tema disciplinario sancionador, detallando sus reglas y preceptos estipulados en ella.

Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC “régimen disciplinario y procedimiento sancionador de la ley n° 30057, ley del servicio civil”, donde se desarrollan las reglas del Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador que establece la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil y su Reglamento General.

1.2.- El cumplimiento de la regulación normativa

Antes del 14 de septiembre de 2014, en LA RAAM existían dos procedimientos definidos para aplicar sanciones disciplinarias a los trabajadores, de acuerdo al régimen laboral al que pertenecían, así tenemos que: **a)** para los del régimen de la actividad pública pertenecientes al Decreto Legislativo 276 se aplicaba un Proceso Administrativo Disciplinario regulado por el Reglamento de Procesos Administrativos Disciplinarios aprobado con Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 258-PE-ESSALUD-2005, proceso que era lato y seguido por una Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios (una permanente y otra especial); y, **b)** para los del régimen de la actividad privado pertenecientes al Decreto Legislativo 728 se aplicaba el procedimiento establecido en el Decreto Legislativo 728 que era un proceso célere y no existía comisión alguna, por ello las amonestaciones las realizaba el jefe inmediato o la máxima autoridad después de imputarle las faltas y darle un plazo no menor de 6 días para presentar sus descargos. Es en este segundo procedimiento donde más se ha observado el ejercicio abusivo del derecho a sancionar.

Después del 14 de septiembre de 2014 en LA RAAM se comienza a aplicar un solo procedimiento para aplicar sanciones disciplinarias a sus trabajadores, procedimiento establecido en la Ley 30057 del Servicio Civil, su reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 040-2014-PCM y la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC. Procedimiento que es relativamente nuevo y que cuida en tener un proceso que no vulnere derechos tanto del trabajador como de la institución para ello ha establecido que las autoridades del procedimiento cuenten con el apoyo de un secretario técnico que deberá ser de preferencia abogado.

Respecto al cumplimiento de la regulación normativa para aplicar sanciones disciplinarias a los trabajadores por parte de los funcionarios de La RAAM se encontró

el caso ⁹⁶ del Expediente N° 00233-2015-0-0107-JR-LA-01 sobre “*Indemnización por Daños y Perjuicios*” donde el Administrador de la Red Asistencial Amazonas (trabaja en Chachapoyas) sanciona al trabajador (trabaja en Utcubamba) sin ser su Jefe Inmediato ni la máxima autoridad de la RAAM (Director Médico) pues su jefe inmediato es el Director del Hospital I El Buen Samaritano, **contraviniendo** lo dispuesto por las cartas circulares n° 035-GCRH-ESSALUD-2003 y n° 077-GCRH-ESSALUD-2007, donde se estipula que el funcionario encargado de iniciar el trámite del procedimiento de destitución es el Jefe del Órgano Desconcentrado (Director Médico de la RAAM) y para el caso de faltas leves es el Jefe Inmediato; igual hecho sucede con la sanción que le emite el Administrador del Hospital I El Buen Samaritano al trabajador que tiene como Jefe al Director del Hospital I El Buen Samaritano. Estos dos hechos encontrados nos indican que los funcionarios no cumplen con la regulación normativa para sancionar.

También se encontró el hecho que no se ha seguido el procedimiento establecido para incautar el CPU de trabajo del dependiente (trabajador), pues en el existía información privada y personal, por tanto para no vulnerar el derecho a la privacidad del trabajador se debió requerir la presencia de la autoridad competente (Juez) tal como lo establece el artículo 2°, inciso 10, de nuestra norma fundamental; tampoco se supo cómo lacrar el CPU incautado, pues solamente se le embolsó pero no se firmó en él, pese que en el mencionado acto participó la Jefe de Recursos Humanos de la RAAM (Abogada) y el Asesor Jurídico de la RAAM.

Otro hecho que no sigue la regulación normativa para aplicar sanciones disciplinarias a los trabajadores es que se sanciona al trabajador con cinco años de suspensión de

⁹⁶ El Expediente N° 00233-2015-0-0107-JR-LA-01, sobre “*Indemnización por Daños y Perjuicios*”, obra en el Juzgado Civil de Utcubamba del Distrito Judicial de Amazonas.

labores sin goce de haberes, magnitud de sanción que no está prevista en ninguna norma legal, tampoco se encuentra en algún antecedente administrativo disciplinario donde se haya aplicado una sanción temporal de esa índole; pues la normatividad y la jurisprudencia prevé como máximo un año de suspensión sin goce de haber.

Otro caso ⁹⁷ encontrado y ejecutado en LA RAAM es el que aparece en el Expediente N° 00532-2011-0-0107-JR-LA-01 sobre “*Pago de Remuneraciones (vacaciones)*” donde al trabajador que fue sancionado con 6 meses de suspensión sin goce de haberes, al reingresar a trabajar después de cumplir su sanción y corresponderle salir de vacaciones, solicita gozar de sus vacaciones y le autorizan dichas vacaciones pero no se le abono el pago de dichas vacaciones gozadas físicamente, alegando que tiene que cumplir un año de servicios para tener derecho al pago de vacaciones porque se había roto el vínculo laboral; para tener sustento de reclamar en otra instancia el trabajador solicita vía documento que se le reintegre el pago de sus vacaciones gozadas pero no pagadas, el Jefe de Personal de LA RAAM le reitera la negativa de pagarle dichas vacaciones bajo los mismos sustentos dados verbalmente en un inicio, ante dicha negativa el trabajador recurre al Poder Judicial para solicitar el pago de las vacaciones que había gozado pero no recibido el respectivo pago, logrando que el Poder Judicial ordene a La RAAM que realice el pago correspondiente por las vacaciones gozadas y no pagadas; En este caso es el Jefe de Personal de LA RAAM es quien incurre en el incumplimiento de la normatividad, casando daño al trabajador .

Se observa, según la información obtenida, que los funcionarios manifiestan seguir los procedimientos definidos para aplicar sanciones disciplinarias a los trabajadores, así

⁹⁷ El Expediente N° 00532-2011-0-0107-JR-LA-01, sobre “*Pago de Remuneraciones(Vacaciones)*”, obra en el Juzgado Civil de Utcubamba del Distrito Judicial de Amazonas.

tenemos, que en una entrevista realizada al Jefe de Finanzas⁹⁸, el manifestó “*el caso de que haya un pago o una indemnización, LA RAAM asume el pago pero hay un deslinde de responsabilidad, hacen el proceso de investigación del personal que ocasiono el problema, aparte que le aperturan un proceso administrativo; pueden llegar a establecer la persona que ha generado el abuso y es quien asume el pago, eso es posterior*”; pese a lo manifestado por el funcionario, se tiene que no siempre se cumple en rigor con la aplicación de la regulación normativa cuando se trata de emitir sanciones disciplinarias a los trabajadores, ya sea producto del desconocimiento de la normatividad por parte de los funcionarios o por la prepotencia con que actúan los funcionarios, que no les importa ir contra la normatividad y los derechos de los trabajadores con tal de sancionar al trabajador que les cae mal por ser contrario a sus intereses, esto último porque conocen que por más que el trabajador tenga la razón y así se demuestre en juicio, a ellos no les va a alcanzar responsabilidad alguna por su conducta funcional (abuso del derecho), esto último se corrobora porque según la información recabada en LA RAAM en el periodo evaluado no se ha realizado sanción alguna contra los funcionarios que hacen abuso de derecho al sancionar, así lo confirman los Jefes de Finanzas y Recursos Humanos de LA RAAM, en este sentido el Jefe de la Unidad de Finanzas a la pregunta ¿Dígame Usted, existen pagos realizados por indemnización de daños y perjuicios en LA RAAM? manifestó “*Desde el tiempo que yo estoy no hay ningún pago, de hecho.*”, pero deja ver que LA RAAM si ha realizado pagos por responsabilidad funcional pues a la pregunta ¿Pero, no se ha dado algún caso de abuso de derecho? responde “*En caso de abuso no, solo se ha dado el pago de multas a la zona de trabajo*”, y a la pregunta ¿Pero, no ha habido sanción

⁹⁸ Entrevista realizada al Econ. Cesareo Conrado Tuesta Silva, Jefe de la Unidad de Finanzas de la Red Asistencial Amazonas- EsSalud, el 15/12/2016 en la Ciudad de Chachapoyas. Lleva trabajando desde el año 2012 en ese cargo.

económica o sí? Respondió “No”, es decir que al funcionario no se le sanciona económicamente por más daño que le cause a la Institución.

2.- Forma como se viene aplicando sanciones disciplinarias a los trabajadores en LA RAAM

En LA RAAM entre los años 2011 al 2016 se ha tenido una población de trabajadores que ha oscilado entre 278 trabajadores y 323 trabajadores, distribuidos en los tres regímenes laborales, de los cuales el régimen laboral de la actividad privada D.L. 728 son los más numerosos (véase cuadro N° 01); también se observa que los trabajadores del Régimen laboral de la actividad pública Decreto Legislativo 276 (nombrados) son los que no han variado mucho, ello se debe a que desde que se crea ESSALUD (Seguro Social de Salud) con ley 27056 de fecha 30/01/1999 se limita el ingreso de nuevo personal solamente al régimen laboral privado, prohibiéndose el ingreso de personal nombrado (régimen público).

Cuadro N° 01.

POBLACIÓN DE TRABAJADORES POR TIPO DE RÉGIMEN LABORAL EN LA RAAM: AÑOS 2011 AL 2016

POBLACION DE TRABAJADORES EN LA RAAM POR RÉGIMEN						
RÉGIMEN DEL TRABAJADOR	AÑOS					
	2011	2012	2013	2014	2015	2016
DL 276	42	41	42	43	44	44
DL 728	214	210	204	207	218	223
DL 1057	22	37	43	52	54	56
Total trabajadores	278	288	289	302	316	323

Fuente: Planillas de Recursos Humanos de LA RAAM

En resumen se observa que al año 2016, en LA RAAM, habían 323 trabajadores en total, de los cuales la gran mayoría son del régimen laboral privado, cuya tendencia fue decreciente entre los años 2011 hasta el año 2013, lo cual se debe a que la política de contratación laboral se orientó por el lado del decreto legislativo 1057 (CAS), cuya

tendencia ha sido creciente desde el año 2011 hasta la fecha, no obstante ello, a partir del año 2014 nuevamente se empezó a contratar dentro del régimen laboral privado, aunque con menos incidencia en el régimen del CAS, es por ello que la tendencia de las contrataciones en el régimen laboral privado, vuelve a crecer entre los años 2014 al 2016. Mientras que, en el régimen laboral público, la tendencia se mantiene, y si bien es cierto que entre los años 2014 al 2016 hay un leve crecimiento del número de trabajadores, ello no es producto de nuevas contrataciones, sino de la reincorporación por mandato judicial de antiguos trabajadores que fueron cesados durante el régimen del presidente Alberto Fujimori.

De esta población de trabajadores y en el periodo evaluado se han generado 1,174 infracciones que han generado igual número de sanciones, los cuales son materia de análisis, a efectos de determinar cuáles han sido las infracciones y sanciones más frecuentes, tal como se puede ver más adelante.

2.1.- Las infracciones más frecuentes en que incurren los trabajadores

Según la información recabada de la Unidad de recursos humanos de LA RAAM (ver el cuadro N° 02), en el periodo evaluado se han realizado 1,174 infracciones, de las cuales se observa que el mayor porcentaje son infracciones por no haber actualizado su legajo personal con 261 infracciones lo que representa el 22.23% del total de infracciones, luego viene los incumplimientos de obligaciones o funciones que en conjunto son 332 infracciones lo que equivale al 28.28% del total de infracciones, le siguen la omisión en el marcado o registro de asistencia con 231 infracciones que equivale al 19.68% del total de infracciones, las tardanzas al ingresar al trabajo con 212 infracciones que equivale al 18.06% del total de infracciones, no hacer uso del uniforme institucional con 125 infracciones que equivale al 10.65% del total de infracciones.

Continúan la lista, las infracciones de mediana frecuencia como la responsabilidad laboral con 27 infracciones que equivale al 2.30% del total de infracciones, las diferencias encontradas en la toma de inventario con 20 infracciones que equivale al 1.70% del total de infracciones; por último viene las infracciones de escasa frecuencia como la indisciplina y falta grave con 2 infracciones que equivale al 0.17% del total de infracciones.

