



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO



TESIS

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LA
DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA REMUNERATIVA DE LOS
CONCEPTOS ECONÓMICOS PERCIBIDOS EN LA RELACIONES
LABORALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

PRESENTADA POR:

HOLGER MARIO CAJMA MAMANI

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGÍSTER SCIENTIAE EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y GERENCIA PÚBLICA

PUNO, PERÚ

2020



DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mi madre quien me dio la vida, educación, y todo lo que soy en esta vida. A mi hija, quién es el motor y motivo para seguir esforzándome día a día. A todos ellos se los agradezco desde el fondo de mi alma.



AGRADECIMIENTOS

Los resultados de este informe final de tesis, están dedicados a todas aquellas personas que, de alguna forma, son parte de su culminación. Por esto agradezco a mi Asesor de Tesis, Dr. Hugo Iván Atencio Zambrano, quien a lo largo de este tiempo ha puesto a prueba sus capacidades y conocimientos en el desarrollo de esta investigación el cual ha finalizado llenando todas nuestras expectativas. A mis padres quienes a lo largo de toda mi vida han apoyado y motivado mi formación académica, creyeron en mí en todo momento y no dudaron de mis habilidades. A mis profesores a quienes les debo gran parte de mis conocimientos, gracias a su paciencia y enseñanza y finalmente un eterno agradecimiento a esta prestigiosa Universidad la cual abrió y abre sus puertas a jóvenes como nosotros, preparándonos para un futuro competitivo y formándonos como personas de bien.



ÍNDICE GENERAL

| | Pág. |
|------------------|-------------|
| DEDICATORIA | i |
| AGRADECIMIENTOS | ii |
| ÍNDICE GENERAL | iii |
| ÍNDICE DE TABLAS | vi |
| RESUMEN | vii |
| ABSTRACT | viii |
| INTRODUCCIÓN | 1 |

CAPÍTULO I

REVISIÓN DE LITERATURA

| | |
|--|----|
| 1.1. Contesto y marco teórico | 3 |
| 1.1.1. Concepto de remuneración | 3 |
| 1.1.2. La remuneración en la legislación internacional | 8 |
| 1.1.3. La remuneración en el ordenamiento jurídico peruano | 11 |
| 1.1.3.1. La remuneración en la Constitución Política del Perú | 11 |
| 1.1.3.2. La remuneración en normas con rango de Ley | 15 |
| 1.1.4. Elementos y características de la remuneración | 19 |
| 1.1.4.1. Carácter irrenunciable de la remuneración | 19 |
| 1.1.4.2. El carácter contraprestativo de la remuneración | 20 |
| 1.1.4.3. El derecho de libre disposición | 20 |
| 1.1.4.4. La ventaja o el incremento patrimonial | 21 |
| 1.1.4.5. Libertad de forma en la remuneración | 22 |
| 1.1.4.6. La remuneración tiene naturaleza alimentaria | 23 |
| 1.1.4.7. La prioridad de pago o “superprivilegio” | 23 |
| 1.1.5. La estructura remunerativa | 24 |
| 1.1.5.1. Estructura remunerativa en el Decreto Legislativo N° 276 | 24 |
| 1.1.5.1.1. Remuneración en el Decreto Supremo N° 057-86-PCM | 24 |
| 1.1.5.1.2. Remuneración en el Decreto Supremo N° 051-91-PCM | 27 |
| 1.1.5.2. Estructura remunerativa en el Decreto Legislativo N° 728 | 28 |
| 1.1.5.2.1. Conceptos remunerativos reconocidos expresamente | 29 |
| 1.1.5.2.2. Conceptos comprendidos dentro la noción general de remuneración | 30 |
| 1.1.5.2.3. Conceptos no remunerativos | 30 |
| 1.1.5.3. Estructura Remunerativa en el Decreto Legislativo N° 1057 | 32 |



| | |
|--|----|
| 1.1.5.4. Estructura remunerativa en la ley del servir | 33 |
| 1.1.6. Derecho a la Verdad y Principio de Primacía de la Realidad | 34 |
| 1.1.6.1. Simulación del acto jurídico y fraude en la ley | 36 |
| 1.1.6.2. Jurisprudencia Constitucional sobre el principio de primacía de la realidad | 37 |
| 1.1.6.3. Ámbito de aplicación del principio de primacía de la realidad | 39 |
| 1.1.7. Principio de legalidad en la Administración Pública | 40 |
| 1.1.7.1. Principio de legalidad y constitucionalización del empleo público | 41 |
| 1.1.8. Regímenes Laborales del Empleo Público | 42 |
| 1.1.8.1. Régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 | 43 |
| 1.1.8.2. Decreto Legislativo N° 728 | 44 |
| 1.1.8.3. Decreto Legislativo N° 1057 | 45 |
| 1.1.8.4. Otros regímenes propios de la carrera | 46 |
| 1.2. Antecedentes | 46 |

CAPÍTULO II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

| | |
|------------------------------------|----|
| 2.1. Identificación del problema | 48 |
| 2.2. Definición del problema | 49 |
| 2.2.1. Pregunta general | 49 |
| 2.2.2. Preguntas específica | 50 |
| 2.3. Intención de la investigación | 50 |
| 2.4. Justificación | 51 |
| 2.5. Objetivos | 52 |
| 2.5.1. Objetivo general | 52 |
| 2.5.2. Objetivos específicos | 52 |

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

| | |
|--|----|
| 3.1. Acceso al campo | 53 |
| 3.2. Selección de informantes y situaciones observadas | 53 |
| 3.3. Estrategias de recogida y registro de datos | 54 |
| 3.4. Análisis de informantes y situaciones observadas | 54 |

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

| | |
|---|----|
| 4.1. Criterios para determinar la naturaleza remunerativa de los conceptos económicos percibidos dentro de la relación laboral de la administración pública (objetivo específico 1) | 56 |
|---|----|



| | |
|---|-----|
| 4.1.1. Régimen del Decreto Legislativo 276, Decreto Legislativo 1057 y otros regímenes especiales de la administración pública | 56 |
| 4.1.2. Régimen del Decreto Legislativo 728 | 58 |
| 4.1.3. Criterio de primacía del principio de legalidad | 60 |
| 4.1.4. Criterio conceptual o naturaleza remunerativa | 62 |
| 4.2. Argumentos para determinar que la calificación conceptual o naturaleza jurídica prima sobre la calificación normativa (objetivo específico 2) | 71 |
| 4.2.1. El carácter laboral de las prestaciones económicas percibidas por el trabajador | 72 |
| 4.2.1.1. Principio de la norma más favorable | 76 |
| 4.2.1.2. Principio Pro Homine | 78 |
| 4.2.2. Predominio de la realidad sobre aspectos formales | 82 |
| 4.2.2.1. Posición de Volmar Pérez Ortiz | 82 |
| 4.2.2.2. Posición de Plá Rodríguez | 82 |
| 4.2.3. La omnipotencia del principio de primacía de la realidad | 83 |
| 4.2.3.1. Principio implícito reconocido por la constitución del estado | 83 |
| 4.2.3.2. Elementos constitutivos de la remuneración para la aplicación del principio de primacía de la realidad | 85 |
| 4.2.4. Consolidación de los conceptos económicos en diversos sectores del Estado | 87 |
| 4.3. Base normativa para la aplicación del principio de primacía de la realidad en la determinación de la naturaleza remunerativa (objetivo específico 3) | 91 |
| 4.3.1. Normativa sustantiva | 91 |
| 4.3.2. Mecanismos para su aplicación | 92 |
| CONCLUSIONES | 93 |
| RECOMENDACIONES | 95 |
| BIBLIOGRAFÍA | 96 |
| ANEXOS | 102 |

Puno, 21 de octubre de 2020

ÁREA: Derecho administrativo y gerencia pública.

TEMA: Remuneraciones en el sector público.

LÍNEA: Aplicación del principio de primacía de la realidad.



ÍNDICE DE TABLAS

| | Pág. |
|---|-------------|
| 1. Naturaleza no remunerativa de los conceptos económicos percibidos en la administración pública | 60 |
| 2. La naturaleza remunerativa de los conceptos económicos percibidos en la Administración Pública | 63 |
| 3. Exclusión del carácter remuneratorio de un concepto económico | 79 |
| 4. Monto Único Consolidado de la Remuneración | 89 |

RESUMEN

La remuneración es uno de los conceptos más importantes cuando se habla de relación laboral; sin embargo, no todos los ingresos que percibe un trabajador de la administración pública tiene esa calificación, pues la mayoría de los conceptos económicos percibidos, no son considerados como remuneración, por ende, no son base de cálculo para algunos beneficios como la compensación por tiempo de servicios, gratificaciones, pensión de cesantía, entre otros. Ante esta problemática surgen las siguientes preguntas: ¿Es posible la aplicación del principio de primacía de la realidad para determinar la naturaleza remunerativa de un concepto económico?, ¿Cuáles son los criterios para determinar la naturaleza remunerativa de dichos conceptos económicos?, ¿De qué manera prima la calificación conceptual o naturaleza jurídica sobre la calificación normativa o legal?, y finalmente, ¿Cuál es el marco jurídico legal para aplicar el principio de primacía de la realidad?. El objetivo del presente trabajo de investigación es determinar si es posible la aplicación del principio de primacía de la realidad para determinar la naturaleza remunerativa de los conceptos económicos percibidos por el trabajador de la administración pública, para ello, en principio, se identificó los criterios con las cuales se cuenta, para posteriormente, esbozar algunos argumentos a favor y su respectivo sustento jurídico legal. El diseño o enfoque de investigación es de corte cualitativa, recurriendo al método jurídico dogmático. El resultado de la presente investigación ha sido favorable en función de los objetivos planteados, pues se ha concluido que existen argumentos suficientes para concluir que es posible la aplicación del principio de primacía de realidad para determinar la naturaleza remunerativa de un concepto económico, de manera que un concepto económico percibido en forma permanente y regular, de libre disponibilidad del trabajador, y que sea a consecuencia de una contraprestación, independientemente de su calificación legal y régimen laboral del trabajador de la administración pública, debe considerarse como remuneración.

Palabras clave: Administración pública, concepto económico, naturaleza remunerativa, principio de primacía de la realidad, relaciones laborales.



ABSTRACT

Remuneration is one of the most important concepts when talking about an employment relationship; However, not all income received by a public administration worker has that qualification, since most of the perceived economic concepts are not considered as remuneration, therefore, they are not the basis of calculation for some benefits such as compensation for time of services, bonuses, pension, among others. Faced with this problem, the following questions arise: Is it possible to apply the principle of primacy of reality to determine the remunerative nature of an economic concept?, What are the criteria to determine the remunerative nature of these economic concepts? The conceptual or legal nature of the normative or legal qualification is the first way, and finally, what is the legal legal framework to apply the principle of primacy of reality? Under this context, the objective of this research work is to determine if the application of the principle of primacy of reality is possible to determine the remunerative nature of the economic concepts perceived by the public administration worker, for this, in principle, He identified the criteria with which, later, he outlined some arguments in favor and their respective legal support; using the qualitative research method, specifically the dogmatic legal method. The result of the present investigation has been favorable depending on the objectives set, since it has been concluded that there are solid and sufficient arguments to apply the principle of primacy of reality to determine the remunerative nature of an economic concept, which has reached from the identification of two opposite criteria existing for this purpose, resulting in the conceptual criterion or remunerative nature prevailing over the legal criterion, so that an economic concept perceived on a permanent and regular basis, of free availability of the worker, and that is as a result of a consideration, regardless of legal qualification, should be considered remuneration.

Keywords: Public administration, economic concept, remunerative nature, principle of primacy of reality, labor relations.

INTRODUCCIÓN

El Estado Peruano es uno de los empleadores más grandes del país, y como tal, tiene un deber y obligación de manejar adecuadamente la gestión de recursos humanos. Sin embargo, el Estado quiere gastar menos en sus trabajadores, acompañado de que en nuestro país existe una complejidad en la gestión del sistema de pago, ello como consecuencia del desorden existente en materia remunerativa y la diversidad de reglas vigentes, lo cual genera en la práctica criterios de pago diferentes a los servidores públicos. Uno de esos problemas se manifiesta en los criterios de determinación de la naturaleza remunerativa de los conceptos económicos percibidos dentro de la relación laboral de la administración pública, pues casi la mayoría de dicho conceptos económicos no tiene carácter remunerativo, a pesar de que, en un plano real, cumplen todas las características de ser remunerativo. Por consiguiente, el propósito de la presente investigación es determinar si, con la aplicación del principio de primacía de la realidad, muchos de esos conceptos económicos que no tienen carácter remunerativo, pues ser considerados como tal. Para tal efecto, primero se identificarán cuáles son los criterios de determinación del carácter remunerativo de un concepto económico que predomina en el Estado. En segundo lugar, una vez identificada el criterio dominante (principio de legalidad), explicar y sustentar, a través de la interpretación jurídica del derecho, que dicho criterio puede ser vencido en un Estado de Derecho Constitucional. En efecto, el criterio conceptual o naturaleza remunerativa de la remuneración; ello en aplicación del principio de primacía de la realidad, tiene mayor respaldo legal, doctrinal y jurisprudencial. Por otro lado, la importancia de la presente investigación, no solamente es a nivel teórico, sino tiene relevancia práctica, toda vez de que, la calificación legal o conceptual que se realice de cualquier concepto económico, incide en la base de cálculo de muchos beneficios que perciba el trabajador, garantizando con ello un ingreso digno y justo para éste último.