Cuadro N° 02
INFRACCIONES COMETIDAS POR LOS TRABAJADORES ENTRE
LOS AÑOS 2011 AL 2016

	Infracciones	Cant	%
1	Solicita de manera reiterativa actualización de su legajo personal.	261	22.23
2	Tardanzas reiteradas al ingreso al trabajo	212	18.06
3	incumplimiento de obligaciones prescritas en el artículo 20 ° del RIT	140	11.93
4	Omisión de registro de asistencia	131	11.16
5	Incumplimiento de uso de uniforme institucional	125	10.65
6	Omisión del marcado de tarjeta asistencia (reiterada)	100	8.52
7	Reiterado Incumplimiento de funciones	66	5.62
8	Responsabilidad laboral	27	2.30
9	incumplimiento de obligaciones prescritas en los artículos 19° y 20 ° del RIT	22	1.87
10	Diferencias encontradas en la toma de inventario	20	1.70
11	Incumplimiento del registro diario de la carga de consumo al sistema SAP R/3	18	1.53
12	Trasgresión del artículo 20 ° del RIT	15	1.28
13	Negligencia en sus funciones trasgrediendo lo normado en el RIT	10	0.85
14	Negligencia laboral y perjuicio económico a la institución.	8	0.68
15	Incumplimiento de cronograma de envío de archivos de consumo GH para el proceso de almacén central	5	0.43
16	Incumplimiento de la directiva N° 012-GG-ESSALUD-2005	5	0.43
17	incumplimiento de obligaciones previstas en los incisos a, b, c, s y t del artículo 19 ° del RIT	4	0.34
18	Negligencia en trabajo de estadística	3	0.26
19	Indisciplina y falta grave	1	0.09
20	falta grave	1	0.09
	Total	1174	100

Fuente: Recursos Humanos de LA RAAM

Como se ve de las 1,174 infracciones cometidas por los trabajadores, destacan las infracciones leves por ser de mayor frecuencia, en cambio las infracciones más graves son de escasa frecuencia.

2.2.- Las sanciones disciplinarias aplicadas en relación a infracciones cometidas

Las sanciones impuestas a los trabajadores en el período evaluado son 1,174 sanciones (ver el cuadro N° 03), las que figuran en el legajo personal de los trabajadores, algunos trabajadores tienen pocas sanciones, otros tienen bastantes sanciones, también existen trabajadores que no tienen ninguna sanción.

Las sanciones que más se han aplicado son las sanciones escritas leves, como el incumplimiento de actualización de legajo personal con 261 sanciones, las omisiones de registro o marcado de asistencia con 231 sanciones, las tardanzas reiteradas con 212 sanciones, incumplimiento de obligaciones con 140 sanciones, y el incumplimiento de uso de uniforme institucional con 125 sanciones; luego viene las sanciones escritas fuertes, como las llamada severa de atención por incumplimiento de obligaciones prescritas en el RIT con 22 sanciones, por reiterado incumplimiento de funciones con 66 sanciones, por diferencias encontradas en la toma de inventario con 20 sanciones, por responsabilidad laboral con 25 sanciones.

Las sanciones de menor incidencias son las de suspensión sin goce de haber, que son las sanciones más graves que se han aplicado a los trabajadores en dicho periodo; dentro de estas sanciones, en el orden de menor a mayor gravedad tenemos, amonestaciones con suspensión sin goce de haber por 2 días 3 casos, con suspensión sin goce de haber por 5 días 15 casos, con suspensión sin goce de haber por 10 días 10 casos, con suspensión sin goce de haber por 15 días 10 casos, con suspensión sin goce de haber por 3 meses 4

casos, con suspensión sin goce de haber por 6 meses 2 casos, con suspensión sin goce de haber por 12 meses 1 caso y con suspensión sin goce de haber de 5 años un caso.

Como se puede observar existen 1,174 sanciones impuestas a los trabajadores, de las cuales la mayor cantidad son leves y pocas son graves, de las graves destaca la sanción de suspensión por 5 años sin goce de haber, la cual fue anulada en la vía judicial e incluso la propia entidad declara su nulidad.

Cuadro N° 03
SANCIONES IMPUESTAS POR LAS INFRACCIONES
COMETIDAS POR LOS TRABAJADORES ENTRE LOS AÑOS
2011 AL 2016

	Sanción	Cant	%
1	Amonestación por incumplimiento de actualización de legajo personal (curriculum vitae)	261	22.23
2	Llamada de atención escrita por tardanzas reiteradas	212	18.06
3	Llamada severa de atención incumplimiento de obligaciones prescritas en el artículo 20 ° del RIT	140	11.93
4	Amonestación por omisión de registro de asistencia	131	11.16
5	Llamada de atención por incumplimiento de uso de uniforme institucional	125	10.65
6	Llamada de atención por Omisión reiterada del marcado de tarjeta de asistencia	100	8.52
7	Llamada severa de atención Reiterado Incumplimiento de funciones	66	5.62
8	Llamada severa de atención incumplimiento de obligaciones prescritas en los artículos 19° y 20 ° del RIT	22	1.87
9	Llamada severa de atención Diferencias encontradas en la toma de inventario	20	1.70
10	Llamada severa de atención Incumplimiento del registro diario de la carga de consumo al sistema SAP R/3	18	1.53
11	Sanción disciplinaria con suspensión sin goce de haberes por 5 días por trasgresión del artículo 20 ° del RIT	15	1.28
12	Llamada severa de atención por responsabilidad laboral	15	1.28
13	Sanción disciplinaria de 15 días de suspensión sin goce de haberes por Responsabilidad laboral	10	0.85
14	Sanción con 10 días sin goce de remuneraciones por negligencia en sus funciones	10	0.85
15	Amonestación por negligencia laboral y perjuicio económico a la institución.	8	0.68
16	Amonestación por incumplimiento de cronograma de envío de archivos de consumo GH	5	0.43
17	Llamada severa de atención Incumplimiento de la directiva N° 012-GG-ESSALUD-2005	5	0.43
18	Sanción de suspensión sin goce de haberes por el lapso de 3 meses por incumplimiento de obligaciones	4	0.34
19	Sanción con 2 días sin goce de remuneraciones por negligencia en trabajo de estadística	3	0.26

20	Sanción disciplinaria de 6 meses de suspensión sin goce de haberes por responsabilidad laboral	2	0.17
21	Sanción disciplinaria de 12 meses de suspensión sin goce de remuneraciones por Indisciplina y falta grave	1	0.09
22	Sanción disciplinaria de suspensión sin goce de haberes por el lapso de cinco años por falta grave	1	0.09
	TOTAL	1174	100

Fuente: Recursos Humanos de LA RAAM

II. Agravios socio laborales para el trabajador

Cuadro N° 04
TOTAL DE TRABAJADORES ENCUESTADOS, SOBRE SANCIONES
CON SUSPENSIÓN LABORAL ENTRE LOS AÑOS 2011 AL 2016

Preguntas	Total	%
1. Dígame Usted ¿Ha sido sancionado con suspensión de labores?		
Si, han sido sancionado con suspensión	46	27.38
No, han sido sancionado con suspensión	122	72.62
Total de encuestados	168	100.00

Fuente: Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016.

Previamente, debo mencionar que se realizó una encuesta⁹⁹ dirigida a los trabajadores de LA RAAM, datos que se muestra en el Cuadro N° 04:

Donde se llegó a encuestar a 168 trabajadores, de los cuales 46 tenían sanción con suspensión de labores sin goce de haberes que representa el 27.38% del total de trabajadores, y 122 no han tenido sanciones con suspensión de labores sin goce de haberes y representa el 72.62% del total de trabajadores, tal como se muestra en el cuadro N° 04.

En resumen se observa que las sanciones sin suspensión de labores son la gran mayoría, y que apenas un poco más del cuarto de las sanciones impuestas son con suspensión sin goce de haberes.

⁹⁹ Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016, paralelamente en las ciudades de Chachapoyas, Bagua Grande y Bagua de la Red Asistencial Amazonas-LA RAAM

1.- Agravio económico

Cuando el trabajador es sancionado siempre va a tener un agravio económico, que repercutirá a su entorno familiar, ello se produce porque deja de percibir los ingresos que tenía cuando trabajaba, y comienza a adquirir deudas para poder solventar a su familia.

1.1.- Pérdida de remuneraciones

La pérdida de la remuneración es una consecuencia lógica de la sanción de suspensión de labores o desvinculación laboral. Así tenemos que cuando se sanciona a un trabajador con suspensión de goce de haberes se produce una suspensión perfecta de servicios, es decir que no existe la obligación del empleador de pagar remuneraciones y por parte del trabajador en prestar sus servicios. Esta pérdida de remuneración se incrementa cuando el trabajador es incapaz de poder realizar otros trabajos o alguna otra actividad productiva que le permita generar ingresos económicos para su familia.

Cuadro N° 05
TIEMPO QUE DURO LA SANCIÓN DE SUSPENSIÓN
LABORAL REALIZADA ENTRE LOS AÑOS 2011 AL 2016

Preguntas	Total	%
2. Dígame Usted ¿Por qué tiempo fue sancionado con suspensión de labores?		
a) =< 1 mes	38	82.61
b) 3 meses	4	8.70
c) 6 meses	2	4.35
d) 12 meses	1	2.17
e) > a 12 meses	1	2.17
	46	100.00

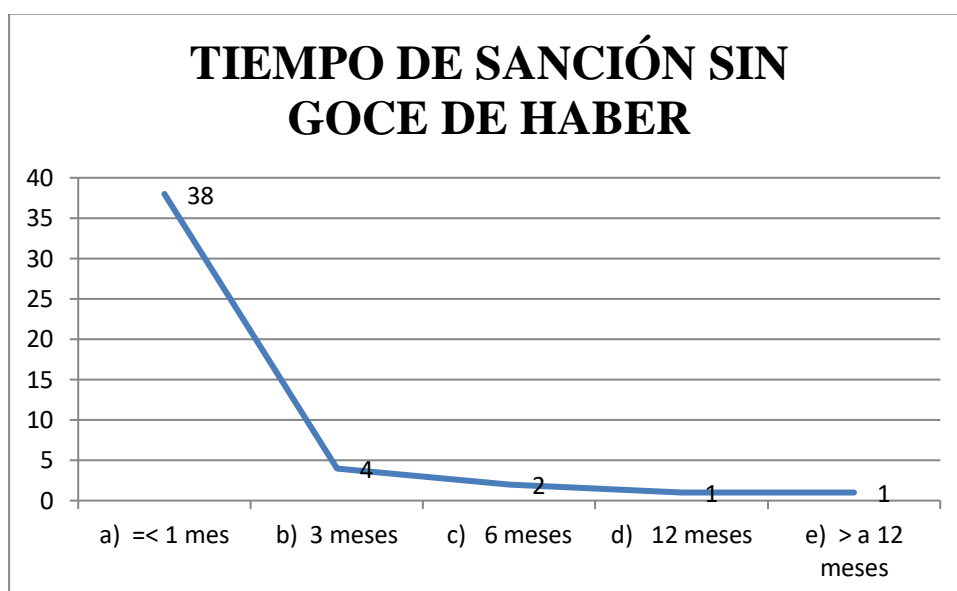
Fuente: Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016.

Según la información obtenida por la encuesta y que se presenta en el cuadro N° 05, en el periodo evaluado se tiene que de los 46 sancionados con suspensión sin goce de haber, 8 son sanciones mayores o igual a 3 meses y representan solamente el 17.39%, el

resto, es decir 38 son sanciones menores a 1 mes y representan el 82.61% del total de infracciones con suspensión laboral.

En el gráfico N° 01 se distingue más claramente a los 8 trabajadores que han recibido sanciones más graves con suspensión de labores mayor o igual a 3 meses, y de acuerdo al cuadro N° 06 son los que han tenido mayor pérdida de ingresos económicos, porque les fue imposible conseguir trabajo, o por haber conseguido un trabajo mal remunerado como es el trabajo informal.

Gráfico N° 01



Fuente: Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016.

Como se puede ver la gran mayoría de sanciones sin goce de haber es por menos de un mes, y las de mayor gravedad son de menor porcentaje, destacando de estas últimas las de >= a doce meses.

Cuadro N° 06

**FORMAS COMO SE SOLVENTÓ LOS GASTOS FAMILIARES
EN EL TIEMPO QUE DURO LA SANCIÓN DE SUSPENSIÓN
LABORAL REALIZADA ENTRE LOS AÑOS 2011 AL 2016**

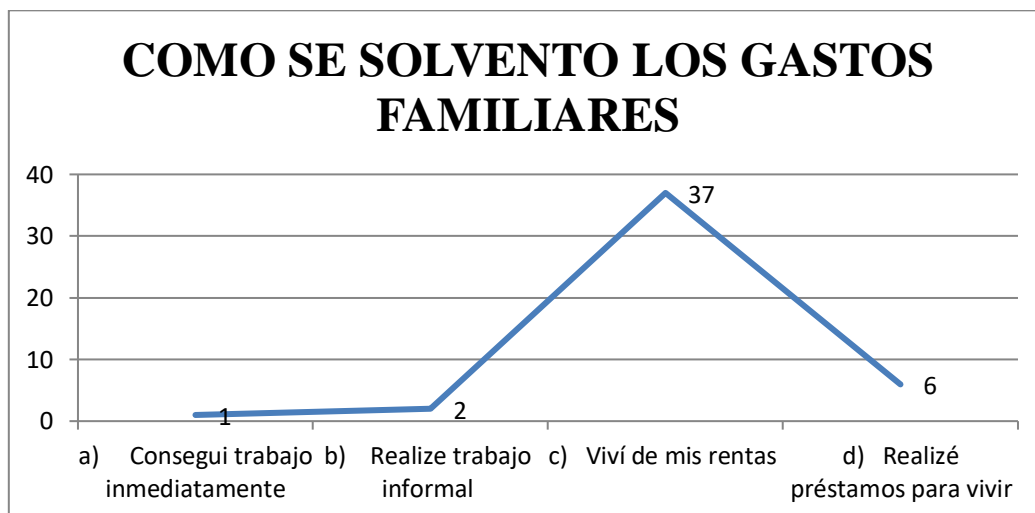
Preguntas	Total	%
3. ¿Cómo solventó sus gastos familiares en el tiempo que duró la sanción?		
a) Conseguí trabajo inmediatamente	1	2.17
b) Realice trabajo informal	2	4.35
c) Viví de mis rentas	37	80.43
d) Realicé préstamos para vivir	6	13.04
	46	100.00

Fuente: Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016.

En el cuadro N° 06, se observa las formas como se solvento los gastos familiares durante la sanción impuesta, determinándose que 6 trabajadores han realizado préstamos para poder solventar los gastos familiares, información que relacionada con el grafico N° 01 corresponde a los trabajadores que fueron sancionados con suspensión sin goce de haberes mayores a 03 meses.

El grafico N° 02 representa mejor la distribución de la forma como los trabajadores afrontaron los gastos familiares durante la sanción que les toco afrontar.

Grafico N° 02



Fuente: Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016.

Allí, se puede ver que solamente uno consiguió trabajo inmediatamente, dos realizaron trabajo informal, que representa ingresos inferiores a lo que formalmente obtiene el trabajador, y los otros 6 trabajadores no pudo conseguir trabajo alguno; lo característico de este gráfico son los trabajadores que vivieron de su renta que son 37 trabajadores y es

el pico más elevado, y eso es porque fueron suspendidos con sanciones menores a un mes, lo cual significa que no tuvieron necesidad de solicitar préstamo alguno.

Como se puede ver en el gráfico N° 02, existen 6 trabajadores que realizaron préstamos para vivir, cifra que está relacionada a los trabajadores con suspensiones mayores a tres meses; estableciéndose que realizaron préstamos porque durante ese periodo no tuvieron ingresos económicos ya que no pudieron conseguir trabajo o consiguieron un trabajo con ingresos inferiores a lo que formalmente obtiene el trabajador (trabajo informal).

En el cuadro N° 07 se refleja la apreciación hipotética de los trabajadores que nunca fueron sancionados con suspensión de labores sin goce de haberes, o solamente fueron sancionados con amonestación escrita, respecto a cómo solventarías sus gastos de ser sancionados con una hipotética suspensión con 06 meses sin goce de haberes.

Cuadro N° 07

FORMAS COMO SE SOLVENTÓ LOS GASTOS FAMILIARES SI ES SANCIONADO CON SUSPENSIÓN LABORAL REALIZADA ENTRE LOS AÑOS 2011 AL 2016

Preguntas	Total	%
11. ¿Si es sancionado con 06 a meses de suspensión sin goce de haber, tiene cómo solventar sus gastos familiares?		
a) Puedo conseguir trabajo inmediatamente	29	23.77
b) Realizaría trabajo informal	31	25.41
c) Viviría de mis rentas	10	8.20
d) Realizaría préstamos para vivir	52	42.62
	122	100.00

Fuente: Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016.

Del análisis del cuadro N°07 se puede observar que el 57.38% es optimista respecto a poder asumir sus gastos familiares, ya sea consiguiendo trabajo inmediatamente, realizar trabajo informal o viviendo de sus rentas. Pero tenemos un 42.62% que indica que no tendría la forma de conseguir ingresos para sus gastos familiares y se

endeudaría. Este último porcentaje, se ve incrementado porque por más optimismo que se tenga para conseguir trabajo no podrá hacerlo, pues según estudios realizados se conoce que no es posible conseguir trabajo en menos de 6 meses, por eso se incrementará el número de trabajadores que pedirá préstamos para solventar gastos familiares, más aún cuando los trabajadores sancionados con suspensión temporal sin goce de haberes no pueden hacer uso de la compensación por tiempo de servicios (CTS), porque para tener acceso al CTS se tiene que haber sido sancionado con la destitución del trabajador (expulsión).

En resumen, queda establecido que la falta de ingreso económico se genera cuando se sanciona con suspensión de labores por un lapso de tiempo mayor a un mes; en los casos de suspensiones menores a un mes no genera mucha falta de ingreso económico; tampoco genera falta de ingreso económico cuando se despide al trabajador, pues cuando se lo despide al trabajador, él puede hacer uso de su CTS, hasta que consiga algún trabajo, pero no se da eso cuando solamente es suspendido.

1.2.- Generación de deudas

Una vez que el trabajador es suspendido de sus labores y si él no consigue otro ingreso por otra actividad laboral que pueda realizar, va a comenzar a generar deudas para poder mantener a su familia.

Las deudas son una consecuencia del hecho de no poder generar ingresos a falta de trabajo, y por la poca probabilidad de realizar otras actividades económicas para suplir el ingreso mensual que tenía el trabajador.

Según el cuadro N° 08, se observa que, de los 46 trabajadores sancionados con suspensión sin goce de haberes, 5 de ellos se han endeudado con un monto que va de cinco a diez mil soles, y solo uno se ha endeudado con un monto que va de diez a veinte

mil soles. El resto de trabajadores, es decir 40 trabajadores no se ha endeudado porque han sido sancionados con amonestaciones sin goce de haber por periodos menores a un mes.

Cuadro N° 08

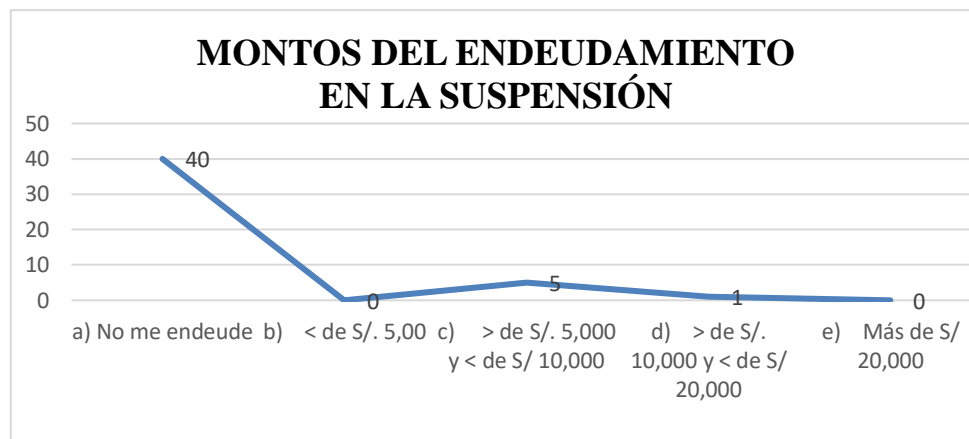
MONTOS CON LOS CUALES SE ENDEUDO POR HABER SIDO SANCIONADO CON SUSPENSIÓN LABORAL REALIZADA ENTRE LOS AÑOS 2011 AL 2016

Preguntas	Total	%
4. ¿Si se endeudo durante el tiempo que duró la sanción, por qué cantidad fue?		
a) No me endeude	40	86.96
b) < de S/. 5,000	0	0.00
c) > de S/. 5,000 y < de S/ 10,000	5	10.87
d) > de S/. 10,000 y < de S/ 20,000	1	2.17
e) Más de S/ 20,000	0	0.00
	46	100.00

Fuente: Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016.

En el grafico N° 03 se puede observar mejor la distribución de los montos por los cuales se endeudaron los trabajadores sancionados con amonestaciones sin goce de haber mayores a 3 meses, donde la tendencia de la curva comienza en el pico más alto que representa a los 40 trabajadores que no se endeudaron y continua con los 5 que se endeudaron en montos menores de diez mil soles y termina con el que se endeudo con el monto mayor que asciende a veinte mil soles de préstamo.

Grafico N° 03



Fuente: Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016.

Como se puede ver, queda establecido que el endeudamiento está relacionado directamente a la cantidad de tiempo que fueron sancionados, donde a mayor tiempo de suspensión sin goce de haberes, mayor es la cantidad de endeudamiento que contrae el trabajador.

2.- Agravio legal

Cuando el trabajador es sancionado le produce una modificación negativa en su legajo personal, pues se agrega la sanción por la infracción cometida a su legajo personal, ello significa un demérito en su vida profesional.

2.1.- Legajo personal

El legajo personal es un documento que contiene la vida profesional del trabajador, y es usado para el seguimiento de la relación laboral que tiene el trabajador, en relación a su empleador o empleadores.

Por ello se dice que *“El legajo es un instrumento fundamental de la gestión de personal que le permite a la organización conocer las características y perfil de sus funcionarios a los efectos de establecer políticas de personal, tomar decisiones, definir criterios para*

el ascenso y movilidad, evaluación y calificaciones, capacitación, desvinculación laboral y aspectos sociales.”¹⁰⁰.

2.2.- Aportes al régimen pensionario

Previamente debo mencionar que el sistema previsional peruano está integrado por tres regímenes principales¹⁰¹: Sistema Nacional de Pensiones (SNP) regido por el Decreto Ley No. 19990, la Cédula Viva regido por el Decreto Ley No. 20530 (hoy ya cerrado este sistema) y el Sistema Privado de Pensiones (SPP) regido por el Decreto Ley No. 25897. Los dos primeros son administrados por el Estado y forman parte del Sistema Público de Pensiones; mientras que el tercero es administrado por entidades privadas denominadas Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP).

Los aportes al régimen pensionario es otro problema que se le presenta al trabajador sancionado, los cuales se verán truncados pues mientras dure la sanción el trabajador no acumulará tiempo de servicios (periodo de aporte en años) ni monto monetario a su régimen pensionario.

De acuerdo con el cuadro N° 09, de los 46 trabajadores que han sido sancionados con suspensión de labores sin goce de haberes, 8 son los que dejan de aportar a su régimen pensionario, que representa el 17.39% de trabajadores. Se deduce que estos trabajadores son los que han sido sancionados por más de un mes de suspensión sin goce de haberes y que por falta de ingresos económicos no han tenido para aportar a su régimen de pensiones.

¹⁰⁰ Publicada en <http://dgp.udelar.edu.uy/renderPage/index/pageId/1053#headingsListFor2059>, consultada el 27/06/2017.

¹⁰¹ Adicionalmente, existen regímenes pensionarios como el del personal militar y policial de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales y la Caja de Beneficios Sociales del Pescador.