La estructura de la presente investigación consta de 4 capítulos. En el primer capítulo, se establece el contexto y marco teórico, elementos y características y la estructura de la remuneración, por otro lado, se ha desarrollado ampliamente el principio de primacía de la realidad, tanto a nivel teórico y jurisprudencial, y finalmente, se ha desarrollado sobre los regímenes laborales del empleo. Por otro lado, en el capítulo II, se ha identificado el problema de la investigación, la definición del problema, la intención de la investigación y la justificación. Asimismo, en el capítulo III, se desarrolla la



metodología utilizada en la presente investigación, en donde se ha descrito el acceso al campo, la selección de informantes y situaciones observadas, la estrategia de recogida y registro de datos y en respectivo análisis de datos y categorías. Y finalmente, en el capítulo IV, se muestra los resultados y discusión del problema de investigación, con las respectivas conclusiones arribadas y recomendaciones del caso.



CAPÍTULO I

REVISIÓN DE LITERATURA

1.1. Contesto y marco teórico

1.1.1. Concepto de remuneración

Antes de abordar el concepto de remuneración, debemos señalar que toda relación laboral implica un acuerdo contractual, en donde ambas partes de la relación laboral (empleador y trabajador), puedan manifestar su consentimiento y voluntad.

En ese sentido para Toyama (2016) el contrato de trabajo es un negocio jurídico oneroso, en virtud del cual el empleador debe abonar una retribución por los servicios prestados por el trabajador; siendo la remuneración-por consiguiente-uno de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo (p. 13).

Tanto la doctrina nacional como extranjera, ya se han referido vasta y destacadamente a la noción de remuneración, a su consideración como elemento esencial del contrato de trabajo, a la descripción y evaluación del tratamiento dado por nuestra legislación y jurisprudencia nacional y a su implicancia en el concepto constitucional de “salario social”; por tanto, con la finalidad de dar una mirada pragmática a este tema, se presentará una definición positiva (Ferro, 1998, p. 13).

Cabe mencionar la definición recogida por la 22^o edición del Diccionario de la Real Academia Española (2001), el mismo que señala que el término “remuneración” es sinónimo de “retribución”, la cual consiste en la recompensa o pago de algo. En el ámbito del derecho del trabajo, la remuneración es utilizada indistintamente a las expresiones de salario o sueldo, los cuales, de acuerdo con la

misma Real Academia Española, se refieren a la paga con que se retribuye a los trabajadores por cuenta ajena y a aquella asignada por el desempeño de un cargo o servicio profesional.

Ahora bien, este concepto es más amplio que la mera retribución a los trabajadores por cuenta ajena. Por tal motivo, a continuación, procuraremos esbozar una definición general del concepto de remuneración, en función a lo establecido por la Constitución Peruana de 1993 y la legislación laboral peruana, así como en base a la doctrina nacional y comparada. Una vez definido el concepto, podremos analizar y sustentar si los incentivos en acciones califican como remuneración.

Entonces, hasta aquí podemos concluir que la remuneración es uno de los elementos principales de la relación laboral, pues es un derecho reconocido por la Constitución Política del Perú, la misma que le da una connotación de carácter alimentario, pues es base para la subsistencia del ser humano.

Por su parte el artículo 24° de la Constitución indica que todo trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que le procure a él y a su familia bienestar material y espiritual, otorgándole a su pago y al de los beneficios sociales prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador. El Estado regula las remuneraciones mínimas con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 24).

Por otro lado, el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece que constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable a efectos del cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social, así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral, el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de

suministro indirecto (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997, Artículo 6).

Como apreciamos, el concepto del artículo 6° antes mencionado es limitado por el artículo 7° de la misma norma, al establecer que, “no constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los artículos 19° y 20° del Decreto Supremo N.º 001-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS)” (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997, pág. Artículo 7)

Por otro lado, en la doctrina existen diversas definiciones sobre el significado de la remuneración, pues no existe consenso pacífico sobre este tema. Así, por ejemplo, López Basanta identifica al salario como “la prestación debida al trabajador subordinado, por su empleador, en relación sinalagmática con la debida retribución por aquel a éste (prestación del trabajo). El salario, para el jurista es, ante todo, la contraprestación del trabajo subordinado”. Desde otra perspectiva, Mario de la Cueva establece que el salario o remuneración “es la retribución que debe percibir el trabajador por su trabajo, a fin de que pueda conducir una existencia que corresponda a la dignidad de la persona humana, o bien una retribución que asegure al trabajador y a su familia una existencia decorosa”. Tratando de condensar las diversas posturas que existen, Mascaró Nascimento clasifica las concepciones que definen a la remuneración desde el punto de vista contraprestativo y desde el no contraprestativo. En cuanto al primero, encontramos distintos niveles de contraprestatividad de la remuneración: al trabajo efectivo, a la disponibilidad del trabajador y la contraprestación del contrato de trabajo. Respecto al segundo, se encuentra la teoría del salario social y el salario como conjunto de prestaciones económicas del trabajador. Como se aprecia de las definiciones citadas, que tratan de condensar las diversas posturas sobre la remuneración, algunas de ellas tienen como común denominador la prevalencia su carácter retributivo, mientras que otras involucran tanto su carácter contraprestativo como la función social que esta cumple en los trabajadores (López Basanta, citado por Toyama, 2017, p. 10).

Tomando en cuenta ello, y acorde con la línea descriptiva del presente trabajo, no es nuestra intención incorporar una definición adicional a las diversas posturas que se tienen sobre la remuneración. Lo importante, consideramos nosotros, es la identificación de los caracteres que se toman en cuenta para su conceptualización. Así, para el análisis de la remuneración como derecho fundamental es importante identificar su carácter retributivo y el carácter de sustento acorde con la función social que cumple.

Por otro lado, Pizarro (2006) Díaz considera que, “la remuneración es todo lo que percibe el trabajador por los servicios prestados, sea en dinero o en especie, incluyéndose aquellos conceptos que se perciben con ocasión del trabajo” (p. 67).

Desde otra perspectiva, se puede indicar que, “la remuneración comprende los conceptos que representan una ventaja, ahorro o beneficio patrimonial para el trabajador y su familia –ya sea en bienes y en servicios- sin tener en cuenta la condición, el plazo o la modalidad de entrega, ni tampoco la denominación que se le atribuya” (López, 1997, p. 447).

De la Cueva (1977), señala que, “el salario que nosotros llamamos remuneración es retribución que debe percibir el trabajador por su trabajo, a fin de que pueda conducir a una existencia que corresponda a la dignidad de la persona humana, o bien una retribución que asegure al trabajador y a su familia una existencia decorosa” (p. 297).

El jurista peruano Rendón (2008) entiende por remuneración básica el pago efectuado al trabajador, referido directamente al tiempo durante el cual éste permanece a disposición del empleador o a las unidades de producción realizadas por él, o a ambas situaciones complementariamente, ya tenga ese pago la forma de dinero o de especies. Se le ha dado a esta cantidad la calificación de básica porque sirve de base para los demás pagos complementarios (p. 54).

Para Neves (2003) la remuneración tiene carácter contraprestativo, pero no se agota en este. En otras palabras, es el pago que corresponde al trabajador por la puesta a disposición de su actividad. Recordemos que el riesgo del trabajo lo asume el empleador, de modo que depende de este utilizar o no cuanto y como esa actividad, pues tiene el poder de hacerlo. Pero es más que contraprestación, ya que

la inactividad temporal del trabajador originada en ciertas causas, no conlleva la suspensión de la remuneración. Asimismo, la mayor remuneración que se otorga en ciertas situaciones, como las fiestas patrias y navideñas, conocida como gratificación, tampoco tiene una explicación contraprestativa. La retribución que se percibe en estos supuestos se fundamenta en valores superiores, como la defensa de la vida y de la salud del trabajador, y configura el denominado salario social (p. 34).

De lo expuesto, se tiene que, en la normatividad laboral, la remuneración, es definida de acuerdo al carácter remunerativo o no remunerativo que tiene un concepto económico percibido por el trabajador; excluyendo de manera taxativa, cuales son los conceptos que no forman parte de la remuneración; pero también existe una cláusula abierta en la cual puede encajar cualquier concepto económico.

Asimismo, dentro de la doctrina, se toma en cuenta distintos criterios para definir la remuneración, sin embargo, para el presente caso, es necesario considerar lo señalado por López (1997), quien indica que la remuneración comprende los conceptos que representan una ventaja, ahorro o beneficio patrimonial para el trabajador y su familia –ya sea en bienes y en servicios- sin tener en cuenta la condición, el plazo o la modalidad de entrega, ni tampoco la denominación que se le atribuya. Éste concepto es importante, desde la óptica del trabajador, quien, en una relación laboral, siempre es considerado como el más débil; ya que el empleador, con mayor razón cuando se trata del estado, trata de restar al máximo las ventajas que pudiera obtener el trabajador, porque obviamente es un gasto para el erario nacional (p. 447).

Entonces, en virtud a esta debilidad del trabajador, e invocando el principio de legalidad que impera en las actuaciones del estado, éste último otorga conceptos económicos a favor del trabajador, ya sea través de una norma con rango de ley o normas infra legales, en la cual se precisa el carácter remunerativo de un concepto económico, lo cual en muchos casos colisiona con el concepto que hemos detallado anteriormente. En ese sentido, es de vital importancia tener, por un lado, un concepto legal, y, por otro lado, un concepto doctrinal, o en su caso, un concepto manejado a nivel de la jurisprudencia.

Las diferentes legislaciones nacionales usan de modo indistinto los términos salario, remuneración o retribución para hacer referencia a aquellos montos que son otorgados a aquellos que prestan un servicio a un tercero. Sin embargo, que el término retribución hace referencia a cualquier tipo de pago, los términos salario y remuneración han recibido un tratamiento más específico por parte de la legislación y jurisprudencia de los países. En efecto, se suele denominar como remuneración a aquel pago que recibe el trabajador como contraprestación por el desempeño de un servicio de modo subordinado.

Sobre el particular, López (2007) apunta que desde un punto de vista económico la remuneración es un rédito o ingreso. Este ingreso es individual y contractual, y no tiene relación con la compensación de un gasto o la reparación de un daño; mientras que en un sentido jurídico, la remuneración es la contraprestación del trabajo subordinado y funciona como una ventaja patrimonial para el trabajador. Además, hay que señalar que esa relación de reciprocidad y conmutatividad entre el salario y el trabajo subordinado determina el carácter oneroso de la relación de trabajo (p. 10).

1.1.2. La remuneración en la legislación internacional

En el plano internacional este derecho fundamental guarda igual coherencia y relación con lo recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala, 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, Artículo 23, numeral 1 y 2).

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales ha señalado los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por

trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto (Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales , 1966, Artículo 7).

A nivel regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece respecto al derecho a la remuneración: Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Toda persona que trabaja tiene derecho a recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, Artículo XIV).

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia laboral de derechos económicos Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, señala las siguientes garantías del derecho a la remuneración: Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a. Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia Laboral de Derechos Económicos Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, 1988, Artículo 7).

De la lectura conjunta de los Instrumentos Internacionales citados, se desprende dos características comunes y relevantes sobre el derecho a la remuneración. La primera de ellas, es la instauración del derecho a la igualdad remunerativa, que se encuentra relacionado con el derecho a una remuneración equitativa y la segunda referida a la remuneración suficiente, la cual se relaciona directamente con el establecimiento de pisos mínimos de percepción remunerativa, tales como el establecimiento de una remuneración mínima.

Por otro lado, los Convenios Internacionales que ha emitido la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relacionados con el derecho fundamental a la remuneración son: el Convenio 95 (Este convenio no ha sido ratificado con el Estado Peruano por lo que solo tiene calidad de recomendación.), sobre Protección del Salario y el Convenio 100 (Convenio ratificado por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 13284, de fecha 01 de febrero de 1960), Sobre Igualdad de Remuneraciones, y Convenio 131 (Convenio ratificado por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 13284, de fecha 01 de febrero de 1960), sobre la Fijación de Salarios Mínimos. El Convenio 95, sobre Protección del Salario, establece las garantías de protección del salario ya pactado previamente con un empleador y dentro del desenvolvimiento de la relación laboral.

En efecto, al tener la remuneración un contenido también patrimonial, este puede ser objeto de descuentos indebidos y otras formas de menoscabar la garantía de percepción y disfrute efectivo. El Convenio 100, Sobre Igualdad de Remuneraciones regula uno de los aspectos relevantes que se relacionan estrechamente con el derecho a la remuneración: la aplicación del principio de igualdad en materia remunerativa. De esta manera, el Convenio en mención establece pautas para la aplicación del principio-derecho de igualdad de remuneraciones, así como la discriminación salarial relativa a los hombres y las mujeres. En ese sentido, según lo establecido en el propio Convenio, las diferencias entre las tasas de remuneración que correspondan, independientemente del sexo, a diferencia que resulten de dicha evaluación objetiva de los trabajos que han de efectuarse, no deberán considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (C100 - Convenio Sobre Igualdad de Remuneraciones, 1951, Artículo 3, numeral 3).

En cuanto a los conceptos que conforman la remuneración, el artículo 1 del Convenio 100 de la OIT, Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, debidamente ratificado y suscrito por el Perú, ha señalado que la remuneración "(...) comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o

indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último" (C100 - Convenio Sobre Igualdad de Remuneraciones, 1951, Artículo 1).

1.1.3. La remuneración en el ordenamiento jurídico peruano

1.1.3.1. La remuneración en la Constitución Política del Perú

La Constitución Política del Perú refiere que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 24).

Según Bernaldes (1999) el primer párrafo del artículo citado, plantea el concepto que el constituyente tiene de la remuneración al trabajo, los elementos son los siguientes:

- a) Una remuneración equitativa. Todo lo relativo a la equidad es comparativo. En este caso, la comparación es con el trabajo prestado. La remuneración tiene que guardar equidad con la cantidad y calidad de la labor desarrollada. Crecerá en función de ambas variables.

Para una Constitución que ha dado al mercado un rol importante en la configuración de las relaciones económicas, es obvio que el valor de mercado de los distintos tipos de trabajo deberá tener una intervención importante en la determinación de las remuneraciones. Sin embargo, no es el único elemento a tomar en cuenta, sobre todo, porque la remuneración debe ser suficiente para ciertas cosas.

- b) Una remuneración suficiente. Esta característica tiene que ver con el hecho que permita al trabajador procurarse para sí y su familia, el bienestar material y espiritual.

El bienestar material equivale a la satisfacción de las necesidades mínimas para la sobrevivencia: alimentación, vestido, vivienda, salud son tal vez las

que no pueden quedar sin cubrir. El bienestar espiritual, por su lado, significa de todas maneras la posibilidad de educarse, de procurarse descanso, y de crear las condiciones para el progreso personal (p.46).

Para Guzmán (2015), en primer lugar, ciertos derechos laborales –y la gran mayoría de los derechos sociales y económicos– tienen tan solo una connotación programática, es decir, solo pueden hacerse efectivos a partir de lo que la sociedad desea en un momento determinado y respecto de acciones prestacionales concretas del Estado, que implican evidentemente un mayor gasto público. La distinción entre normas constitucionales programáticas y normas operativas radica en la eficacia de las mismas, dado que las primeras requieren acciones legislativas y administrativas. De hecho, estos derechos denominados programáticos no son susceptibles de protección a través de la acción o proceso de amparo. Un ejemplo de dicho derecho, en el ámbito laboral, es el derecho a una remuneración equitativa y suficiente, contenido en el artículo 24 de la Carta Magna. Queda claro que no resulta posible tutelar un derecho de dicha naturaleza vía el proceso de amparo, puesto que la virtualidad de la prestación no depende enteramente del empleador o del Estado (p. 247).

Por su parte Toyama (2010) la remuneración no solamente es un elemento esencial del contrato de trabajo, sino que constituye un derecho fundamental. Ciertamente, el artículo 24° de la Constitución contiene una fórmula de contenido general y de preceptividad o eficacia diferida o programática al señalar que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia bienestar material y espiritual. De otro lado, representa un interés del Estado en su tratamiento, fija un determinado marco de desarrollo legal y de interpretación judicial, y finalmente se indica –en el propio artículo– que su cobro tiene prioridad sobre otros adeudos del empleador, reconociendo una remuneración mínima vital (p. 156).

Bajo ese contexto, debe considerarse a la remuneración es todo lo que percibe el trabajador como contraprestación por los servicios prestados, sea en dinero o en especie. Además, la remuneración comprende aquellos

conceptos que representan una ventaja o un beneficio patrimonial para el trabajador –ya sea en dinero, bienes o servicios– sin tener en cuenta la condición, el plazo o la modalidad de entrega ni tampoco, ciertamente, la denominación que se les dé a los conceptos entregados.

Por su parte el Tribunal Constitucional refiere que, nuestra Constitución Política del Perú ha consagrado el derecho de trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por consiguiente, la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para su empleador, debe ser entendida como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio - derecho a la igualdad y la dignidad, amén que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana. Así tenemos como consecuencias de este derecho: adquirir una pensión en base a los aportes y contribuciones a la seguridad social, servicio de cálculo para efectos de beneficios sociales como vacaciones, compensación por tiempo de servicios, indemnización por vacaciones trunca, o en su caso, ser calculable para la indemnización por despido arbitrario y otros beneficios sociales (Exp. N° 04922-2007-AA/TC-Lima, Fundamento 6).

Por otro lado, el máximo intérprete de la Constitución refiere que el derecho a la remuneración, que fluye del principio de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, constituye una contraprestación por los servicios del trabajador; es de libre disposición por parte de éste último; tiene carácter alimentario y su pago tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador (artículos 23 in fine y segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución). La remuneración también implica una modelo de competitividad, en tanto se manifiesta como un incentivo para atraer y retener personal idóneo (Exp. N° 0020-2012-PI/TC, 2014, fundamento 13).

Asimismo, dicha sentencia refiere que el contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración, tal y como está reconocido en el marco constitucional, abarca los tres elementos:

- a) Acceso, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (artículo 23 de la Constitución).
- b) No privación arbitraria, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada.
- c) Prioritario, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución).
- d) Equidad, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).
- e) Suficiencia, por constituir el quantum mínimo que garantiza al trabajador y a su familia su bienestar (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución) (Exp. N° 0020-2012-PI/TC, 2014, fundamento 16).

A su vez, el Tribunal Constitucional ha determinado, únicamente con carácter enunciativo, el contenido no esencial o accidental del derecho fundamental a la remuneración, indicando forma parte del contenido accidente de este derecho:

- i) La consistencia, en tanto debe guardar relación con las condiciones de exigencias, responsabilidad y complejidad del puesto que ocupa el trabajador. Para su determinación, ha de tomar en cuenta el efecto ingreso (o renta), según el cual la variación del número deseado de horas de trabajo provocada por una variación del ingreso debe mantener constante salario.
- ii) La intangibilidad, en tanto no es posible la reducción desproporcionada de una remuneración, lo que fluye del carácter

irrenunciable de los derechos de los trabajadores (Exp. N° 0020-2012-PI/TC, 2014, fundamento 32).

1.1.3.2. La remuneración en normas con rango de Ley

A nivel legal, nuestro ordenamiento jurídico se ha referido, no en forma precisa y completa sobre la remuneración, pues dada la coexistencia de varios regímenes laborales dentro de la administración pública, existe una regulación dispersa, la misma que en muchas ocasiones genera confusiones al momento de su aplicación, que serán abordadas posteriormente.

En la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, señala que:

“la remuneración de los funcionarios y servidores públicos estará constituida por el haber básico, las bonificaciones y los beneficios” (Decreto Legislativo N° 276 Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público , 1984, Artículo 43).

El referido artículo, entiende que la remuneración de los funcionarios y servidores públicos está constituido por el haber básico, las bonificaciones y los beneficios, es decir, si un concepto económico ha sido creado fuera de los alcances de dicha norma, no sería considerado remuneración.

Por su parte, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, señala:

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

indirecto (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997, artículo 6).

De la norma citada, se desprende que en el régimen laboral privado, las cosas resultan ser más claras en cuanto a la definición de la remuneración; sin embargo, aun así, existen sendos problemas que se presentan en su aplicación, un claro ejemplo, es cuando los trabajadores del sector del Poder Judicial, reciben el bono por función jurisdiccional, la misma que, según su ley de creación, éste beneficio no tiene carácter remunerativo, sin embargo, aplicando el citado artículo 6° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cumplen las características de ser remunerativo.

Por su parte el artículo 7° de la norma en comento, señala que:

“no constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los artículos 19° y 20° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650” (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997).

La Ley de Compensación por Tiempo de Servicios señala:

No se consideran remuneraciones computables las siguientes:

- a) Gratificaciones extraordinarias u otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente, a título de liberalidad del empleador o que hayan sido materia de convención colectiva, o aceptadas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o por laudo arbitral. Se incluye en este concepto a la bonificación por cierre de pliego;
- b) Cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa;
- c) El costo o valor de las condiciones de trabajo;
- d) La canasta de Navidad o similares;

- e) El valor del transporte, siempre que esté supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado. Se incluye en este concepto el monto fijo que el empleador otorgue por pacto individual o convención colectiva, siempre que cumpla con los requisitos antes mencionados;
- f) La asignación o bonificación por educación, siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada;
- g) Las asignaciones o bonificaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquéllas de semejante naturaleza. Igualmente, las asignaciones que se abonen con motivo de determinadas festividades siempre que sean consecuencia de una negociación colectiva;
- h) Los bienes que la empresa otorgue a sus trabajadores, de su propia producción, en cantidad razonable para su consumo directo y de su familia;
- i) Todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador;
- j) La alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de servicios, las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto de acuerdo a su ley correspondiente, o cuando se derive de mandato legal (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, 1997, Artículo 19).

Por su parte el siguiente artículo de la misma norma acotada señala:

“Tampoco se incluirá en la remuneración computable la alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de

condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de los servicios, o cuando se derive de mandato legal” (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, 1997, Artículo 20).

No obstante, el Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, precisa que este concepto unitario de remuneración no resulta aplicable para efectos del Impuesto a la Renta. Nótese que la exclusión se refiere únicamente a este Impuesto y no afecta a los otros tributos que gravan los remunerativos.

Ahora bien, de las normas citadas, se observa que en el Perú existen dos maneras de determinar si un pago es o no remunerativo: (i) a través de la definición positiva, contrastando las características de dicho pago con los elementos esenciales que la norma atribuye al concepto de remuneración y (ii) por oposición, verificando si dicho concepto no se encuentra comprendido en uno de los supuestos de exclusión previstos por la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, Texto Única Ordenado del Decreto Legislativo N° 650, aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR. (LCTS). En este sentido, a continuación, pasaremos a referirnos a cada una de ellas.

En esa misma línea, la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, señala, “son remuneración computable la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador, el dinero o en especie como contraprestación de su labor, cualquiera sea la denominación que se les dé, siempre que sean de su libre disposición” (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 650 Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, 1997, Artículo 9).

A su vez mas adelante refiere, que “Se considera remuneración regular aquella percibida habitualmente por el trabajador, aun cuando sus montos puedan variar en razón de incrementos u otros motivos” (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 650 Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, 1997, Artículo 16).

Asimismo, la Ley N° 27735, refiere:

"Para este efecto, se considera como remuneración, a la remuneración básica y a todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador en dinero o en especie como contraprestación de su labor, cualquiera sea su origen o la denominación que se les dé, siempre que sean de su libre disposición" (Ley N° 27735, 2002, Artículo 2, segundo párrafo).

Por su parte, la reciente Ley 30057, refiere, "la compensación es el conjunto de ingresos y beneficios que la entidad destina al servidor civil para retribuir la prestación de sus servicios a la entidad de acuerdo al puesto que ocupa" (Ley 30057, 2013, Artículo 28).

Bajo la denominación de "compensación económica", lo desarrolla como el conjunto de ingresos y beneficios que la entidad destina al servidor civil para retribuir la prestación de sus servicios a la entidad de acuerdo al puesto que ocupa a través de una contraprestación en dinero.

1.1.4. Elementos y características de la remuneración

Según García y Valderrama (2014), existen características y elementos que determinan para la configuración de la remuneración, las cuales son las siguientes:

1.1.4.1. Carácter irrenunciable de la remuneración

El trabajador goza de manera irrestricta de los derechos que le asigna la constitución y la Ley, por estar concebidos dentro de un marco de protección dada su posición naturalmente débil de la relación laboral. La remuneración está protegida por el principio de irrenunciabilidad de derechos, que es de orden público. No puede el trabajador de percibir aun cuando ello pueda obedecer a una decisión propia, tanto menos si proviene de su empleador. Está prohibido el trabajo forzoso, todo trabajo debe ser remunerado. Entonces, la prohibición contenida en la Constitución Política del Estado apunta a impedir que el trabajador deshaga, en su perjuicio, de los derechos reconocidos por ella y por la Ley, hacemos mención a la existencia de un perjuicio por el efecto extintivo propio del acto de renuncia. En cuando al momento en que correspondería gozar el derecho

como, incluso, en un momento posterior: la irrenunciabilidad no se agota en el tiempo. La protección al trabajador no admite distinción pues la finalidad es garantizarle el goce irrestricto de sus derechos.

1.1.4.2. El carácter contraprestativo de la remuneración

La remuneración es la contraprestación que, como consecuencia de la labor desplegada por el trabajador, debe el empleador otorgarle. Si se quiere, es la razón de ser de la remuneración. Quedan excluidas, por lo tanto, las sumas de dinero otorgadas a título de liberalidad no sujetas al cumplimiento de una condición, o las sumas graciosas, o las que nada se relacionan con la ejecución propia de las funciones. Cabe hacer precisión de que la remuneración no es propiamente una consecuencia de la mera existencia del contrato de trabajo sino, antes bien, de las prestaciones que surgen de este. A saber, la inasistencia injustificada a un día de labor conlleva que el trabajador pierda el derecho a gozar de la remuneración por ese día, muy a pesar que el contrato de trabajo permanezca vigente pero suspendido de manera perfecta (por ejemplo, ejercicio del derecho a la huelga, licencia sin goce de haber).

1.1.4.3. El derecho de libre disposición

El trabajador tiene la potestad exclusiva de decidir el destino que dé a su remuneración, tanto para el salario dinerario como para los bienes que en especie recibe como tal. El trabajador adquiere el derecho de propiedad sobre su remuneración.