Cuadro N° 09

Aportes al régimen de pensiones durante la sanción con suspensión laboral realizada entre los años 2011 al 2016

Preguntas	Total	%
6. ¿dejo de aportar a su régimen pensionario?		
a) Si	8	17.39
b) No	38	82.61
	46	100.00

Fuente: Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016.

En resumen, se puede observar que los trabajadores que han salido perjudicados con su régimen pensionario fueron los trabajadores sancionados con suspensiones mayores a un mes.

3.- Agravio familiar

El hecho de que el trabajador sea sancionado con suspensión de labores o sacándolo del trabajo le causa de por sí conflictos muy significativos en el área familiar, pues los problemas relacionados con el dinero suelen estar ligados con la familia, más aún cuando el estado emocional del trabajador estará decaído, molesto y prepotente, actitudes que se transmiten al entorno familiar, de esta manera se generan rupturas entre los padres, entre los padres e hijos, entre hijos.

3.1.- Surgimiento de problemas conyugales

Si bien la falta de ingresos económicos en la mayoría de casos genera conflictos familiares por que no se tendrá dinero para solventar las principales necesidades de la familia como son gastos de alimentación, estudios, enfermedad, etc.; también es cierto que existen casos donde las familias se unen más ante un problema surgido y todos unidos tratan de salir adelante, mientras dure la sanción de suspensión impuesta.

Cuadro N° 10

**PROBLEMAS CONYUGALES POR HABER SIDO
SANCIONADO CON SUSPENSIÓN LABORAL REALIZADA
ENTRE LOS AÑOS 2011 AL 2016**

Preguntas	Total	%
7. ¿Tuvo problemas conyugales por haber sido sancionado?		
a) Muy grandes	0	0.00
b) Grandes	5	10.87
c) Pequeños	1	2.17
d) Muy pequeños	13	28.26
e) No se presentaron	27	58.70
TOTAL	46	100.00

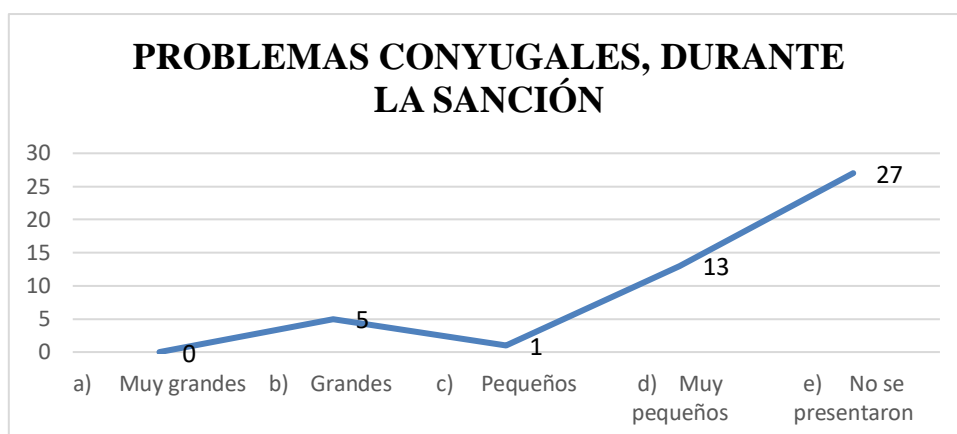
Fuente: Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016.

Los problemas conyugales se van a incrementar cuando la familia no es unidad, cuando no existe una buena comunicación, cuando no saben negociar, etc. Si a estas dificultades que se tienen en las familias se le suma la falta de dinero, los problemas van a aparecer como por arte de magia, y es donde surgen las fracturas familiares por la separación de los conyugues.

De acuerdo al cuadro N° 10, tenemos que, de los 46 trabajadores sancionados con suspensión de labores sin goce de haber, 5 trabajadores tuvieron grandes problemas conyugales, 1 tuvo pequeños problemas conyugales y 13 muy pequeños problemas conyugales, que en conjunto llegan a 19 trabajadores que representa el 41.30% del total de trabajadores que tuvieron problemas; y 27 trabajadores manifestaron que no tuvieron problemas y representa el 58.70%.

Se comprueba que son pocos los trabajadores que ha tenido problemas conyugales, y que la mayoría no ha tenido problemas conyugales en su hogar, y eso se debe a que los problemas están relacionados al tiempo de sanción mayor a tres meses que recibieron dichos trabajadores, es decir a la falta de ingresos económicos para solventar los gastos familiares.

Grafico N° 04



Fuente: Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016.

En el grafico N° 04 se observa mejor la distribución de problemas conyugales durante la sanción; quedando establecido que, a mayor tiempo de suspensión sin goce de haberes, mayores problemas conyugales se presentaran, salvo rara excepción.

Cuadro N° 11

CASO HIPOTÉTICO DE PROBLEMAS CONYUGALES SI ES SANCIONADO CON 6 MESES DE SUSPENSIÓN LABORAL.

Preguntas	Total	%
12. ¿Le generaría problemas conyugales en caso de ser sancionado por 6 meses?		
a) Muy Grandes problemas conyugales	2	1.64
b) Grande problemas conyugales	30	24.59
c) Pequeños problemas conyugales	40	32.79
d) Muy pequeños problemas conyugales	15	12.30
e) No tendría problemas	35	28.69
	122	100.00

Fuente: Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016.

Del grupo que no tuvieron sanciones con suspensión de haberes, se les hizo preguntas hipotéticas y el 71.31% indicó que podrían tener algún tipo de problemas familiares, de este grupo es de resaltar los que tendrían grandes problemas los cuales asciende a 30 trabajadores y representan el 24.59% del total de trabajadores; sólo el 28.69% está

seguro de no tener problemas familiares en caso de ser suspendidos con 6 meses sin goce de haber.

Como se puede ver existe 87 trabajadores, número muy significativo de trabajadores que no fueron sancionados con suspensión de goce de haberes, que manifiestan poder tener problemas conyugales sin son sancionados con suspensión sin goce de haberes, es un temor comprensible si se tiene en cuenta que los problemas conyugales en la realidad son muy frecuentes y de diversa índole, y si le sumamos la falta de trabajo esos problemas son muy eminentes.

3.2.- Surgimiento de problemas con hijos

Se van a generar problemas con los hijos por la falta de ingresos cuando no hay una debida comunicación ni unidad familiar, pues por más que no exista dinero en la familia si es que hay unión los problemas serán bien llevados.

Así, se van a dar situaciones que le generen estrés al hijo, como el caso de no poderles comprar utensilios, vestimenta, etc., porque no podrá competir frente a sus amistades. Además, si están acostumbrados a tener un estilo de vida holgado, cuando cambia dicho status a un estado reducido o nulo de ingresos les genera estrés y dificultades para adaptarse a ese nuevo estatus, por dicha razón se presentas conflictos entre los padres e hijos.

Cuadro N° 12

PROBLEMAS CON LOS HIJOS POR HABER SIDO SANCIONADO CON SUSPENSIÓN LABORAL REALIZADA ENTRE LOS AÑOS 2011 AL 2016

Preguntas	Total	%
8. ¿Tuvo problemas con sus hijos por haber sido sancionado?		
a) Muy grandes	0	0.00

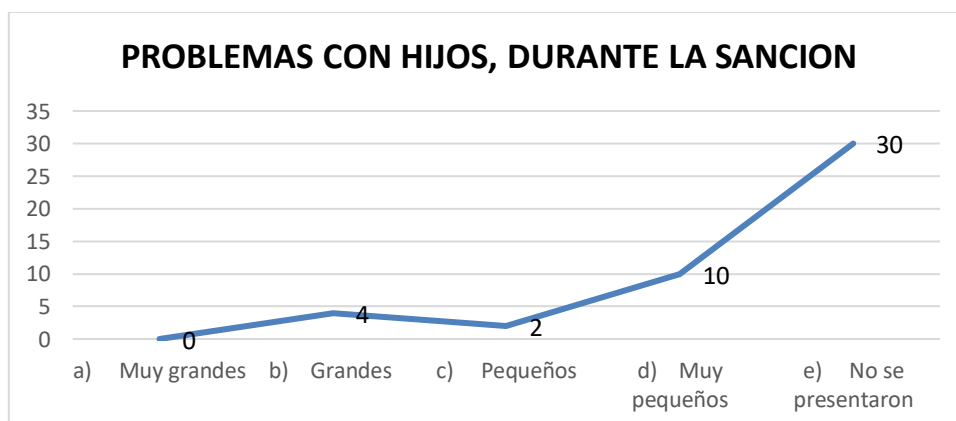
b) Grandes	4	8.70
c) Pequeños	2	4.35
d) Muy pequeños	10	21.74
e) No se presentaron	30	65.22
Total	46	100.00

Fuente: Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016.

Del cuadro N° 12 tenemos que, de los 46 trabajadores sancionados con suspensión de labores sin goce de haber, 16 trabajadores tuvieron algún tipo de problemas con los hijos que representa el 44.78% del total, y 30 trabajadores no presentaron problemas con los hijos que representa el 65.22% del total. Así mismo, se observa que solamente 4 trabajadores tuvieron grandes problemas con los hijos que representa el 8.70% del total, 2 trabajadores tuvieron pequeños problemas con los hijos que representa al 4.35% del total y 10 trabajadores tuvieron muy pequeños problemas con los hijos que representa al 21.745% del total.

En el gráfico N° 05 se observa mejor la distribución de problemas con los hijos, donde la curva va desde los que han tenido grandes problemas con los hijos en ascenso hacia los que no han tenido problemas con los hijos.

Gráfico N° 05



Fuente: Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016.

Como se puede observar queda establecido que a mayor tiempo de suspensión sin goce de haberes, mayores problemas con los hijos se presentarían.

Cuadro N° 13

**PROBLEMAS CON LOS HIJOS SI ES SANCIONADO CON
SUSPENSIÓN LABORAL DE 6 MESES**

Preguntas	Total	%
13. ¿Le generaría problemas con sus hijos por haber sido sancionado?		
a) Muy grandes	0	0.00
b) Grandes	21	17.21
c) Pequeños	40	32.79
d) Muy pequeños	20	16.39
e) No tendría problemas	41	33.61
Total	122	100.00

Fuente: Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016.

Según el cuadro N° 13, de igual modo, del grupo que no tuvieron sanciones con suspensión de haberes, se les hizo preguntas hipotéticas de ser sancionados con 6 meses de suspensión sin goce de haber, el 66.39% indicó que podrían tener algún tipo de problemas con sus hijos y solamente el 33.61% está seguro que no tendrá problemas con sus hijos en caso de ser suspendidos con 6 meses sin goce de haber.

Como se puede ver existe un número significativo de trabajadores que manifiestan tener problemas con los hijos sin son sancionados con suspensión sin goce de haberes.

III. Agravios socio laborales para el empleador

1.- Agravio económico

Va a existir agravio económico para LA RAAM (el empleador) cuando la institución es obligada a pagar una indemnización o una multa por el actuar deficiente de sus funcionarios; en el presente estudio, se verá el agravio económico cuando LA RAAM es obligada a pagar una indemnización al trabajador por los daños y perjuicios

que se le hayan causado con la sanción impuesta por haber vulnerado los derechos fundamentales del trabajador y sin haber seguido los lineamientos previstos para sancionar, es decir haciendo abuso del derecho a sancionar por parte de los funcionarios de la institución.

Se concreta el agravio económico a la institución cuando los funcionarios competentes para repetir el monto pagado por la institución por causa de la indemnización al trabajador por los daños y perjuicios causados por los funcionarios al realizar abuso del derecho a sancionar, actúan con lenidad y no obligan o requieren dicho pago al funcionario responsable de dicha situación; es decir se genera el agravio económico porque ningún funcionario se digna en obligar a los funcionarios responsables del daño por su mal actuar a pagar el perjuicio causado a la institución,.

1.1.- Indemnización al trabajador por daños y perjuicios

Se va a generar una indemnización al trabajador cuando el funcionario ha sancionado disciplinariamente al trabajador haciendo abuso del derecho a sancionar, es decir el funcionario sanciona sin observar los derechos fundamentales del trabajador y las disposiciones previstas para emitir una sanción.