Seguramente el trabajador ve influenciada su decisión por las personas de su entorno familiar, pero ello no enerva su autodeterminación y soberanía para elegir el destino final y utilidad que dé a sus ingresos. Entonces, para expresarnos con mayor propiedad, debe entenderse que la libertad de disposición es un derecho del trabajador oponible principalmente a su empleador, más que otros terceros. No puede el empleador condicionar la entrega del salario a que este sea utilizado para un determinado fin. Es un fuero privativo, exclusivo e impenetrable del trabajador. Es esta la explicación al hecho de que muchas asignaciones que el empleador otorga

a su trabajador, aun en el marco de la relación laboral, no tienen carácter remunerativo. Entre otras la asignación por educación, que tiene una finalidad específica que no puede ser alterada por el trabajador, tanto que está obligado a acreditar documentalmente que el monto recibido viene siendo utilizado, exclusivamente, para costear algún estudio de él o de sus hijos, en los términos del artículo 19 del TUO de la Ley de Compensación por Tiempos de Servicios, aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR. Lo mismo sucede con las condiciones de trabajo, cuya finalidad es servir-para-el trabajo, si vale el término. El fin viene ya predeterminado e invariable, con anterioridad y con presidencia de la voluntad del trabajador. Los uniformes de trabajo, el transporte, los viáticos y gastos de representación, entre otros, sirven y se destinan exclusivamente para el fin establecido, sin posibilidad de que este sea alterado por voluntad del trabajador.

1.1.4.4. La ventaja o el incremento patrimonial

La percepción de una suma de dinero o de un bien por el trabajador en calidad de remuneración, por el valor que fuere, incluso si es una remuneración mínima, redundará en el incremento de su patrimonio. Es una consecuencia tan natural como lógica. Pero además debe entenderse también por ventaja o incremento patrimonial, a cualquier forma por la cual el trabajador disminuye sus egresos liberándose de algún costo en el que en circunstancias normales incurriría o debiera incurrir. Está asociado al concepto de ahorro. Debemos convenir que la disminución de los egresos es también una forma de incrementar el patrimonio. Es este un elemento que no se encuentra expresamente contenido en la definición legal de remuneración; pero que ayuda a determinar las remuneraciones que siguen siendo tal, pese a que en rigor no existe libre disponibilidad por el trabajador, por lo menos esta viene atenuada. Se observa con mayor claridad en las remuneraciones en especie que escapan a lo ordinario o “a la carta”, como algún sector de la doctrina las denomina.

El empleador que asume el costo del parqueo de vehículo de su trabajador durante la jornada laboral, o que asume el costo del gimnasio de él y de su

familia, o de un seguro médico privado, está asumiendo costos que en un escenario normal formarían para del presupuesto mensual del trabajador con cargo a sus propios ingresos. Todos ellos son beneficios que incrementan el patrimonio del trabajador a través del ahorro, ya que un tercero (empleador) asume por él gastos regulares que no se encuentra obligado por ley a entregar. Son remuneraciones aun cuando el elemento de la libre disponibilidad venga atenuado y que la utilidad de su entrega éste predeterminada y sea invariable por la voluntad del servido.

1.1.4.5. Libertad de forma en la remuneración

La remuneración puede otorgarse en dinero o en especie. Al no ser la nuestra una sociedad cuya economía se funda mayoritariamente en el intercambio de bienes por bienes, o servicios por servicios, sino en el intercambio monetario por bienes y/o servicios, usualmente la remuneración se otorga en dinero, lo que aumenta el margen de libre disponibilidad como se ha comentado. Empero nada impide que la remuneración también pueda ser otorgada en especie, es decir con bienes no dinerarios o con servicios.

Otro elemento que no habla de libertad de forma está recogido también en el artículo 6 de la LCPL. Las partes son libres de elegir la denominación de los ingresos, pero, claro está, la denominación no influye en su carácter remunerativo o no.

La norma legal se vale de la fórmula, “cualquiera se la denominación que tenga”. Se trata de un criterio, si se quiere, menos importante que los otros estudiados, pues finalmente en derecho rige el principio de que “las cosas no son por cómo se llaman sino por su verdadera naturaleza”. En otras palabras, independientemente de la denominación que tenga, un ingreso será remunerativo luego de analizar su verdadera naturaleza: si es contraprestativo y de libre disposición serán remuneración, aun cuando el empleador lo otorgue como una “asignación no remunerativa”.

1.1.4.6. La remuneración tiene naturaleza alimentaria

La remuneración debe procurar para el trabajador y su familia la satisfacción, cuando menos, de sus necesidades primarias, como la alimentación, entre otras necesidades básicas para su subsistencia. Bienestar material y espiritual, si empleamos la terminología de nuestra Constitución, finalidad para la que el estado tiene un papel preponderante en establecer un escenario que estimule y promueva la producción de riqueza.

Más allá de ello, la naturaleza alimentaria de la remuneración viene asociada al criterio de inembargabilidad y protección del salario, que constituyen la regla general salvo excepciones taxativamente establecidas y especialmente reguladas.

1.1.4.7. La prioridad de pago o “superprivilegio”

Materia asociada a la irrenunciabilidad de derechos es el carácter prioritario del cobro de la remuneración y otros derechos de naturaleza laboral. O, lo que en doctrina se conoce como “superprivilegio” del crédito laboral y que se encuentra consagrado en el segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución Política del Perú.

El carácter superprivilegiado del crédito laboral-que incluye, como no, a la remuneración-determina que, sean cuales fueren las circunstancias que rodeen al empleador, el pago de las deudas laborales, siempre tendrá preferencia respecto de otras deudas de la misma empresa. Si un empleador tiene por igual deudas con entidades financieras y con sus trabajadores, aunque aquéllas sean más antiguas en el tiempo o estén garantizadas con una hipoteca, serán estas últimas las que se pagarán. Claro está, la preferencia o privilegio no solamente opera respecto de las deudas con instituciones del sistema financiero sino con todo tipo de deudas: con proveedores, tributarias, etc. (p. 15).

1.1.5. La estructura remunerativa

La remuneración, en los distintos regímenes laborales, puede encontrarse integrada por diferentes conceptos remunerativos, los que obedecerán a la prestación efectiva de los servicios del trabajador o a su condición como tal. A su vez, la remuneración cuenta con una determinada estructura, integrada por una remuneración principal (que puede denominarse básico) y remuneraciones complementarias. La percepción de éstas dependerá de lo pactado entre las partes, ya sea en el contrato de trabajo o en el convenio colectivo, o establecida en la Ley, en el caso del régimen laboral público.

1.1.5.1. Estructura remunerativa en el Decreto Legislativo N° 276

La estructura remunerativa en el régimen laboral público regulado por la Ley de Carrera Administrativa y Remuneraciones, Decreto Legislativo N° 276, se ha regulado en diferentes normas que han venido dándose a lo largo de los años, lo cuales pasaremos a ilustrar seguidamente.

1.1.5.1.1. Remuneración en el Decreto Supremo N° 057-86-PCM

El Decreto Supremo N° 057-86-PCM, norma denominada Establecen la etapa inicial del proceso gradual de aplicación del Sistema Único de Remuneraciones, Bonificaciones, Beneficios y Pensiones para los funcionarios y servidores de la Administración Pública”, en sus diversos artículos establece:

En el artículo 3° de la norma acotada, señala que la estructura inicial de Sistema Único de Remuneraciones está constituida por los siguientes conceptos:

- a) Remuneración principal.
 - Remuneración Básica
 - Remuneración Reunificada
- b) Transitoria para homologación.
- c) Bonificaciones

- Personal
 - Familiar
 - Diferencial
- d) Beneficios
- Asignación por cumplir 25 y 30 años de servicios
 - Aguinaldos
 - Compensación por tiempo de servicios

Asimismo, en dicha norma se define en qué consiste cada uno de los conceptos antes mencionados:

a).- La Remuneración Principal- Es la compensación que percibe el trabajador y que resulta de adicionar la Remuneración Básica y la Remuneración Reunificada.

El artículo 5 de la norma antes citada define a la remuneración básica como la retribución que se otorga al trabajador designado o nombrado. Sirve de base para el cálculo de las bonificaciones y la compensación por tiempo de servicios, con excepción de la Bonificación Familiar. Mientras que el artículo 6° de la misma norma define que la remuneración reunificada es aquella que resulta de integrar en un solo concepto las remuneraciones complementarias del trabajador, excepto la personal y familiar; las remuneraciones complementarias del cargo y las especiales: Condiciones de Trabajo, Riesgo de Vida y Funciones Técnicas Especializadas; así como otros conceptos remunerativos de carácter permanente que se vengan otorgando bajo cualquier nomenclatura o denominación al amparo de disposiciones legales: administrativas o pactos colectivos, con excepción de las otorgadas por Ley expresa. Asimismo, incluye el monto necesario para completar la Remuneración Principal propuesta por el presente Decreto Supremo.

b).- La Transitoria para Homologación.- Es la Remuneración de carácter pensionable, constituida por los incrementos por costo de vida que se

otorguen en el futuro y los saldos que se generen como consecuencia de los procesos de homologación.

c).- Bonificaciones.- las bonificaciones están conformadas por la bonificación personal, familiar y diferencial.

En cuanto se refiere a la bonificación personal, es aquella que se otorga de oficio al trabajador nombrado por cada quinquenio de tiempo de servicios al Estado, a razón de 5 por ciento de la Remuneración Básica sin exceder de ocho (8) quinquenios.

Por otro lado, la Bonificación Familiar se otorga al personal con uno a cuatro miembros de familia a su cargo, a razón de noventa intis (I/. 90.00) mensuales. Procederá un monto adicional de diez intis (I/. 10.00) por cada miembro de familia a su cargo en exceso de cuatro; en este último caso se considera incluido al hijo fuera del matrimonio.

Y finalmente, la Bonificación Diferencial es la que se otorga por el desempeño del cargo en situación excepcional respecto de las condiciones normales de trabajo y estará orientada entre otros aspectos, a incentivar el desarrollo de los programas microrregionales dentro del proceso de descentralización.

La Bonificación Diferencial se otorgará bajo los siguientes conceptos:

- Descentralización
- Altitud, y
- Riesgo

El monto total de esta Bonificación no excede en conjunto del 100 por ciento de la Remuneración Básica y será regulada mediante Decreto Supremo a propuesta del Instituto Nacional de Planificación, Ministerio de Economía y Finanzas y el Instituto Nacional de Administración Pública, conjuntamente, en un plazo de treinta (30) días.

1.1.5.1.2. Remuneración en el Decreto Supremo N° 051-91-PCM

El Decreto Supremo N° 051-91-PCM, Estableció en forma transitoria las normas reglamentarias orientadas a determinar los niveles remunerativos de los funcionarios, directivos, servidores y pensionistas del Estado en el marco del Proceso de Homologación, Carrera Pública y Sistema Único de Remuneraciones y Bonificaciones; en ese sentido, señaló que para efectos remunerativos se considera:

- a) Remuneración Total Permanente.- Aquella cuya percepción es regular en su monto, permanente en el tiempo y se otorga con carácter general para todos los funcionarios, directivos y servidores de la Administración Pública; y está constituida por la Remuneración Principal, Bonificación Personal, Bonificación Familiar, Remuneración Transitoria para Homologación y la Bonificación por Refrigerio y Movilidad.
- b) Remuneración Total.- Es aquella que está constituida por la Remuneración Total Permanente y los conceptos remunerativos adicionales otorgados por Ley expresa, los mismos que se dan por el desempeño de cargos que implican exigencias y/o condiciones distintas al común.

En dicha norma se estableció que las Bonificaciones, beneficios y demás conceptos remunerativos que perciben los funcionarios, directivos y servidores otorgado en base al sueldo, remuneración o ingreso total serán calculados en función a la Remuneración Total Permanente, con excepción de los casos siguientes:

- a) Compensación por Tiempo de Servicios que se continuarán percibiendo en base a la remuneración principal que establece el presente Decreto Supremo.
- b) La Bonificación Diferencial a que se refieren los Decretos Supremos N°s. 235-85-EF, 067-88-EF y 232-88-EF, se continuarán otorgando tomando como base de cálculo la Remuneración Básica establecida por el Decreto Supremo N° 028-89-PCM.

- c) La Bonificación Personal y el Beneficio Vacacional se continuarán otorgando tomando como base de cálculo la Remuneración Básica establecida por el D.S. N° 028-89-PCM.

Por otro lado, mediante Decreto Ley 25697, se fijó el ingreso total permanente que deberán percibir los servidores de la administración pública a partir del primero de agosto de 1992, siendo el grupo ocupación de profesional, el monto de ciento cincuenta con 00/100 nuevo soles (S/ 150.00), para los Técnicos la suma de ciento cuarenta con 00/100 nuevo soles (S/ 140.00), y para los Auxiliares la suma de ciento treinta con 00/100 nuevos soles. Asimismo, en dicha norma se definió que Ingreso Total Permanente es la suma de todas las remuneraciones, bonificaciones y demás beneficios especiales que se perciban bajo cualquier concepto o denominación y fuente o forma de financiamiento. Así, en su artículo 2° señala que el Ingreso Total Permanente está conformado por: la Remuneración Total señalada por el inciso b) del Artículo 8 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM, más las asignaciones otorgadas por los Decretos Supremo N°s. 211, 237, 261, 276, 289-91-EF, 040, 054-92-EF, DSE N° 021-PCM-92, Decreto Leyes N°s. 25458 y 25671, así como cualquier otra bonificación o asignación especial, excepcional o diferencial percibida por el servidor en forma permanente a través del Fondo de Asistencia y Estímulo u otros fondos, Ingresos Propios o cualquier otra fuente de financiamiento. (Decreto Ley 25697, 1992, artículo 1 y 2)

1.1.5.2. Estructura remunerativa en el Decreto Legislativo N° 728

Según el reconocido laboralista Toyama (2016), la remuneración puede encontrarse integrada por diferentes conceptos remunerativos, los que obedecerán a la prestación efectiva de los servicios del trabajador o a su condición como tal. A su vez, la remuneración cuenta con una determinada estructura, integrada por una remuneración principal (que puede denominarse básico) y remuneraciones complementarias. La percepción de éstas dependerá de lo pactado entre las partes, ya sea en el contrato de trabajo o en el convenio colectivo. Por otro lado, la remuneración complementaria se encuentra recogida en nuestro ordenamiento laboral,

solo para determinar el cálculo de los beneficios sociales que le puede corresponder a un trabajador, pero no se establece una diferenciación entre los conceptos remunerativos complementarios o suplementarios. Cada vez más, los complementos y suplementos remunerativos están adquiriendo mayor importancia, de tal manera que, en determinados países, se observa un desplazamiento cuantitativo de la remuneración básica hacia estos conceptos, a tal extremo que la misma denominación de “básico” está siendo cuestionada (p. 13).

1.1.5.2.1. Conceptos remunerativos reconocidos expresamente

Estos conceptos han sido calificados expresamente como remuneración, de acuerdo con normas específicas que regulan sus requisitos y la oportunidad de su otorgamiento. Entre estos conceptos tenemos:

- Los descansos remunerados: remuneración por descanso semanal obligatorio, remuneración por feriados y remuneración vacacional.
- La asignación familiar
- La remuneración percibida por los primeros 20 días de descanso por incapacidad temporal.
- Remuneración percibida por la hora de lactancia.
- Remuneración percibida por licencias: licencias de paternidad, por enfermedad de un familiar directo, por adopción, licencias sindicales entre otras.
- Remuneración por el tiempo en que estuvo despedido el trabajador y que fue declarado nulo.
- Remuneración durante el cierre temporal de establecimientos: por infracciones tributarias, por infracción de la Ley de Delitos Aduaneros, por infracción de las normas de protección al consumidor.
- Remuneración por paralización de labores dispuesta en una inspección de trabajo.

- Remuneraciones por días no laborados por caso fortuito o fuerza mayor, alegados por el empleador, que posteriormente no han podido ser comprobados por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

1.1.5.2.2. Conceptos comprendidos dentro la noción general de remuneración

Si bien expresamente no se ha reconocido la naturaleza remunerativa de los siguientes conceptos, cumplen con las características señaladas por el artículo 6 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral:

- Gratificaciones por fiestas patrias y navidad
- Bonificaciones o gratificaciones otorgadas regularmente y de libre disposición.
- Incrementos de remuneración: por afiliación al Sistema Privado de Pensiones, los entregados a los asegurados obligatorios del Sistema Nacional de Pensiones, o para el caso de trabajadores afectos al Fonavi
- Remuneración por trabajo en sobretiempo
- Remuneración por trabajo en horario nocturno.
- Compensación por modificar la fecha de inicio de record vacacional.

1.1.5.2.3. Conceptos no remunerativos

Nuestra legislación laboral permite que los empleadores puedan procurar a sus trabajadores montos extras a la remuneración mensual que estos perciben. Tales montos a pesar de que le permiten al trabajador cubrir de cierta manera alguna de sus necesidades y que varios de ellos pueden ser usados por el trabajador a su libre criterio, no son considerados remunerativos.

Ahora bien, para poder comprobar la naturaleza no remunerativa de estos conceptos debemos remitirnos, primero, el artículo 6 del Decreto Supremo N° 003-97-TR para verificar que no se cumple con las tres particularidades

principales: i) contraprestativo, ii) de libre disposición, y iii) que signifique un incremento patrimonial.

En segundo lugar, hay que tomar en cuenta lo establecido en el artículo 7 de la LPCL, al afirmar que no constituyen remuneración para ningún efecto legal los previstos en los artículos 19 y 20 de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios. Dichos artículos ya han sido citados con anterioridad.

En nuestro sistema jurídico se prevé una serie de conceptos que no califican como remuneraciones. Una primera crítica, como destaca Pizarro, es que se haya escogido las remuneraciones computables de un beneficio social para la determinación de los conceptos que no califican como remuneraciones; en realidad, la LPCL debió tener una mención expresa de aquellos conceptos que no son remuneraciones más que remitirse en la Ley de CTS, que destaca simplemente los conceptos que, para este particular beneficio, no tienen carácter remunerativo (Pizarro, 2006, p. 67).

Algunos conceptos, por su naturaleza, no serían remuneraciones, como las condiciones de trabajo. Tampoco las que tiene carácter liberal, como la gratificación extraordinaria. Sin embargo, otras, debiendo ser remuneraciones según la fórmula del artículo 6 de la LPCL, se encuentran excluidas por norma expresa, como serían la asignación periódica por cumpleaños del trabajador o el valor de los bienes producidos por el empleador que se entregan a los trabajadores. No obstante, lo dicho, por su naturaleza jurídica, habría determinados conceptos que no serían remuneraciones y no aparecen dentro de los conceptos descritos en los artículos 19 y 20 de la LCTS y, por ello, lo recomendable hubiera sido que la LCTS incluyera aquellos conceptos que, por su naturaleza o exclusión legal, tampoco son remuneraciones (Toyama, 2016, p. 14).

Aquí precisar que los conceptos no remunerativos contemplados en los artículos 19 y 20 la LCTS tiene vocación de generalidad, es decir, son aplicables a todos los ámbitos del derecho (Laboral, Civil, Administrativo, Tributario, etc.). La aplicación de los conceptos no remunerativos-como los remunerativos, ciertamente- se extiende a temas como la determinación

de la pensión de jubilación, los créditos laborales en caso de prelación de deudas del empleador ante Indecopi, el cálculo de los aportes a Essalud o Seguro Complementario de Riesgo, etc.

Finalmente, los conceptos no remunerativos deberían calificar como remuneración, pero, por norma expresa, tienen una exclusión expresa en el ordenamiento peruano o que, por su propia calificación, no son remuneraciones aun cuando no están tipificados expresamente como tales. De lo primero, ejemplos puede encontrarse en el artículo 19 de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (en adelante, LCTS), cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR; en este sentido, tenemos a la gratificación extraordinaria, utilidades laborales, asignaciones por aniversario, etc (Toyama, 2017, p. 457).

Se puede apreciar, entonces, que el Decreto Legislativo N.º 728 fija las regulaciones de los contratos en el régimen laboral privado, definiendo a los contratos, clasificándolos y determinando tanto las responsabilidades del empleador como del trabajador. Se señala que, sobre la base de la RMV, los contratos establecerán las remuneraciones que el empleador acordará con cada uno de sus trabajadores. Por ello esta ley carece de niveles de remuneración establecidos o de montos máximos a pagar.

1.1.5.3. Estructura Remunerativa en el Decreto Legislativo N° 1057

En cuanto al monto de la retribución que podría abonarse al personal contratado bajo el régimen CAS, en los niveles de gobierno nacional, regional y local, deben tomarse en cuenta las siguientes disposiciones:

- a) La Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, establece que ninguna entidad pública puede suscribir un contrato administrativo de servicios por un monto menor al de la remuneración mínima vital.
- b) El artículo 2º del Decreto de Urgencia N° 038-2006, establece que ningún funcionario o servidor público que presta servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual y régimen laboral, con excepción del Presidente de la República, percibirá ingresos mensuales mayores a

seis (6) Unidades de Ingreso del Sector Público, salvo en los meses en que corresponda las gratificaciones o aguinaldos de julio y diciembre.

Por tanto, de acuerdo a las normas antes citadas, la retribución del personal, bajo el régimen CAS, no puede ser menor a la remuneración mínima vital ni superior a las seis (6) Unidades de Ingreso del Sector Público, siendo que la entidad cuenta con total autonomía para fijar el monto de dicha retribución, pero dentro de los límites señalados y de acuerdo a su disponibilidad presupuestal. Asimismo, cabe precisar que dicha fijación no constituye una vulneración a la prohibición de los incrementos de remuneraciones, prevista en el artículo 6° de la Ley N° 30281, Ley del Presupuesto Público para el Año Fiscal 20154.

1.1.5.4. Estructura remunerativa en la ley del servir

Por su parte, la reciente Ley 30057, del Servicio Civil, bajo la denominación de "compensación económica", lo desarrolla como el conjunto de ingresos y beneficios que la entidad destina al servidor civil para retribuir la prestación de sus servicios a la entidad de acuerdo al puesto que ocupa (artículo 28), a través de una contraprestación en dinero (artículo 29.a), estando compuesta, de acuerdo al artículo 31.1, por un elemento principal (directamente relacionado a la familia de puestos), otro ajustado (según el puesto y funciones) y si corresponde por una valoración priorizada (por situaciones atípicas, como accesibilidad geográfica, por altitud, riesgo de vida, riesgo legal o servicios efectivos en el extranjero).

Así, el artículo 28 de la referida Ley, define a la compensación como el conjunto de ingresos y beneficios que la entidad destina al servidor civil para retribuir la prestación de sus servicios a la entidad de acuerdo al puesto que ocupa. El objetivo de la compensación es captar, mantener y desarrollar un cuerpo de servidores efectivo que contribuya con el cumplimiento de los objetivos institucionales.

Por su parte el artículo 29° de la misma norma acotada señala que la compensación se estructura de la siguiente manera:

- a) La compensación económica del puesto es la contraprestación en dinero, correspondiente a las actividades realizadas en un determinado puesto.
- b) La compensación no económica está constituida por los beneficios otorgados para motivar y elevar la competitividad de los servidores civiles. Estos beneficios no son de libre disposición del servidor.

1.1.6. Derecho a la Verdad y Principio de Primacía de la Realidad

El principio de primacía de la realidad no tiene un reconocimiento legal y mucho menos una definición; han sido la doctrina y la jurisprudencia quienes se han encargado de desarrollarlo y determinar su ubicación en nuestro ordenamiento.

Arévalo (2008) destaca que “el principio de primacía de la realidad ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como implícito a nuestro ordenamiento laboral, desarrollando su contenido en diversos fallos” (p. 133).

Ya es clásica la definición que al respecto nos ofrece Plá (1998), señalando que, el principio de primacía de la realidad significa que en el caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos (p. 313).

Para Romero (2004), el tema de la veracidad (o principio de primacía de la realidad) es un instrumento procesal que debe utilizar el magistrado al momento de resolver un conflicto dentro de un proceso (entiéndase laboral); por ello para aplicar este principio no se tiene como base subjetividades, sino cuestiones objetivas, por ello una vez que los hechos son demostrados, estos no pueden ser neutralizados por documentos o formalidad alguna (p. 341).

Es partir de ello que la jurisprudencia, y en especial la expedida por el Tribunal Constitucional ha sentado sus bases, tomando en cuenta lo expresado por Plá (1998) la primacía de los hechos sobre las formas, las formalidades o las apariencias. Esto significa que en materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne

o expresa, o lo que luzca en documentos formularios, instrumentos de control (p. 325).

En ese sentido, Tribunal Constitucional ha dejado en claro que: “El principio de primacía de la realidad es un principio implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, a mérito del cual, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”. Con ello en buena cuenta se ha determinado la jerarquización y constitucionalización de este principio, no necesitando por lo tanto que sea expresado legalmente para que rija, pues es claro que se desprende de nuestra Norma Fundamental como una manifestación natural de su carácter protector, máxime si nuestra Constitución consagra al trabajo como un derecho fundamental, el cual perdería precisamente este carácter si no se ve protegido por principios como el de primacía de la realidad. (Eto y Mesinas, 2011, p. 223)

El Profesor Neves (2004), respecto a este principio, nos explica que el ordenamiento laboral está compuesto básicamente por normas imperativas que otorgan beneficios a los trabajadores. Por esa razón, existe un constante riesgo de que el empleador intente evadir su cumplimiento, con o sin la concurrencia de la voluntad formal del trabajador, que, en estos casos, es irrelevante. Algunas veces, el incumplimiento de las normas es directo y otras indirecto. Es directo cuando, por ejemplo, se omite pagar un beneficio laboral. Es indirecto, en cambio, cuando hay un ocultamiento de la vulneración. Se califica a una situación o relación jurídica de un modo que no guarda conformidad con su naturaleza, provocando el sometimiento a un régimen jurídico que no es el pertinente. Es precisamente este último supuesto el que aborda el principio de primacía de la realidad (p. 36).

Entonces queda claro que ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto, sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho Civil enuncia que las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determinada.

Ahora bien, dentro de la normativa laboral, específicamente artículo 3° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del

Trabajador, regula el principio de primacía de la realidad, no obstante, ésta norma no es muy antigua, de manera que anteriormente no existía una regulación expresa en el ordenamiento jurídico. Dicha norma señala que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, en caso de surgir discordancia entre los hechos verificados y lo que se advierte de los documentos o actos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados.

1.1.6.1. Simulación del acto jurídico y fraude en la ley

En la doctrina se ha tejido que el principio de primacía de la realidad, tiene semejanzas o algunos acercamientos entre los conceptos de la simulación y el fraude a ley.