Los funcionarios de LA RAAM por más que se percaten que se ha cometido un error con la sanción disciplinaria a un trabajador, y la máxima instancia superior anule de muto propio la sanción impuesta, LA RAAM por sí misma no indemniza al trabajador, sino que exigirá que el trabajador se dirija a un juzgado para que declare el derecho a ser indemnización y el monto que le corresponde por los daños y perjuicios sufrido al ser sancionado con abuso de derecho¹⁰².

¹⁰² Este hecho, está corroborado en el Exp. N° 00233-2015-0-0107-JR-LA-01, sobre “*Indemnización por Daños y Perjuicios*”, donde en el medio probatorio consistente en la Carta N° 016 y 017 -SEHBSAMA-

La indemnización es el monto total que recibirá el trabajador por los daños que ha sufrido, y está compuesto por los daños patrimoniales y extra patrimoniales. Dentro de los datos patrimoniales tenemos al daño emergente (pérdida patrimonial debidamente sufrida lo que el trabajador ha dejado de ganar) y el lucro cesante (renta o ganancia frustrada o dejada de percibir. lo que el trabajador ha dejado de percibir). Y dentro de los daños extra patrimoniales están los daños a la persona y el daño moral.

1.2.- Irresponsabilidad del funcionario que sancionó con abuso de derecho

Es un problema para LA RAAM la irresponsabilidad del funcionario que sancionó con abuso de derecho, pues muchas veces por no decir siempre, esta irresponsabilidad queda impugne; así tenemos que cuando existe irresponsabilidad del funcionario que sancionó con abuso de derecho, éste no recibe sanción alguna porque no hay funcionario que se atreva a sancionar al funcionario que hizo abuso de derecho; simplemente lo sacan del cargo o lo cambian a otro cargo, y así siguen reciclándose los funcionarios entre ellos. Aquí queda muy bien el dicho que dice “otorongo no come otorongo”, por eso la irresponsabilidad del funcionario es un problema para la institución puesto que, si es sancionada a pagar una reparación civil por la irresponsabilidad del funcionario que sancionó con abuso de derecho, la institución no recupera dicho perjuicio económico (egreso monetario).

El encubrimiento entre funcionarios se da en LA RAAM, pues, pese a existir pagos realizados por LA RAAM a favor del trabajador por orden del poder judicial, los funcionarios mencionan que no existen, dicho actuar lo exterioriza el Jefe de Finanzas Econ. Conrado Tuesta Silva cuando se le pregunto sobre la existencia en LA RAAM de

RAAM-ESSALUD-2015 (fólios 27 y 30) se verifica que el trabajador le solicita a LA RAAM que “*de oficio disponga que se me cancele las remuneraciones y demás beneficios dejadas de percibir por el tiempo (07 meses) que estuve fuera de la institución vía daños y perjuicios*”, sin conseguir que LA RAAM le pague de muto propio.

pagos de indemnizaciones por daños y perjuicios, manifestó que: *“Desde el tiempo que yo estoy no hay ningún pago, de hecho.”*, y a la repregunta ¿No se ha dado algún caso de abuso de derecho? Manifestó: *“En caso de abuso no, solo se ha dado el pago de multas a la zona de trabajo”*. Al respecto existe en el Juzgado Civil de Utcubamba, el expediente N° 2011-0532, donde en el año 2,014 se le ordena a LA RAAM cancelar la suma de S/ 3,699 a favor del trabajador Jorge Eulogio Carrascal Mariñas.

Es así que no existe o no se ha visto hasta la fecha que LA RAAM haya procedido a exigir al funcionario que devuelva lo que ha pagado por la irresponsabilidad del funcionario.

2.- Agravio funcional

El agravio funcional a la Institución se da porque durante el tiempo que dura la suspensión se genera un deficiente funcionamiento del servicio donde labora el trabajador, pues se contrata una persona para que reemplace al trabajador suspendido o se desplaza a otro trabajador al servicio del trabajador suspendido y mientras dura el conocimiento de las labores se van a presentar problemas con dicho servicio, ello acarrea que la institución no brinde un servicio eficiente.

2.1.- Funcionamiento deficiente del servicio

La institución se verá perjudicada en su funcionamiento del servicio donde labora el trabajador sancionado porque el reemplazo (contrato o desplazamiento) del trabajador sancionado no realizará oportunamente las funciones por desconocimiento del servicio. Otras veces porque simplemente no se asigna un reemplazo al servicio, solamente se encargan las funciones a otro servidor que aparte de desconocer el servicio no tiene tiempo para dedicarse al servicio encomendado, con las consecuencias lógicas de un mal funcionamiento del servicio.

Según el cuadro N° 14, se tiene que de los 46 trabajadores sancionados con suspensión sin goce de haberes, la mayoría compuesta por 25 trabajadores manifestaron que no encontraron problemas en su servicio (el 54.35%), luego vienen los 14 trabajadores que manifestaron que encontraron muy pequeños problemas (el 30.43%), le siguen los 4 trabajadores que encontraron grandes problemas (8.7%), continua con 2 trabajadores que encontraron pequeños problemas (4.35%) y por último está el trabajador que manifiesta que ha encontrado muy grandes problemas en sus servicio. Comparando estos datos con los datos del cuadro N° 05, se deduce que el trabajador que ha encontrado muy grandes problemas en su servicio es el que ha sido sancionado con 12 meses sin goce de haberes, por tanto, a más tiempo fuera del servicio mayores problemas va a encontrar en su servicio.

El deficiente funcionamiento de los servicios, genera que la institución sea mal vista, o que no cumpla con sus objetivos institucionales.

Cuadro N° 14

**PROBLEMAS ENCONTRADOS EN EL SERVICIO DESPUÉS DE
LA SANCIÓN CON SUSPENSIÓN LABORAL REALIZADA
ENTRE LOS AÑOS 2011 AL 2016**

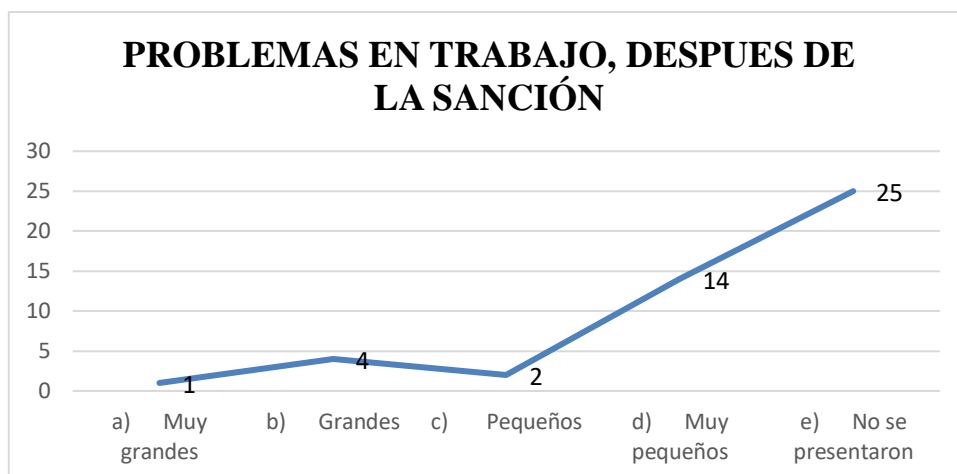
Preguntas	Total	%
10. ¿Cuándo reingresó a laborar después de la sanción, encontró problemas en su servicio?		
a) Muy grandes	1	2.17
b) Grandes	4	8.70
c) Pequeños	2	4.35
d) Muy pequeños	14	30.43
e) No se presentaron	25	54.35
	46	100.00

Fuente: Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016.

En el grafico N° 06 se representa mejor los problemas encontrados en el servicio por los trabajadores después de ingresar de la suspensión sin goce de haberes a la que se les

impuso, se nota el ascenso que va desde los problemas muy graves (uno) hasta los que no encontraron problemas (25) que es el pico más alto del gráfico.

Grafico N° 06



Como se puede observar queda establecido que a mayor tiempo de suspensión sin goce de haberes, mayores problemas van a encontrar en el trabajo; y a la vez esto influye negativamente en la imagen de LA RAAM, pues la prestación de sus servicios será deficiente y de poca calidad.

2.2.- Desconfianza en la probidad de los funcionarios

La desconfianza en la probidad y buen desempeño de los funcionarios es otro problema que se presenta en La RAAM, pues cada vez más se observa que la corrupción en la institución está generalizándose, hecho que debilita la confianza de la población usuaria en La RAAM. Lo mencionado se corrobora con la encuesta que se realizó a los trabajadores sancionados representada en el cuadro N° 15, donde la sumatoria de regular, poca y nada de confianza al funcionario representa al 72% del total de trabajadores.

Disgregando más los datos se tiene que entre los que tiene poca confianza y los que no tiene nada de confianza en los funcionarios de LA RAAM asciende a 89

Cuadro N° 15

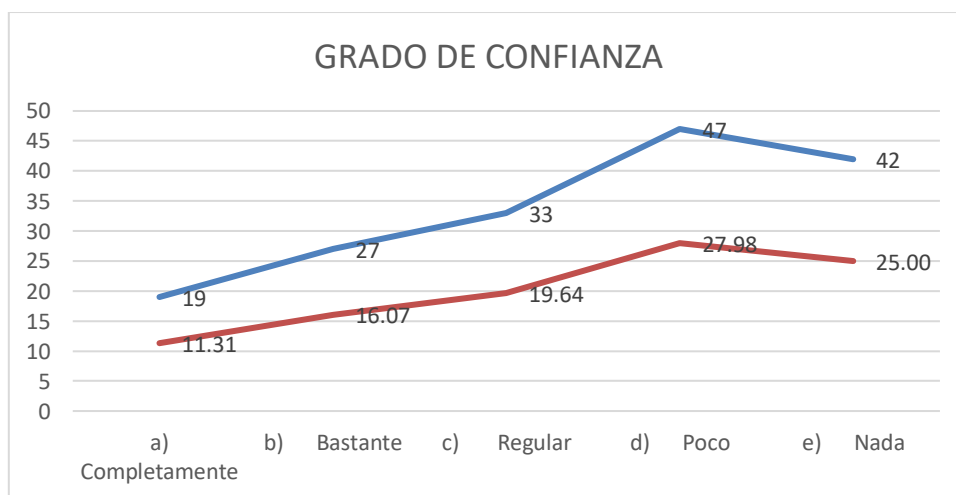
NIVEL DE CONFIANZA HACIA LOS FUNCIONARIOS DE LA INSTITUCIÓN, DE TRABAJADORES SANCIONADOS ENTRE LOS AÑOS 2011 AL 2016

Preguntas	Total	%
14. ¿Tiene Confianza Usted en los funcionarios de su Institución?		
a) Completamente	19	11.31
b) Bastante	27	16.07
c) Regular	33	19.64
d) Poco	47	27.98
e) Nada	42	25.00
	168	100.00

Fuente: Encuesta propia realizada los días 05 y 06 de diciembre del año 2016.

Trabajadores, lo que equivale al 52.98% del total de trabajadores, frente a los que si tiene confianza en los funcionarios que ascienden a 46 trabajadores que represente el 27.38%. Dentro de estas dos posiciones marcadas están los que manifiestan tener poca confianza que es de 33 trabajadores representando el 19.64% del total de trabajadores.

Grafico N° 07



En el gráfico N° 07 se observa mejor el grado de desconfianza que tienen los trabajadores que han sido sancionados, donde la desconfianza es mayor que la confianza de los trabajadores hacia los funcionarios de LA RAAM.

Se tiene por comprobado que la mayoría de trabajadores sancionados no confía en los funcionarios de LA RAAM, porque los trabajadores se han dado cuenta que los funcionarios actúan en forma prepotente, abusiva y parcializada.

TÍTULO IV. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

I. Análisis sobre el ejercicio abusivo del derecho a sancionar omitiendo los procedimientos establecidos

La regulación normativa sobre el procedimiento sancionador a un trabajador en LA RAAM está conformada por diversos dispositivos del régimen laboral público y privado (dispositivos explicados en el capítulo anterior), procedimiento que es exigido aplicar a los funcionarios de LA RAAM, su indebida y deficiente aplicación, genera problemas tanto al trabajador como al empleador. Antes del 14 de septiembre de 2014, en LA RAAM existían dos procedimientos definidos para aplicar sanciones disciplinarias a los trabajadores, uno para los del régimen de la actividad pública pertenecientes al Decreto Legislativo 276 (Decreto Legislativo 1057) y otro para los del régimen de la actividad privado pertenecientes al Decreto Legislativo 728, siendo en este segundo procedimiento donde más se ha producido el ejercicio abusivo del derecho a sancionar, pues el procedimiento era más célere y no había una comisión, la sanción era aplicada directamente por el jefe inmediato o la máxima autoridad; Después del 14 de septiembre de 2014 en LA RAAM comienza a aplicar un solo procedimiento para emitir sanciones disciplinarias a sus trabajadores, procedimiento regulado en la Ley 30057 del Servicio Civil, su reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 040-2014-PCM y la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC.

Se ha llegado a la conclusión que los funcionarios de LA RAAM si han realizado el ejercicio abusivo del derecho a sancionar omitiendo los procedimientos establecidos en LA RAAM, por más que estos hechos sean negados por ellos, pues de la entrevista realizada al Jefe de la Unidad de Finanzas y expedientes obtenidos de

casos seguidos en el Poder Judicial se ha podido confirmar dicho ejercicio abusivo del derecho a sancionar.

El ejercicio abusivo del derecho a sancionar omitiendo los procedimientos establecidos para sancionar a un trabajador en LA RAAM, siempre va a generar problemas tanto al trabajador como a la institución, para el primero le produce problemas de índole económicos, familiares y legales; y, para el segundo le produce problemas de índole económico y funcional.

El problema es que se ha comprobado que el funcionario que realiza el ejercicio abusivo del derecho a sancionar en LA RAAM queda impune de las posibles sanciones que se le pueda aplicar, porque conoce que será protegido por los demás funcionarios, pues entre ellos no se hacen daño aplicando lo que comúnmente se conoce como “*otorongo no come otorongo*”; con dicha protección se le causa daño a la institución porque el pago que LA RAAM realiza a favor del trabajador por reparación civil por la irresponsabilidad del funcionario que sancionó con abuso de derecho no es recuperado por medio de la figura de repetir judicialmente estipulado en la ley.

II. Agravios socio laborales para el trabajador cuando se sanciona omitiendo los procedimientos establecidos

Las consecuencias de haber sido sancionado con suspensión sin goce de haberes mayores a un mes, siempre le van a generar al trabajador problemas de índole económicos, familiares y legales.

El agravio económico, se va a generar por la pérdida de la remuneración y es una consecuencia lógica de la sanción de suspensión de labores o desvinculación laboral, esta pérdida de remuneración se incrementa cuando el trabajador es incapaz de

poder realizar otros trabajos o alguna otra actividad productiva que le permita generar ingresos económicos para su familia. Se ha podido determinar que mientras mayor es el tiempo de la suspensión, mayor pérdida de dinero tiene el trabajador por los préstamos que se ve obligado a realizar para solventar los gastos familiares; por el contrario, cuando la suspensión es menor a un mes no genera falta de ingreso económico o es mínima dicha escasez, por lo que no se genera deudas. Además, es conocido y real que no es posible conseguir trabajo en menos de 6 meses; más aún cuando los trabajadores sancionados con suspensión temporal sin goce de haberes y que gozan del derecho de compensación por tiempo de servicios (CTS) no pueden hacer uso de dicha compensación, porque para tener acceso al CTS se tiene que haber sido sancionado con destitución del trabajo.

Respecto al agravio familiar, el hecho de que el trabajador sea sancionado con suspensión de labores le causa de por sí conflictos muy significativos en el área familiar, pues los problemas relacionados con el dinero suelen estar ligados con la familia (gastos de alimentación, estudios, enfermedad, etc.), más aún cuando el trabajador pasa por una etapa de desconcierto y de penuria su estado emocional estará decaído, molesto y prepotente, actitudes que se transmiten al entorno familiar, de esta manera se generan muchas veces grandes rupturas entre los padres, entre los padres e hijos y entre hijos; así se ha determinado que los problemas conyugales se incrementan a medida que la sanción es por más tiempo, incluso puede llegar a la separación de los conyugues, igual sucede con los hijos, pues se les va a privar de muchas cosas a los que ellos han estado acostumbrados. Por el contrario, también existen casos excepcionales donde las familias, pese a las carencias que poseen, se unen más ante el problema surgido y todos unidos tratan de salir adelante, mientras dure la sanción de suspensión impuesta. Las suspensiones menores a un mes no

generan mucha falta de ingreso económico, por tanto, tampoco repercuten en generar problemas familiares.

Respecto al agravio legal, se produce porque el trabajador no podrá realizar los aportes al régimen pensionario mientras dure la sanción, quedándose sin acumular tiempo de servicios (periodo de aporte en años) ni monto monetario a su régimen pensionario; al igual que la generación de deudas, a mayor tiempo de la suspensión, mayor pérdida al régimen pensionario. Otro problema legal es que al trabajador se le va a generar una modificación negativa en su legajo personal, pues se agrega la sanción por la infracción cometida a su legajo personal, ello significa un demérito en su vida profesional.

III. Agravios socio laborales para el empleador cuando se omite los procedimientos establecidos

Las consecuencias que produce a LA RAAM cuando el funcionario sanciona disciplinariamente al trabajador haciendo abuso del derecho a sancionar son agravio económico y agravio funcional.

El agravio económico para LA RAAM se produce cuando es obligada por el Poder Judicial a pagar una indemnización al trabajador por los daños y perjuicios que se le hayan causado con la sanción impuesta por haber vulnerado los derechos fundamentales del trabajador y sin haber seguido los lineamientos previstos para sancionar, es decir haciendo abuso del derecho a sancionar por parte de los funcionarios de la institución; consolidándose el agravio cuando los funcionarios competentes para repetir el monto pagado por la institución actúan con lenidad ante el funcionario responsable de los hechos, sin obligarlos a que cancelen (repitan en un proceso judicial) lo pagado por la institución. La actuación del Poder Judicial se

produce porque los funcionarios de LA RAAM no indemnizan al trabajador los daños que le han causado, por más que anulen de muto propio la sanción impuesta, sino que se exigirá que el trabajador se dirija a un juzgado para que declare el derecho a ser indemnizado y el monto que le corresponde por los daños y perjuicios sufridos al ser sancionado con abuso de derecho.

Con ello se deduce que no solo existe irresponsabilidad funcional de parte del funcionario que hace abuso de derecho al sancionar, sino que también existe irresponsabilidad funcional por parte de los funcionarios que son negligentes en sus funciones al no sancionar al funcionario que hizo abuso de derecho, y permitir que la institución siga afectada por dicho comportamiento; en este caso corresponde sancionar a todos los funcionarios involucrados tanto al funcionario que hace abuso de derecho como al funcionario negligente en su actuar. Dentro de éste contexto, se observa otro problema para LA RAAM y es que la irresponsabilidad del funcionario que sancionó con abuso de derecho queda impugne, por no recibir sanción alguna, porque no hay funcionario que se atreva a sancionar al funcionario que hizo abuso de derecho, simplemente lo sacan del cargo o lo cambian a otro cargo, y así siguen reciclándose los funcionarios entre ellos, aplicado el dicho que dice “*otorongo no come otorongo*”, por eso la irresponsabilidad del funcionario es un problema para la institución puesto que, si es sancionada a pagar una reparación civil por la irresponsabilidad del funcionario que sancionó con abuso de derecho, la institución no recupera dicho egreso económico; este hecho se ha corroborado porque no existe o no se ha visto hasta la fecha que LA RAAM haya procedido a exigir al funcionario que devuelva lo pagado por su irresponsabilidad.

Respecto al agravio funcional se va a producir porque durante el tiempo que dura la suspensión del trabajador se genera un deficiente funcionamiento del servicio donde

labora el trabajador, pues en el mejor de los casos se contrata una persona para que reemplace al trabajador suspendido o se desplaza a otro trabajador al servicio del trabajador suspendido, y mientras dura el conocimiento de las labores o no se tenga el tiempo necesario para atender otro servicio, según el caso, se van a presentar problemas con dicho servicio, ello acarrea que la institución no brinde un servicio eficiente y que sea mal vista, o que no cumpla con sus objetivos institucionales.

IV. Prueba de Hipótesis

La hipótesis positiva planteada fue: “El ejercicio abusivo del derecho a sancionar de los funcionarios que aplican sanciones a los trabajadores sin ceñirse a los procedimientos establecidos en la institución, según lo ocurrido en La RAAM Amazonas entre los años 2011- 2016, produce agravio económico, legal y familiar para el trabajador y agravio económico y funcional para el empleador.”

Después de la investigación realizada, se ha llegado a la conclusión que la hipótesis planteada se ha probado positivamente, es decir que el ejercicio abusivo del derecho a sancionar de los funcionarios que aplican sanciones a los trabajadores sin ceñirse a los procedimientos establecidos en la institución si produce agravio económico, familiar y legal para el trabajador y agravio económico y funcional para el empleador.

Con la presente investigación se ha logrado demostrar que en LA RAAM- Amazonas si ha existido abuso del derecho a sancionar por parte de los funcionarios cuando aplican sanciones a los trabajadores sin ceñirse a los procedimientos establecidos en la institución; también se ha demostrado que a los funcionarios que realizaron ejercicio abusivo del derecho a sancionar han quedado impunes de alguna

sanción (administrativa o económica) por parte de LA RAAM, y que esa impunidad es porque los funcionarios se protegen entre ellos (*“otorongo no come otorongo”*) por ello no aplican la figura de repetir judicialmente.

También se ha demostrado que los funcionarios de LA RAAM vienen tratando a la administración como un organismo diseñado para servirse ellos, es decir como si fuera un organismo con interés de unos pocos y no como un organismo que está al servicio del interés general.

CONCLUSIONES

1. Se ha comprobado que el ejercicio abusivo del derecho a sancionar realizado por funcionarios de la RAAM sin ceñirse a los procedimientos establecidos en la institución si se ha producido, pese a que dichos hechos sean negados por los funcionarios.
2. También se ha comprobado que los funcionarios que realizaron ejercicio abusivo del derecho a sancionar quedan impunes de alguna sanción, y ello se debe a que conocen que existe impunidad contra su negligente y doloso desempeño funcional, es decir conocen que no se les va a sancionar, pues a lo máximo se le saca del cargo o se le cambia a otro cargo, y así siguen reciclándose entre ellos; en ese sentido, al funcionario que causo daño al trabajador y a la institución, no se le repite por la pérdida económica que pago la RAAM por orden del Poder Judicial a favor del trabajador, pese a existir la figura del repetir judicialmente (Artículo 238°-6, de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.).
3. Así mismo, se ha determinado que el ejercicio abusivo del derecho a sancionar de los funcionarios que aplican sanciones a los trabajadores sin ceñirse a los procedimientos establecidos en la institución si produce agravio económico, familiar y legal para el trabajador y agravio económico y funcional para el empleador.
4. El agravio económico al trabajador se produce por las deudas contraídas debido a la pérdida de ingresos para solventar los gastos familiares, y se va a dar cuando el trabajador es suspendido con periodos mayores a tres meses y no le es posible conseguir trabajo. De igual forma, el agravio familiar al trabajador se produce por la falta de ingresos para solventar los gastos familiares, y si la familia en conjunto no puede afrontar estos problemas se generan rupturas entre los conyugues y también con los hijos. El agravio legal al trabajador se produce por el hecho de que no podrá

acumular tiempo de servicios ni monto monetario a su régimen pensionario; y porque a su legajo personal se le agrega una sanción disciplinaria, ello significa un demérito en su vida profesional.

5. El agravio económico a la RAAM se produce al pagar una reparación civil ordenada por Poder Judicial a favor del trabajador por la sanción impuesta vulnerado los derechos fundamentales del trabajador y sin haber seguido los lineamientos previstos para sancionar, y este monto pagado no es recuperado por la inercia de sus funcionarios al no realizar las acciones pertinentes para su recuperación (repetir contra el funcionario que actuó con irresponsabilidad). Y el agravio funcional se va a producir por la ineficiencia en el servicio prestado y el incumplimiento de los objetivos institucionales al producirse problemas en el servicio prestado por desconocimiento de las labores del servicio por parte de la persona contratada para reemplazar al trabajador suspendido o se desplaza a otro trabajador para realizar dichas labores que por lo general desconoce el área o no tiene tiempo para realizar dichas labores.