Ahora bien, el principio de primacía de la realidad surge en el Derecho del Trabajo un campo más amplio que el abarcado en el Derecho Civil por la institución de la simulación, aunque conduce al mismo resultado que está: la invalidez del acto transgresor. Decimos que su espacio es mayor, por cuanto la aplicación de esta última, conlleva la presencia de ciertos requisitos de compleja configuración en la casuística laboral. Esto por supuesto, no le niega vigencia en el ámbito laboral.

Al respecto, de la lectura del artículo 190 del Código Civil, la simulación supone una divergencia consciente entre la declaración y la voluntad, llevada a cabo mediante acuerdo entre las partes de un negocio, con propósito de engaño a terceros, persiguiendo un fin lícito o ilícito. Puede ser de dos tipos: absoluta o relativa, en la primera, las partes aparentan la constitución de un vínculo entre ellas, allí donde no existe ninguno. Asimismo, de conformidad con el artículo 191 y 192 del mismo cuerpo normativo, en el segundo hay un vínculo disimulado tras la imagen de otro simulado, de naturaleza distinta o en el que se hace constar la participación de sujetos o se consigna datos falsos. (Código Civil, 1984, artículo 190, 191 y 192)

Sin embargo, debemos señalar que la figura de la simulación es una institución diferente, en la que no existe falsedad sino ilicitud, pero que puede aproximarse al fenómeno que venimos trabajando, es el fraude a la

Ley. Este consiste en eludir la regulación de la ley aplicable al hecho (ley defraudada), amparándose en una ley en estricto no aplicable a él (ley de cobertura). No interesa la intención del agente. Si una ley imperativa prohíbe llegar a determinado fin mediante un negocio, entonces tampoco puede alcanzarse aquel a través de otro negocio. Se hace una interpretación extensiva de la Ley defraudada-si ello es admisible- para comprender en esta al acto indebidamente excluido; y en cambio, la ley de cobertura es interpretada en sentido estricto. El efecto es el de regir el acto por la ley defraudada. Puede lograrse el fraude a la Ley utilizando diversas vías, unas de las cuales es la simulación. Habría concurrencia de ambas instituciones si el negocio en fraude fuera oculto (Neves, 2003, p. 34).

1.1.6.2. Jurisprudencia Constitucional sobre el principio de primacía de la realidad

Posterior a la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, el máximo órgano de interpretación constitucional, ha venido reconociendo al principio de primacía de la realidad como un principio no enumerado, o principio implícito de la Constitución, reconociendo en diversos pronunciamientos que citamos a continuación:

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional al resolver con fecha 25 de junio de 2004 el expediente N° 666-2004-AA/TC-ICA seguido por Leyda Mariela Rojas Infante expresa lo siguiente:

La recurrente ha venido laborando para la empleada prestando servicios en forma personal, remunerada y subordinada, conforme lo acredita con los contratos de trabajo de fojas 21 a 38, con los informes y memorándums de fojas 7 a 20 de autos y 39 a 83 del mismo cuadernillo de este Tribunal, y de las papeletas de salidas de fojas 13 a 20 del mismo cuadernillo, por lo que en aplicación del principio de primacía de la realidad, se concluye en que la prestación de servicios de la recurrente era de carácter laboral (Expediente N° 666-2004-AA/TC-Ica, 2004, Fundamento 2).

Con relación al principio de primacía de la realidad que es un elemento implícito de nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por

la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este órgano Colegiado ha precisado que en mérito a este principio “(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos” (Expediente N° 004814-2005-PA/TC-Loreto, 2006, Fundamento 4).

por lo tanto habiéndose determinado que el demandante, al margen de lo consignado en el texto de los contratos de locación de servicios no personales suscritos por las partes, ha realizado labores en forma subordinada y permanente, es de aplicación el principio de primacía de la realidad, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral, y no civil; por lo que el demandado, al haber despedido arbitrariamente al demandante, sin haber expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral, que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo” (Expediente N° 04877-2005-PA/TC-Lima, 2006, Fundamento 6).

De la evaluación conjunta del acta de inspección y de los abundantes medios probatorios reseñados, que obran en el expediente, se comprueba que, si bien durante el tiempo que los recurrentes trabajaron en la empresa demandada celebraron contratos de locación de servicios, en realidad llevaban a cabo sus labores bajo un horario establecido y estaban sujeto a una relación de subordinación y dependencia. Consecuentemente, conforme al principio de primacía de la realidad, los contratos de locación de servicios de los recurrentes se desnaturalización, convirtiéndose en contratos de trabajo de duración indeterminada; estando a ello, este tribunal considera que los recurrentes tenían un vínculo laboral vigente al momento en que supuestamente vencieron sus contratos de locación de servicios. Por tanto, no podían ser despedidos sino por el procedimiento previamente establecido en la Ley, de modo que han sido objeto de despido arbitrario” (Expediente N° 00457-2006-PA/TC-Ucayali, 2006, Fundamento 5).

1.1.6.3. **Ámbito de aplicación del principio de primacía de la realidad**

El principio de primacía de la realidad rige en todos los ámbitos del Derecho, pues tiene por fin alcanzar la verdad y hacer justicia, pero particularmente es muy utilizado y cobra especial interés en el campo del trabajo.

En consecuencia, el principio de realidad es aquel que permite describir el sustrato ontológico (la realidad) que subyace bajo la apariencia de las formas jurídicas para, conforme a esta, aplicar el derecho que corresponda. En otras palabras, no emancipa de la esclavitud irracional de la forma y el mecánico respeto a la norma, obligándose a observar el sustrato sociológico-existencial de la norma (supuesto de hecho), que es finalmente la que la justifica. La aplicación del principio de la realidad al contexto empresarial, implica el descubrimiento de un contrato de trabajo, la auténtica remuneración de un trabajador, la existencia de un despido arbitrario o nulo, el derecho a la asignación familiar, el derecho a determinadas condiciones de trabajo y el develamiento del verdadero empresario, patrono “de verdad”, del señor o dueño del negocio, en síntesis, del DominusNegotti. (Cahuatocto, 2010, p. 42).

Díaz (1996) citando a Hernández Rueda entiende que este principio “lo válido no es lo que se conoce en un escrito o pacto cualquiera, sino lo que se realiza en los hechos”. Asimismo, citando a de la Cueva, señala que su aplicación implica “la primacía de los hechos sobre lo escrito” (p. 166).

Entonces, podemos señalar que bajo el denominado principio de veracidad (principio de primacía de la realidad) se resuelven los conflictos labores más relevantes en nuestra sociedad, entre otros, tales como:

- a) La validación de la existencia o no de una relación laboral
- b) La determinación de la auténtica remuneración percibida por el trabajador
- c) La determinación exacta de quién ha sido el verdadero empleador
- d) La determinación de copatronato o empleadores interpuestos.

1.1.7. Principio de legalidad en la Administración Pública

Uno de los principios rectores del derecho, en especial, en el derecho público, es el principio de legalidad, que se encuentra reconocido en la Constitución Política del Perú, en su artículo 24° inciso 2, literal a que señala que nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, principio que emana de la libertad de la persona. Por su parte el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, en su artículo IV, en su numeral 1.1 señala que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Para Dromi (1996), este principio es la columna vertebral de la actuación administrativa, e implica necesariamente que: a) toda la actuación administrativa deba sustentarse en normas jurídicas, cualquiera que fuera su fuente; b) debe respetarse la jerarquía normativa, a fin de preservar el normal desenvolvimiento del orden jurídico; c) todo acto de la administración debe encontrar su justificación en preceptos legales y hechos, conductas, y circunstancias que lo causen; el d) subordinación del ordenamiento jurídico al orden político fundamental plasmado en la Constitución (p. 65).

Por su parte, García y Ramón (1974) sostiene que “el principio de legalidad se vincula inescindiblemente con el concepto de Estado de Derecho”. Según el mismo autor, el principio de legalidad es, asimismo un mecanismo para atribuir legalmente las potestades públicas. En consecuencia, la actuación de la administración, que tiene su fundamento en la protección del interés general y que por tal fundamento interviene en la esfera jurídica de los particulares, limitando sus derechos para tutelar el interés general; debe basarse en una subordinación al ordenamiento jurídico, a fin de que la limitación necesaria a los derechos de los particulares no deje de ser tal para convertirse en una vulneración a su núcleo esencia (p. 423).

Lo expuesto nos lleva a concluir, que el Principio de Legalidad es el principio de mayor importancia dentro del ámbito del Derecho Administrativo. Ello se deduce asimismo de la voluntad del legislador de la Ley 27444, ya que en este caso éste

ha colocado el principio de legalidad en primer término dentro de la lista de dieciséis Principios del Procedimiento Administrativo. Observando una técnica legislativa coherente con la importancia del principio de legalidad en el procedimiento y en el Derecho Administrativo en general.

1.1.7.1. Principio de legalidad y constitucionalización del empleo público

En principio, debemos señalar que el Derecho Administrativo tiene directa relación con el Derecho Constitucional, pues ambas son ramas del Derecho Público, lo cual es incuestionable en el ámbito del jurídico. Ello es incluso más notorio actualmente con el fenómeno de la constitucionalización del Derecho.

En actualidad, hemos transitado de un estado legal de derecho, a un estado constitucional de derecho. En nuestro país, desde el restablecimiento de la democracia peruana con la Constitución de 1979, luego de la caída del gobierno militar, se ha iniciado un largo proceso de transformación del Estado de Derecho basado en la ley hacia un Estado de Derecho basado en la Constitución. Así, progresivamente la Constitución ha dejado de ser concebida como una norma política, para ser considerada también una norma jurídica, superior a la ley, como lo consagra el artículo 51 de la Constitución. Sin embargo, esta jerarquización de las normas jurídicas no es un cambio meramente cuantitativo de la posición que ocupan la Constitución y la ley en nuestro ordenamiento jurídico, sino también constituye un cambio cualitativo del Derecho. Por cuanto, antes la ley era la medida de validez del Derecho; mientras que ahora la Constitución es el parámetro de validez de la ley. Con lo cual en nuestro medio jurídico académico y jurisprudencial se ha iniciado un lento proceso de constitucionalización del Derecho; el mismo que en principio ha sido amigable con el Derecho Penal, Derecho Tributario, Derecho del Trabajo e incluso el Derecho Civil, más no así con el Derecho Administrativo. A pesar de que el principio de legalidad ha sido la norma estructural en el origen del Derecho Penal o del Derecho Tributario, para su modernización y desarrollo contemporáneo estas áreas del Derecho han requerido de la

Constitución y del Derecho Constitucional, en la medida que les ha permitido una aplicación flexible de la ley, para llevar a cabo sus fines públicos.

En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla. En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infra constitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución.

1.1.8. Regímenes Laborales del Empleo Público

En principio a los servidores públicos les corresponde como régimen ordinario el público, el cual se encuentra regulado en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones del Sector Público (Decreto Legislativo 276). Sin embargo, las normas laborales han establecido, de modo excepcional, el régimen laboral de la actividad privada regulado por el TUO del Decreto Legislativo N° 728-Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. N° 003-97-TR). Asimismo, se dictó una norma que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios (Decreto Legislativo N° 1057), el cual tiene una naturaleza temporal (Valderrama, 2014, p. 16).

En ese sentido, cuando nos referimos al empleo público no debemos asumir que nos estamos refiriendo exclusivamente al régimen de la Carrera Administrativa. En la actualidad el empleo público supone la presencia de una gama de regímenes laborales.

como se desprende del Decreto Supremo N° 007-2010-PCM que señala que en tanto se implemente de modo integral la Nueva Ley del Servicio Civil, el sistema comprende a los regímenes de carrera y formas de contratación de servicios de personal utilizados por las entidades públicas, sin que ello implique

reconocimiento de derecho alguno. (...) los regímenes especiales de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional del Perú, y del servicio diplomático de la república, se rigen por sus normas y bajo la competencia de sus propias autoridades, en todo lo que no sea regulado les sea atribuido por la autoridad con carácter específico. La carrera judicial y la correspondiente al Ministerio Público se rigen por sus propias normas (Texto Único Ordenado de la Normatividad del Servicio Civil, 2010, Artículo 3).

1.1.8.1. Régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276

El régimen laboral público se regula de manera principal por el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones del Sector Público y por su Reglamento el Decreto Supremo N° 005-PCM-90. Dichos dispositivos regulan la Carrera Administrativa que consiste en el conjunto de principio, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública.

En este grupo hay básicamente dos categorías:

a) El personal designado en cargos de confianza:

De acuerdo con el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 276, no están comprendidos en la carrera administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñen cargos políticos o de confianza, pero si en las disposiciones de la presente ley en lo que les sea aplicable.

En sí, las autoridades, funcionarios públicos y empleados de confianza no tienen en la práctica requisitos, son producto de las elecciones y decisiones políticas.

b) Servicio público de carrera administrativa:

Se considera así al ciudadano en ejercicio que presta servicios en las entidades del estado dentro de la jornada legal, con nombramiento de autoridad competente y cumpliendo las formalidades de ley.

Presta servicios de naturaleza permanente, entendiendo estos como el desempeño de funciones regulares y continuas requeridas por la administración pública para el cumplimiento de sus funciones. El servidor público de carrera está al servicio de la Nación.

De acuerdo con el Decreto Legislativo N° 276, el personal nombrado en la carrera administrativa conforma los grupos auxiliares, técnicos y profesionales.

c) Servidor público contratado para servicios temporales:

El reglamento del Decreto Legislativo N° 276 dispone en su artículo 38 que las entidades de la administración pública solo podrán contratar personal para realizar funciones de carácter temporal o accidental. Dicha contratación se efectuará para el desempeño de: Trabajo para obra o actividad determinada. Labores en proyectos de inversión y proyectos especiales cualquiera sea su duración, o labores de reemplazo de personal permanente impedido de prestar servicios, siempre y cuando sea de duración determinada. Esta forma de contratación no requiere necesariamente de concurso y la relación contractual concluye al término del mismo. Corresponde mencionar que los servicios prestados en esta condición no generan derecho de ninguna clase para efectos de la carrera administrativa. Finalmente, por ser estos contratos de naturaleza excepcional, no podrán exceder-incluyendo las posteriores renovaciones-del plazo de tres años consecutivos.

1.1.8.2. Decreto Legislativo N° 728

Hay otro grupo en el sector público que se rige por las normas del régimen privado, específicamente por el Decreto Legislativo N° 728 y las normas que complementan dicho dispositivo.

De acuerdo con estas normas, el contrato de trabajo puede ser:

a) De duración indeterminada:

El tiempo de trabajo por tiempo indeterminado puede celebrarse de forma verbal o escrita. Hay la presunción de que en toda prestación personal de

servicios remunerados y con relación de dependencia, existe un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

- b) Sujeto a modalidad:
- c) Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden ser: de naturaleza temporal, accidental y de obra o servicio específico.

En el sector público hay entidades que tiene este régimen de manera general o parcial, como es el caso de la Municipalidades, Essalud, etc.

1.1.8.3. Decreto Legislativo N° 1057

La norma en mención regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, la cual resulta aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo N° 276, y otras normas que regulan carreras administrativas especiales, asimismo, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del estado.

Dichos contratos se configuran como una modalidad especial de contratación laboral privativa del estado, no encontrándose sujeto ni a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, ni al régimen laboral de la actividad privada, ni a otras normas que regulan las carreras administrativas especiales. Conviene indicar que este régimen tiene un carácter transitorio, tal como lo dispuso la Ley N° 29849, normas que modifica el Decreto Legislativo N° 1057.

El acceso al régimen de contratación administrativa de servicios se realiza de manera obligatoria a través de un concurso público. Asimismo, los funcionarios y servidores públicos que efectúen contratación de personas que presten servicios no autónomos fuera de las reglas del presente régimen, incurren en falta administrativa y, en consecuencia, son responsables civiles por los daños y perjuicios que le originen al estado. Estos contratos se celebran a plazo determinado y son renovables.

1.1.8.4. Otros regímenes propios de la carrera

Otro grupo de trabajadores que tiene normas específicas en algunos sectores ocupacionales como son los diplomáticos, el magisterio y los docentes universitarios, los jueces, médicos y trabajadores de la salud. Sus categorías de designación, nombramiento y contratación son análogas a los del Decreto Legislativo N° 276.

Al respecto, la Ley N° 28175, la Ley Marco del Empleo Público, establece en su artículo III que los trabajadores sujetos a regímenes especiales se regulan por dicha ley, y en el caso de las particularidades en la prestación de sus servicios, por sus leyes específicas.

1.2. Antecedentes

Sobre el principio de primacía de la realidad aplicado en el ámbito de la desnaturalización de contratos, existen diversos estudios; sin embargo, no se ha podido encontrar un estudio como la presente investigación, empero, a fin de no dejar un vacío sobre éste punto, vamos a citar una tesis doctoral que destacó la aplicación del referido principio en todos los ámbitos del derecho laboral.

Izaga (2018), en su tesis doctoral intitolado, “Las conductas fraudulentas del empleador y el efecto expansivo del principio de primacía de la realidad”, concluyó que:

Los resultados del estudio, señalan que pese a la efectividad del principio de primacía de la realidad por su efecto expansivo en el derecho laboral abarcando todo tipo de supuestos de hecho incluso los más ingeniosos, su aplicación no ha frenado las conductas fraudulentas de los empleadores, quienes no han retrocedido pues continúan con las mismas conductas, e incluso ensayan nuevas, lo que requiere la implementación de mecanismos de prevención que desalienten este tipo de conductas. (p. 131)

Asimismo, en dicho trabajo de investigación se concluyó que:

El límite natural en la aplicación del principio de primacía de la realidad es otro principio, el de razonabilidad, por tanto no se requiere de una regulación expresa del principio de primacía de la realidad en la legislación peruana, pues limitaría su aplicación, dado que los cambios sociales, la dinámica laboral, y la flexibilización laboral, entre otros factores permiten un número ilimitado de supuestos de fraude a la



ley laboral, y el empleador siempre encontraría en esa regulación expresa, supuestos cerrados que le permitan conseguir el objetivo de no cumplir con sus obligaciones laborales, siendo la vocación del principio de primacía de la realidad en nuestro país el de continuar siendo un elemento implícito de nuestro ordenamiento jurídico, orientador e inspirador de normas laborales, por la naturaleza tuitiva del derecho laboral. (p. 130)

CAPÍTULO II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1. Identificación del problema

El estado es uno de los empleadores más grandes del país, y para cumplir adecuadamente sus funciones tiene la necesidad de contar con gente capacitada para el puesto; sin embargo, el problema de fondo siempre es y ha sido económico. El Estado quiere gastar menos en sus trabajadores, acompañado de que en nuestro país existe una complejidad en la gestión del sistema de pago, ello como consecuencia del desorden existente en materia remunerativa y la diversidad de reglas vigentes, lo cual genera en la práctica criterios de pago diferentes a los servidores públicos. Por un lado, dificulta la gestión de las planillas al operador en una entidad, que no tiene la certeza de cuánto debe recibir exactamente cada servidor. Por otro lado, no permite que los propios servidores públicos conozcan cuál es el monto total que deberían recibir. Así también, dificulta la claridad respecto de qué conceptos son base de cálculo para el pago de beneficios y pensiones, por ende, pensionables o denominarse remuneración propiamente dicha. Éste último aspecto, es de vital importancia, pues de la totalidad de ingresos que percibe el trabajador, algunos tienen naturaleza remunerativa y otras que no tienen este carácter; la cual incide en la base de cálculo de muchos beneficios del trabajador. El estado es quien impone esta calificación de remuneratorio y no remuneratorio, aprovechándose del principio de legalidad, otorgando beneficios económicos a los trabajadores a través de diversidad de normas en las cuales se excluye expresamente el carácter remunerativo de un concepto económico, a pesar de que en la práctica se cumple con todos los requisitos para ser considerado como remuneración. Bajo este contexto, existe cierta discusión sobre si debe primar la calificación normativa o conceptual sobre el carácter remunerativo de un concepto económico; pues si nos

referimos al segundo aspecto, necesariamente tendremos que referirnos a uno de los principios más usados en el derecho laboral como es el principio de primacía de la realidad; si bien es cierto que este principio se ha utilizado para determinar la relación laboral existente entre empleador y trabajador cuando existe divergencia entre lo que consta en los documentos y como se presenta la realidad; sin embargo, cierta doctrina señala que también será de utilidad, para casos como aquellos en los que se da un pago como beneficio no remunerativo o no pensionable, cuando en realidad es un concepto remunerativo y pensionable. La discusión sobre la naturaleza remunerativa tiene efectos en los ingresos del personal que percibe este bono, pues la característica de ser remunerable le da la posibilidad de que sea base de cálculo para alguno de los beneficios sociales; sin embargo, el estado, tratando de eludir algunas obligaciones laborales y con el fin de preservar el equilibrio presupuestal ha venido otorgando algunos ingresos a favor de los trabajadores del poder judicial con la característica de considerar que estos no tienen carácter remunerativo; no obstante, en la realidad de los hechos estos ingresos cumplen con cada una de las características de lo que se considera como remuneración, con ello la preterición de los ingresos y beneficios de los trabajadores.

En la práctica, se han emitido diversas denominaciones sobre los montos dinerarios que percibe el trabajador por brindar sus fuerza laboral, como “remuneraciones” y de “otros pagos que no tengan carácter remunerativo”, habiéndose incluso establecido la obligación de identificarlos en planillas, sin embargo, no puede dejar de señalarse que en la administración pública la práctica de diferenciar conceptos remuneratorios respecto de los que se señala no tienen dicho carácter, ha pretendido eludir las obligaciones “espejo” que se generaron a partir de determinadas normas, que establecieron pagos u homologaciones en función de determinadas categorías o puestos de servicios.

2.2. Definición del problema

2.2.1. Pregunta general

¿Cómo es posible la aplicación del principio de primacía de la realidad para determinar la naturaleza remunerativa de un concepto económico percibido dentro de la relación laboral de la administración pública?

2.2.2. Preguntas específica

- ✓ ¿Cuáles son los criterios para determinar la naturaleza remunerativa de los conceptos económicos percibidos dentro de la relación laboral de la administración pública?
- ✓ ¿De qué manera prima la calificación conceptual o naturaleza jurídica sobre la calificación normativa o legal del carácter remunerativo de un concepto económico percibido dentro de la relación laboral de la administración pública?
- ✓ ¿Cuál es el marco jurídico legal para aplicar el principio de primacía de la realidad en la determinación de la naturaleza remunerativa de un concepto económico percibido dentro de la relación laboral de la administración pública?

2.3. Intención de la investigación

Que una de las razones por las cuales se escogió el tema es que en la actualidad existen muchos conceptos económicos que percibe el trabajador, las mismas que según el principio de legalidad son calificados como no remunerativos, lo cual tiene consecuencias, por ejemplo, al momento del cálculo del CTS, de la pensión, y otros beneficios sociales; pues el estado en muchas ocasiones para evadir sus responsabilidades vulnera algunos principios constitucionales; sin embargo, en la realidad éstos conceptos económicos si cumple con cada una de las características establecidas para el concepto de remuneración que se ha dado tanto a nivel doctrinario y jurisprudencial. Es por ello, que luego de la investigación realizada se demostrará que se afectan derechos constitucionales de los trabajadores que perciben distintos conceptos económicos. La importancia que tendrá esta investigación es que permitirá conocer las deficiencias que tiene la regulación sobre el concepto de remuneración. La presente investigación se realizará debido a la importancia y la naturaleza del estudio, por lo que una vez concluido y aprobado constituya un referente para tutelar los derechos de los trabajadores.

2.4. Justificación

El presente trabajo de investigación tiene su razón de ser en que, actualmente, dentro de la relación laboral de la administración pública, esto es, la Carrera Administrativa, el régimen del Decreto Legislativo 728 y el régimen de los Contratos Administrativos de Servicios (CAS), existen distintos criterios de pago y criterios de determinación de la naturaleza remunerativa de un concepto económico, lo que ha ocasionado que un trabajador de la administración pública perciba una infinidad de conceptos económicos, los cuales, en su mayoría no tienen carácter remunerativo; por ende, no son pasibles de ser considerados como base de cálculo por ejemplo, para el pago de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), o en su caso, para calcular la pensión de un jubilado, pues el Estado, en muchas ocasiones, para evadir sus responsabilidades, o crear ficticiamente un aumento de remuneraciones recurre al principio de legalidad para establecer que dichos conceptos económicos no tienen carácter remunerativo, a pesar de que en la realidad si lo tienen. Entonces ante ésta situación, el presente trabajo resulta ser trascendental tanto en el ámbito teórico como en el ámbito social. En el primer caso, consideramos que con el presente trabajo se teje una nueva teoría fundamentada, toda vez que, ante la situación descrita, proponemos la aplicación del principio de primacía de la realidad, a fin de que cualquier concepto económico que cumpla con las características de la remuneración, sea considerado como tal, la misma que actualmente no ha sido desarrollado en la teoría ni en la doctrina, pues apenas existen comentarios incipientes esbozando dicha posibilidad. En el segundo caso, la importancia de la presente investigación tiene implicancias a nivel social, toda vez que, al proponer una nueva teoría y/o argumentos para la aplicación del principio de primacía de la realidad para determinar la naturaleza remunerativa de un concepto económico, ello servirá para que cualquier trabajador de la administración pública que se considere perjudicado, pueda sustentar su pedido, ya sea en el ámbito administrativo o judicial, para que se le reconozca que el ingreso que percibe, constituye remuneración, lo que permitirá que inclusive pueda solicitar los devengados de distintos beneficios como las gratificaciones, compensación por tiempo de servicios y otros beneficios o ingresos que tenga como base de cálculo la remuneración. Finalmente, en el ámbito investigativo, el presente trabajo de investigación, constituirá un referente académico para los futuros investigadores que realicen estudios sobre cualquier concepto económico percibido por trabajador de la administración pública.

2.5. Objetivos

2.5.1. Objetivo general

Determinar si es posible aplicar el principio de primacía de la realidad para determinar la naturaleza remunerativa de un concepto económico percibido dentro de la relación laboral de la administración pública.