RECOMENDACIONES

1. A fin de mejorar y optimizar el funcionamiento y credibilidad de LA RAAM (extensivo a las Instituciones públicas), se debe cambiar la forma de pensar y actuar de los funcionarios que la administran, haciendo que los funcionarios asuman sus responsabilidades civiles por los daños y perjuicios ocasionados por su actuar doloso o culposo en el ejercicio abusivo del derecho a sancionar, aplicándoseles obligatoriamente la figura del repetir judicialmente si ellos por si solos no cumplen con pagar dichos daños.
2. Emitir directivas específicas sobre el resarcimiento obligatorio de los daños económicos ocasionados a LA RAAM por el funcionario al hacer ejercicio abusivo del derecho a sancionar, y observar su cabal cumplimiento; estipulando incluso la sanción para al funcionario que omita el dar cumplimiento a dicha directiva.
3. Replicar la directiva sobre el resarcimiento de los daños ocasionados a LA RAAM por el ejercicio abusivo del derecho a sancionar, a otras instituciones del ESTADO, de tal manera que las entidades del estado apliquen la figura de repetición de pago contra el funcionario que ha ocasionado agravio económico a la entidad.
4. La figura de repetición de pago contra el funcionario que ha ocasionado agravio económico a la entidad no sólo debe ser aplicada cuando el daño causado es por el ejercicio abusivo del derecho a sancionar, sino que se debe aplicar a cualquier otro actuar doloso del funcionario que le signifique pérdida económica para la entidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIOL MONTESINOS, I.: *Compendio de derecho del trabajo*, V.2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- ALONSO OLEA, M.: *El estatuto de los trabajadores: textos comentarios, jurisprudencia*, 4a ed., Civitas, Madrid, 1995.
- Avendaño Valdez, J.: *Diccionario Civil*. Gaceta Jurídica. Lima. 2013
- BLANCAS BUSTAMANTE, C.: *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.
- El despido en el Derecho Laboral Peruano*, 2º ed., Ara, Lima, 2006.
- BIEDMA GONZÁLEZ, E.: *Manual de derecho del trabajo*. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1998
- CABANELLAS, G.: *Compendio de derecho laboral*, Tomo I, 3ª ed., Heliasta, Argentina, 2002.
- CHANAMÉ ORBE, R.: *Diccionario moderno*, Gráfica Horizonte, Lima, 2002
- FERNÁNDEZ SESSAREGO C.: *Abuso del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.
- FLEITAS, A. M.: *El abuso del derecho en la reforma del código civil argentino*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1944.
- FUEYO LANERI, F.: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.

- GARCÍA MANRIQUE, Á.: *¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú?: un enfoque teórico-jurisprudencial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010
- GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Tratado práctico de derecho del trabajo y seguridad social*. Aranzadi, Navarra, 2002
- GÓMEZ VALDEZ, F.: *Derecho del trabajo: relaciones individuales de trabajo*, 2a ed. San Marcos, Lima, 2007
- *Derecho social y del trabajo: la empresa y el empleador*, San Marcos, Perú, 2004
- GRISOLIA, J. A.: *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 8ª edición, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2003
- HARO CARRANZA, J.: *Derecho individual del trabajo: Ley general del trabajo*. 2ª edición, Editora RAO, Lima, 2005
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: *El expediente disciplinario laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1999
- MARTÍN BERNAL, J. M.: *El Abuso del Derecho*, Editorial Montecorvo S. A., Madrid, 1982
- MONTOYA MELGAR, A.: *Comentarios al estatuto de los trabajadores*, 7a ed., Aranzadi, Navarra, 2007
- OSTERLING PARODI, F.: *Tratado de las Obligaciones*, Tomo 1, 8va Edición, Editora Grijley E.I.R.L., Lima, Perú.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del trabajo*, Edición Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 2002.

PLA RODRÍGUEZ, A.: *Los principios del derecho de trabajo*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1978.

PILOTTO CARREÑO, L.: “*El Principio de razonabilidad y la aplicación de sanciones*” en *Gaceta Constitucional*, Tomo N° 31, Julio 2010

RENDON VÁSQUEZ, J.: *Derecho del trabajo*, Editorial Edial, Lima, 2000

RODRÍGUEZ GREZ, P.: *El Abuso del Derecho y El Abuso Circunstancia*,. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

SALA FRANCO, T.: *Derecho de trabajo*. 11ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

TAVOLARI GOYCOLEA, P.: *El Abuso en el Proceso*. Editorial Jurídica Congreso Ltda. Santiago, 2004

TOYAMA MIYAGUSUKU, J.: *Instituciones del Derecho Laboral*. 1º Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2005

----- “*La falta de respeto laboral ¿Qué injurias ameritan ser consideradas faltas graves?*” en *Actualidad Jurídica*, Tomo N°193, Diciembre 2009

----- *Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008

----- *Manual de actualización laboral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010

LEGISLACIÓN

- Constitución Política del Perú
- Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
- Nueva Ley Procesal del Trabajo
- Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral
- Ley 30057 del Servicio Civil, su reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 040-2014-PCM y la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC
- Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 258-PE-LA RAAM-2005.
- Reglamento Interno de Trabajo (RIT)
- Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General

LINKOGRAFÍA

- <http://es.slideshare.net/joyestrella/abuso-del-derecho>
- <https://edwinfigueroag.wordpress.com/k-el-abuso-del-derecho-de-defensa-en-los-procesos-constitucionales/>
- <http://www.gustavoalonso.com.ar/Doctrina/Borda%20-Abuso%20derecho.htm>
- http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_interame_contr_corrup.pdf

ANEXOS

1. Matriz de consistencia
2. Carta Circular N° 035-GCGP-ESSALUD-2003
3. Carta Circular N° 077-GCGP-EESALUD-2007

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Tema: Efectos para el empleador y el trabajador por el ejercicio abusivo del derecho a sancionar: caso EsSalud-Amazonas 2011 – 2016						
Problema	Objetivos	Hipótesis	Variables	Metodología		
				Método	Técnica	Muestra
¿Qué efectos produce para el empleador y el trabajador el ejercicio abusivo del derecho a sancionar de los funcionarios, al sancionar omitiendo los procedimientos internos de la institución, en EsSalud Amazonas en los años 2011 a 2016?	<p><u>Objetivo General</u></p> <p>Investigar y conocer los efectos que produce para el empleador y el trabajador el ejercicio abusivo del derecho a sancionar de los funcionarios al sancionar omitiendo los procedimientos internos de la institución, en EsSalud Amazonas en los años 2011 a 2016.</p> <p><u>Objetivos Específicos</u></p> <p>a) Analizar si constituye abuso del derecho a sanción cuando se omite el procedimiento</p>	<p><u>Hi:</u></p> <p>El ejercicio abusivo del derecho a sancionar de los funcionarios que sancionan omitiendo los procedimientos establecidos en la institución, en EsSalud Amazonas entre los años 2011- 2016, <u>produce</u> agravo socio laborales para el trabajador y agravo económico y funcional para el empleador.</p> <p><u>Ho:</u></p> <p>El ejercicio abusivo del derecho a sancionar de los funcionarios que sancionan omitiendo los</p>	<p><u>Independiente(S):</u></p> <p>Ejercicio abusivo del derecho a sancionar omitiendo los procedimientos establecidos en la Institución.</p> <p><u>Dependiente (S):</u></p> <p>Agravios socio laborales para el trabajador y el empleador.</p> <p><u>Indicadores:</u></p> <p>a) Agravo económico para el trabajador</p> <p>b) Agravo legal para el trabajador</p>	<p><u>El tipo de investigación</u> es Básica y Aplicada, Cualitativo y cuantitativo, descriptivo-y analítico.</p> <p><u>Diseño y Contrastación de Hipótesis:</u></p> <p>La Abstracción científica se realizará utilizando las reglas del Método científico –dialectico. Motivo por el cual el objeto de estudio será analizado en su forma y contenido en su relación causa y efecto.</p> <p>Se tratarán de identificar sus</p>	<p><u>Técnica de recolección de datos:</u></p> <p><u>Análisis Documental:</u></p> <p>INSTRUMENTO</p> <p>Ficha (textual, de trabajo de campo, bibliográfica)</p> <p><u>Observación:</u></p> <p>INSTRUMENTO</p> <p>Guía de observación</p> <p><u>Entrevista:</u></p> <p>INSTRUMENTO</p> <p>Guía de entrevista</p> <p><u>Encuesta:</u></p>	<p>Muestra Cuantitativa</p> <p>$Z^2(pxq)$</p> <p>n = -----</p> <p>E^2</p> <p>n=? z=2.06 p=0.5 q=0.5 N=0.04</p> <p>$2.06^2(0.5 \times 0.5)$</p> <p>n = -----</p> <p>0.04^2 4.2436×0.25</p> <p>n = -----</p> <p>0.016 1.0609</p> <p>n = -----</p> <p>0.016</p> <p>n = 663</p>

	<p>sancionador. b) Demostrar que el abuso del derecho a sancionar del funcionario omitiendo el procedimiento sancionador, producen agravo socio laboral al trabajador. c) Demostrar que el abuso del derecho a sancionar del funcionario omitiendo el procedimiento sancionador, producen agravo económico y funcional a la empresa.</p>	<p>procedimientos establecidos en la institución, en EsSalud Amazonas entre los años 2011- 2016, <u>no produce</u> agravo socio laborales para el trabajador y agravo económico y funcional para el empleador. Ha: El ejercicio abusivo del derecho a sancionar de los funcionarios que sancionan omitiendo los procedimientos establecidos en la institución, en EsSalud Amazonas entre los años 2011- 2016, <u>tal vez pueda producir</u> agravo socio laborales para el trabajador y agravo económico y funcional para el empleador.</p>	<p>c) Agravo familiar para el trabajador d) Agravo económico para el empleador e) Agravo funcional para el empleador.</p>	<p>contradicciones internas se verá la unidad del fenómeno y las luchas contrarias al interior de ella y todo esto será visto en su momento de tal manera que podamos descubrir las leyes científicas que están gobernado el fenómeno a investigar.</p>	<p><u>Instrumentos cuestionario</u></p> <p><u>Técnicas de procesamiento de Datos:</u></p> <p>b.1. Procesamiento de datos Cualitativos</p> <p><u>Crítica y Discriminación de datos:</u> Consistirá en validar o rechazar la información recogida, a través de revisar dato por dato, verificarlo, evaluar su consistencia y grado de confiabilidad esta etapa es considerada como trabajo de gabinete que nos permitirá clasificar la información.</p> <p><u>Tabulación y Codificación de datos:</u> Consiste en asignarle un código a cada dato (número), que corresponda a cada parte del esquema de</p>	<p>Ajustando n n' = ----- n-1 1+----- N</p> <p>n'=? n=663 N=500</p> <p>663 n' = ----- 663-1 1+----- 500 663 n' = ----- 662 1+----- 500 663 n' = ----- 1+ 1.324125 663 n' = ----- 2.324125 n' = 285</p>
--	--	---	---	---	---	---

					<p>investigación donde se utilizara ese dato.</p> <p>b.2. Procesamiento de datos Cuantitativos: Crítica y Discriminación de Datos. Vaciado al Cuadro de Frecuencia. Procesamiento estadístico de Datos.</p> <p>b.3. Presentación de datos: Datos cualitativos: presentación en fichas Datos cuantitativos: Presentación en cuadros (frecuencia), barras y porcentajes</p>	
--	--	--	--	--	---	--

CARTA CIRCULAR N° 035 -GCRH-ESSALUD-2003

Lima, 17 de marzo del 2003

Señores
SECRETARIO GENERAL
GERENTES CENTRALES
JEFES DE OFICINA CENTRAL
JEFE DEL ORGANO DE AUDITORIA INTERNA
JEFE DE ORGANO DESCONCENTRADO
GERENTE GENERAL DE HOSPITALES NACIONALES
Presente.

ESSALUD
Gerencia Departamental de Lima
SECRETARIA
1.
RECEBIDO
Firma L Hora 3-0

Asunto : Imposición de sanción y/o inicio de proceso disciplinario al personal del régimen laboral privado

Tengo a bien dirigirme a ustedes, con la finalidad de precisar algunos criterios que deberán tenerse cuenta para la imposición de sanciones disciplinarias y/o inicio de proceso disciplinario al personal que presta servicios bajo el régimen laboral de la actividad privada:

- De acuerdo con el artículo 31° del Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo N° 728.- Ley de Productividad y Competitividad Laboral-, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, previamente a la imposición de la sanción disciplinaria de despido debe iniciarse necesariamente proceso disciplinario.
- Las faltas graves causales de despido se encuentran tipificadas en el artículo 25° del citado Texto Unico Ordenado.
- En el artículo 9° del mencionado Texto Unico Ordenado se establece que el empleador se encuentra facultado a sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador (este artículo es aplicable para la imposición de sanciones disciplinarias menores al despido).
- En los artículos 19° y 20° del Reglamento Interno de Trabajo -RIT-, aprobado por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 139-PE-ESSALUD-99; se establecen las obligaciones y prohibiciones de los trabajadores.
- Las medidas disciplinarias señaladas en el artículo 91° del RIT son amonestación verbal o escrita, suspensión sin goce de haber y despido. Dichas sanciones, se aplicarán de acuerdo a los hechos, a la gravedad de la falta y a los antecedentes del trabajador de conformidad a lo señalado en el artículo 33° del citado Texto Unico Ordenado.
- Las competencias y el procedimiento de despido de acuerdo con el artículo 96° del RIT se regulan por lo dispuesto en la Directiva N° 001-PE-IPSS-95, aprobada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 092-PE-IPSS-95.
- En el artículo 2° de la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 092-PE-IPSS-95, se establecen las competencias para la imposición de sanción disciplinaria y/o inicio de proceso disciplinario, las que deben aplicarse según lo siguiente:

NIVEL DE LOS TRABAJADORES	AUTORIDAD COMPETENTE
Funcionarios de la Sede Central (en general)	Gerencia Central de Recursos Humanos
Funcionarios de O.O.D.D. (a partir de E3)	Gerencia Central de Recursos Humanos
Funcionarios de O.O.D.D. (de E6 a E4)	Gerencia de Personal de la GCRH
Trabajadores sin nivel de funcionarios Sede Central	Gerencia de Personal de la GCRH
Trabajadores sin nivel de funcionarios de los O.O.D.D.	Jefe del Organismo Desconcentrado

Cabe precisar que en el caso del Gerente Central de Recursos Humanos las acciones corresponden a la Gerencia General, y en el caso del Gerente General a la Presidencia Ejecutiva.

De acuerdo con la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 005-PE-IPSS-96 en los supuestos en que están involucrados funcionarios y trabajadores de diferentes niveles, el Organismo competente será el que corresponde al funcionario de mayor nivel.

En el supuesto que el Organismo de Auditoría Interna en algunos de sus Informes de Control dirija la Recomendación a algún Organismo Desconcentrado (en este caso solamente cuando se encuentren incluidos funcionarios a partir del nivel de E6 o superiores) o Gerencia Central o Jefe de Oficina Central, deberá entenderse que tendrá que remitirse a la autoridad competente para sancionar y/o iniciar proceso disciplinario un informe en el cual, luego de haber evaluado las fallas imputadas a los trabajadores, se recomienda la sanción disciplinaria a imponérselos.

En el caso de faltas en que puedan haber incurrido los trabajadores de los Organismos Desconcentrados (en este supuesto solamente cuando se encuentren incluidos funcionarios a partir del nivel de E6 o superiores), Gerencias Centrales u Oficinas Centrales, cuyo hallazgo no se derive de informe del Organismo de Control, deberá remitirse, bajo responsabilidad, a la autoridad competente para sancionar y/o iniciar proceso disciplinario un informe en el que se precisen claramente los cargos que se imputan y los hechos acontecidos, citando las normas internas y legales que se han incumplido, debiendo adjuntarse la documentación sustentatoria correspondiente, de lo contrario se procederá a la devolución de las comunicaciones que no cuenten con tales requisitos.

Por otro particular, quedo de usted.

Atentamente,


MIGUEL GUZMAN ASCURRA
Gerente Central de Recursos Humanos
ESSALUD

/JAT/mh



CARTA CIRCULAR N° 077-GCRH-OGA-ESSALUD-2007

Lima, 25 MAY 2007

Señor
Gerente y Director de Red Asistencial
Gerente de Instituto Especializado
Jefe de Oficina de Administración
Jefe de Oficina de Recursos Humanos
Presente.-

Asunto: Lineamientos a seguir para la aplicación de sanciones.

Me dirijo a usted, para manifestarle que en atención a diferentes consultas efectuadas sobre aplicación de sanciones al personal de ambos regímenes laborales, es pertinente comunicarles un resumen de las normas y procedimientos en la Institución:

1.- Decreto Legislativo N° 728 (Régimen laboral privado)

1.1 Base Legal:

- Directiva sobre el Régimen Disciplinario de los Trabajadores del ex IPSS, hoy ESSALUD, aprobado por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 001-PE-IPSS-95.
- Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 005-PE-IPSS-96.
- Reglamento Interno de Trabajo, aprobado por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 139-PE-ESSALUD-99.
- Carta Circular N° 035-GCRH-ESSALUD-2003.
- Resolución de Gerencia General N° 764-GG-ESSALUD-2006.
- Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública.
- Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
- Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo.

1.2 Tipos de sanción a aplicarse:

- Amonestación verbal¹.
- Amonestación escrita.
- Suspensión sin goce de haber.
- Despido.

1.3 Procedimiento de despido:

- Ante la ocurrencia de un hecho susceptible de sanción de despido, el superior jerárquico del jefe inmediato del trabajador, solicita que se inicie un proceso de despido del trabajador².

¹ La realiza de forma personal y reservada, el jefe inmediato al trabajador o funcionario sancionado.
² La solicitud puede ser remitida al Jefe de Recursos Humanos o directamente al Gerente o Director de la Red.

ANEXO 6

SEGURO SOCIAL DE SALUD
RED ASISTENCIAL - LAMATONAS
OFICINA ASISTENCIAL - LAMATONAS
RESOLUCIÓN
Fecha: 13-06-07
Hora: 10:30
Firma: A





EsSalud

MÁS SALUD PARA MÁS PERUANOS

12

115

69

- Dependiendo del cargo del trabajador³, el Gerente o Director de Red Asistencial en las Redes, o el Gerente Central de Recursos Humanos o el Gerente de Administración de Personal, en la Sede Central, remiten la Carta Notarial de Preaviso de Despido al trabajador involucrado. En ésta se señalan los hechos u omisiones, precisando la norma legal o interna infringida y se otorga un plazo de 06 días naturales para que presente sus descargos respectivos. El trabajador puede solicitar ampliación hasta por 06 días hábiles más, siempre que exista causa justificada.
- Se evalúan los descargos presentados y se determina la responsabilidad disciplinaria o se absuelve de responsabilidad al trabajador. De establecerse una sanción de destitución o menor, se notificará mediante Carta Notarial. De establecerse la absolución se notificará por carta simple.
- Para el personal del régimen laboral privado no se contempla la presentación de recursos impugnativos; sin embargo, la autoridad competente tiene la facultad de reevaluar la sanción, de no estar conformes los trabajadores con la sanción impuesta.



1.4 Procedimiento para faltas leves:

- En caso que la gravedad de los hechos u omisiones no revistan gravedad, se impondrán sanciones menores al despido, debiendo el jefe inmediato comunicar al trabajador que ha cometido la falta, que explique su conducta en un plazo prudencial⁴.
- El trabajador realiza sus descargos, y si el jefe inmediato no está conforme con la respuesta, remite a la Oficina de Recursos Humanos de la Red Asistencial un informe explicando las razones de su disconformidad con la propuesta de sanción a aplicarse, para que éste proyecte una carta de sanción para ser firmada por el Gerente o Director de la Red.
- En caso de que el trabajador pertenezca a la Sede Central, la carta se dirigirá a la Gerencia de Administración de Personal o a la Gerencia Central de Recursos Humanos, según sea el nivel del trabajador⁵.



2.- Decreto Legislativo N° 276 (Régimen laboral público)

2.1 Base Legal:

- Carta Circular N° 036-GCRH-ESSALUD-2003
- Reglamento de Procesos Administrativos Disciplinarios de la Institución aprobado por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 258-PE-ESSALUD-2005.
- Resolución de Gerencia General N° 764-GG-ESSALUD-2006
- Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública.
- Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.
- Decreto Supremo No. 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa

³ Los niveles de los trabajadores y funcionarios están establecidos en la Carta Circular N° 035-GCRH-ESSALUD-2003. La Resolución de Gerencia General N° 764-GG-ESSALUD-2006 también establece la jerarquía del funcionario que determina la conclusión del vínculo laboral del trabajador.

⁴ No se ha establecido por norma el plazo, pero se recomienda que sea también 06 días naturales.

⁵ Los niveles de los trabajadores y funcionarios están establecidos en la Carta Circular N° 035-GCRH-ESSALUD-2003.

106

2.2 Tipos de sanción a aplicarse:

- Amonestación verbal⁶.
- Amonestación escrita.
- Suspensión hasta por 30 días.
- Cese temporal hasta por 12 meses.
- Destitución.

2.3 Procedimiento de destitución:

- En las Redes Asistenciales, ante la ocurrencia de un hecho susceptible de destitución, el superior jerárquico del jefe inmediato del trabajador, solicita el inicio de un proceso administrativo disciplinario al Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica o quien haga sus veces, el mismo que emite un informe⁷ a la Comisión con los documentos que demuestran la gravedad de la falta. En la Sede Central el informe es emitido a la Gerencia de Administración de Personal por la Gerencia Central o equivalente, donde labora el trabajador que cometió la falta, quien lo derivará a la Comisión pertinente⁸, dependiendo del nivel del trabajador o funcionario. Adicionalmente, sobre la base de sus informes de control, el Órgano de Control Institucional puede pedir en cualquier caso el inicio de un proceso administrativo.
- El procedimiento de destitución y cese temporal hasta por 12 meses se realiza mediante una investigación a través de una Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios. En la Institución se tiene dos tipos de comisión; la Comisión Permanente de Procesos Administrativos, que existen en las Redes Asistenciales y en la Sede Central se denomina Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios de Lima y Callao (CPAD) y, la Comisión Especial de Procesos Administrativos Disciplinarios de Alto Nivel (CEPADAN).
- La Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios (CPAD ó CEPADAN), según su Reglamento, sesionará y mediante Acta acordará, de haber mérito y estando completo el expediente respectivo, instaurar proceso administrativo.
- El Gerente o Director de la Red, en las Redes Asistenciales y el Gerente de Administración de Personal o el Gerente Central de Recursos Humanos en la Sede Central emiten la Resolución de instauración del proceso administrativo.
- El órgano que apertura el proceso mediante resolución, notifica al trabajador involucrado los hechos que se le imputan, tipificando la falta y le otorga un plazo de 05 días hábiles para que presente sus descargos. El trabajador puede solicitar ampliación hasta por 05 días hábiles más, y puede solicitar informe oral.
- La Comisión evalúa los descargos y en sesión mediante Acta recomienda la responsabilidad disciplinaria o su absolución, lo que comunica a la autoridad competente quien emite la resolución correspondiente. Cabe destacar que la autoridad competente puede apartarse del criterio de la comisión fundamentando debidamente las razones de su decisión.
- La Resolución de sanción puede ser impugnada dentro del plazo establecido por la Ley N° 27444.

⁶ La realiza en forma personal y reservada el jefe inmediato al trabajador o funcionario sancionado.

⁷ El informe necesariamente deberá contener una relación de los hechos u omisiones cometidos, los documentos que demuestran tales hechos, la precisión de la norma legal o interna infringida, así como la solicitud de apertura de proceso administrativo disciplinario.

⁸ La Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 252-PE-ESSALUD-2005 establece las competencias de las comisiones.