2.5.2. Objetivos específicos

- ✓ Identificar los criterios para determinar la naturaleza remunerativa de los conceptos económicos percibidos dentro de la relación laboral de la administración pública.
- ✓ Determinar los argumentos para establecer que la calificación conceptual o naturaleza jurídica prima sobre la calificación normativa del carácter remunerativo de un concepto económico percibido dentro de la relación laboral de la administración pública.
- ✓ Establecer el marco jurídico legal que permita la aplicación del principio de primacía de la realidad en la determinación de la naturaleza remunerativa de un concepto económico percibido dentro de la relación laboral de la administración pública.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Acceso al campo

Para concretar la presente investigación, se ha requerido de un material bibliográfico inmenso y sumamente especializado, dado que es un tema que no ha sido trabajado anteriormente, por ello a lo largo de la investigación se ha tenido dificultades en el acceso de la bibliografía requerida; sin embargo, han sido superadas con el esfuerzo e inversión económica realizada al respecto.

Un aspecto que resaltar es el tiempo que ha durado la ejecución de la presente investigación, la misma que ha sido un poco excesiva por las dificultades surgidas durante su ejecución, uno de ellos es la disponibilidad de tiempo del investigador, lo cual ha hecho que la ejecución se torne en un tiempo prolongado; no obstante, con el esfuerzo y tiempo invertido se ha logrado cumplir con los objetivos planteados. Por otro lado, el rol del investigador ha sido protagónico, pues a través de la recopilación del material relevante, análisis y discusión de la información obtenida se ha podido construir un trabajo sólido y novedoso.

3.2. Selección de informantes y situaciones observadas

Dado el carácter cualitativo de la investigación, y además de ser una investigación especializada en el campo jurídico, obedece a una investigación jurídica-dogmática, conforme ha sido desarrollado inclusive por uno de los jurados de la presente investigación. (Pineda, 2008, p. 54).

La selección de informantes o situación observada, se realizó de acuerdo al procedimiento de muestreo teórico orientada a los resultados esperados por el

investigador, vale decir, a un sistema de muestreo intencionado, que implica una elección de ciertos datos a analizar, dejando otros fuera, en atención a los fines que se proponen para la investigación (Hernández, 2010), conforme al siguiente detalle:

En primer lugar, se seleccionó el material bibliográfico pertinente para el estudio de los temas como: remuneración, naturaleza remunerativa y no remunerativa, y principio de primacía de la realidad, para la cual se ha recurrido a textos, normas y jurisprudencia nacional.

En segundo lugar, se identificó situaciones concretas sobre los criterios para determinar la naturaleza remunerativa en la administración pública, la misma que se encuentra trasunta del informe del Informe Legal N° 524-2012-SERVIR, emitido por la Autoridad Nacional de Servicio Civil – SERVIR. Asimismo, de dicho informe se identificó las situaciones concretas, en cuanto la cantidad de conceptos económicos percibidos por los trabajadores de la administración pública.

Finalmente, se identificó un caso particular desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional, la misma que ha sido materia de análisis para extraer conclusiones generales.

3.3. Estrategias de recogida y registro de datos

De acuerdo al propósito de la investigación, naturaleza de los problemas y objetivos formulados en el trabajo, la estrategia de recojo de información y registro de datos ha sido a través de la observación documental, y los instrumentos que hemos utilizado para el registro de los datos observados fueron las fichas bibliográficas, de resumen y de contenido. La información recogida ha sido básicamente la jurisprudencia, la doctrina y las normas referentes a la remuneración, naturaleza remunerativa y no remunerativa, y principio de primacía de la realidad.

3.4. Análisis de informantes y situaciones observadas

Para el análisis de datos y categorías que ha sido abordado en la presente investigación, hemos utilizado el método analítico, deductivo e inductivo, explicativo y métodos de interpretación jurídica y constitucional. En cuanto al primer método, se tiene que se ha descompuesto las categorías como la remuneración y el principio de primacía de la realidad, para comprender los alcances de cada una de ellas. Con referente al segundo



método se han estudiado casos particulares para llegar a proposiciones generales, pues de una cantidad considerable de conceptos económicos que percibe el trabajador de la administración pública, se ha analizado casos concretos, para luego concluir generalizar su aplicación para los demás conceptos económicos. En cuanto al método explicativo, se profundizó el tema en cuanto a la posibilidad de la aplicación del principio de primacía de la realidad para determinar la naturaleza remunerativa de un concepto económico. Finalmente, para extraer conclusiones que sustenten nuestra investigación se ha utilizado los métodos de interpretación jurídica y constitucional, las mismas que permitieron explicar en sentido de las normas analizadas.

Las categorías que se presentaron en la investigación y que fueron materia de análisis profundo son:

- La remuneración.
- La naturaleza remunerativa.
- Principio de primacía de la realidad.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Criterios para determinar la naturaleza remunerativa de los conceptos económicos percibidos dentro de la relación laboral de la administración pública (objetivo específico 1)

Dentro de los criterios que se tienen dentro de la administración pública, depende del régimen laboral al cual pertenezca el trabajador, así para el régimen laboral del Decreto Legislativo 276 y el régimen del Decreto Legislativo 1057 y otros regímenes de carácter especial, se aplica los lineamientos dados por la máxima autoridad del Servicio Civil – SERVIR, quien a través del Informe Legal N° 524-2012-SERVIR/GPGSC, de fecha 21 de diciembre de 2012, ha establecido los lineamientos para determinar la naturaleza remunerativa de un concepto económico; mientras que para los trabajadores que se encuentran en el régimen laboral del Decreto Legislativo 728, se establecen en su propia normativa, como veremos a continuación:

4.1.1. Régimen del Decreto Legislativo 276, Decreto Legislativo 1057 y otros regímenes especiales de la administración pública

Para la administración pública, los criterios para determinar la naturaleza remunerativa de los conceptos económicos que percibe el trabajador, se rigen por lo dispuesto en el Informe Legal N° 524-2012-SERVIR/GPGSC, de fecha 21 de diciembre de 2012, mediante el cual se estableció que existen dos criterios para determinar la naturaleza remunerativa de un concepto económico, como son:

- a) Naturaleza jurídica o conceptual de la remuneración.
- b) Principio de legalidad.

En el referido informe, se ha precisado que el concepto de pago puede tener naturaleza remunerativa o no remunerativa. Un concepto tiene naturaleza remunerativa cuando es percibido de manera permanente por el servidor por la labor realizada y cuando le representa un beneficio o ventaja patrimonial. Estos se llaman conceptos remunerativos. Sin embargo, la legislación y la doctrina establecen la existencia de retribuciones a un trabajador, tanto público como privado, que señalan expresamente su carácter no remunerativo. En estos casos, se entiende que, en aplicación del principio de legalidad, la calificación normativa primará sobre la naturaleza jurídica o conceptual de aquellos.

Para los trabajadores del Decreto Legislativo N° 276, los criterios a considerar para establecer si un concepto es base de cálculo para beneficios son los siguientes:

a. Análisis de la condición de remunerativo: El concepto de pago será remunerativo si cumple con 2 acepciones:

(i) tiene naturaleza remunerativa. Es decir, es otorgado como contraprestación de una labor realizada, se percibe de manera permanente en el tiempo, y representa un beneficio para el trabajador; y,

(ii) No ha sido excluido como remunerativo por una norma.

Asimismo, existen conceptos que explícitamente señalan su condición de remunerativos en la norma de creación.

b. Tipificación en la estructura de pago de la 276: Referido a la posición del concepto de pago al interior de la estructura de pago de la 276, a partir de las características del concepto y la normativa 276.

c. Clasificación de concepto como base de cálculo de beneficios: Un concepto será considerado como base de cálculo si:

(i) Forma parte de la estructura de pago del régimen 276 y en la misma, está ubicado dentro de la remuneración total, y,

(ii) No ha sido excluido como base de cálculo de beneficios por una norma.

En consecuencia, para que un concepto de pago sea base de cálculo de beneficios en el régimen 276 debe cumplir con lo siguiente: (i) ser remunerativo; y, (ii) ser parte de la remuneración total.

De lo anterior, se desprende que de los criterios de determinación de la naturaleza remunerativa de un concepto económico percibido dentro de la relación laboral de la administración pública, específicamente dentro del régimen laboral público regulado por el Decreto Legislativo, según el informe legal referido, prima el criterio de legalidad, vale decir, a pesar de que un concepto económico cumpla las características de ser remunerativo, pero si en la norma que la crea, se establece lo contrario, se deberá preferir lo que dice la norma. Cabe resaltar que el informe legal antes citado, no niega que exista un criterio conceptual o de la naturaleza remunerativa, sino que, para la administración pública es más importante el principio de legalidad.

4.1.2. Régimen del Decreto Legislativo 728

Como se tiene establecido, ciertos ámbitos de la administración pública se rigen por el régimen laboral del Decreto Legislativo 728, como por ejemplo, el Poder Judicial, Ministerio Público, Contraloría de la República, Superintendencia de Administración Aduanera y Tributaria – SUNAT y otros. En este régimen laboral, al igual que el Decreto Legislativo 276 existen algunos problemas, al momento de determinar cuándo un concepto económico debe ser considerado como remuneración, por ende, ser base de cálculo para algunos beneficios. Sin embargo, el problema no es tan grave como en el Decreto Legislativo 276, dado que en este ámbito, existen normas y pronunciamientos de órganos jurisdiccionales que han venido aclarando dichos problemas; no obstante, no es para todos los conceptos económicos percibidos, sino solo para aquellos que en alguna medida han sido judicializados, es por ello, que al igual que el criterio utilizado para el Decreto Legislativo 276, en este régimen, muchas veces, prima el principio de legalidad sobre lo establecido por la Ley y no la definición conceptual de la remuneración. Un ejemplo claro, es la bonificación por bono por función jurisdiccional que perciben los magistrados y personal jurisdiccional y administrativo del Poder Judicial, la misma que, según la norma de creación y sus respectivos reglamentos, refieren que el bono por función jurisdiccional, no tiene carácter remunerativo ni

pensionario. Sin embargo, ya en varios pronunciamientos, de manera uniforme, el Poder Judicial ha señalado que el referido bono tiene carácter remunerativo, lo cual debería ya considerarse así desde las oficinas de Recursos Humanos; empero, ello no es así, dado que en actualidad se viene denegando las peticiones de los administrados.

Ahora bien, el criterio utilizado, para determinar cuándo nos encontramos ante un concepto remunerativo, en caso de los trabajadores sujetos bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 728, se sujeta a lo establecido en el artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR y el Artículo 6 del Texto Único del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

En virtud de dichas normas, constituyen características que tipifican “per se” el carácter remunerativo de lo percibido por el trabajador en dinero o en especie:

- i) Lo percibido sea como contraprestación de la labor del trabajador, cualquiera sea la denominación que se le dé:
- ii) Sea percibida en forma regular; y
- iii) Sea de su libre disposición, esto es, que el trabajador dentro de su ámbito de libertad pueda decidir el destino que le otorga.

Asimismo, los conceptos no remunerativos están excluidos en los artículos 19° y 20° de la Ley de Compensación por Tiempo de servicios, Decreto Legislativo 670, las mismas que tienen vocación de generalidad, es decir, son aplicables a todos los ámbitos del Derecho (laboral, civil, administrativo, tributario, etc.). La aplicación de los conceptos no remunerativos –como los remunerativos, ciertamente– se extiende a temas como la determinación de la pensión de jubilación, los créditos laborales en caso de prelación de deudas del empleador ante Indecopi, el cálculo de los aportes a EsSalud o Seguro Complementario de Riesgo, etc. (Toyama, 2017, p. 15).

Sin embargo, a pesar de que las normas citadas establecen criterios para determinar la naturaleza remunerativa de un concepto económico percibido por el

trabajador; éstas no se cumplen, pues para la administración pública, siempre prima el principio de legalidad, vale decir, basta que una norma indique que un concepto económico no tiene carácter remunerativo, es suficiente para la administración considerarlo como tal.

4.1.3. Criterio de primacía del principio de legalidad

Luego de haber identificado, desarrollado y analizado los dos criterios de determinación de la naturaleza remunerativa que impera dentro de la administración pública, seguidamente mostraremos un listado de todos los conceptos económicos percibidos por los trabajadores de la administración pública, y su forma de calificación que ha sido otorgado por la norma de creación de cada concepto económico, en donde ha primado el principio de legalidad.

Tabla 1

Naturaleza no remunerativa de los conceptos económicos percibidos en la Administración Pública.

| Concepto económico | Beneficiario | Criterios del principio de legalidad | | Naturaleza remunerativa |
|---|--|---|----------------------------|-------------------------|
| | | Forma parte de la estructura remunerativa | Remunerativo o según norma | |
| Aguinaldos, Ley Del Presupuesto Vigente | Todos | No | No | No |
| Escolaridad, Ley del Presupuesto Vigente | Todos | No | No | No |
| Asignación especial, D.S. 135-2003-EF | Solo educación | No | No | No |
| Asignación excepcional adicional mensual, D.S. 016-2004-EF | Auxiliares administrativo y jurisdiccionales del Poder judicial y Ministerio Público | No | No | No |
| Asignación excepcional mensual permanente, D.L. 25697 Artículos 2° y 5° | Todos | No | No | No |
| Bonificación diferencial-zona, D.S. 051-91-PCM, Artículo 9.b | Todos | Si | No | Si |
| Bonificación familiar, D.S. 051-91-PCM, Artículo 11 | Todos | Si | No | Si |
| Bonificación-movilidad, D.S. 051-91-PCM, Artículo 8.a | Todos | Si | No | Si |
| Bonificación-movilidad, D.S. 264-90-EF, Artículo 1° y 2° | Todos | Si | No | Si |
| Bonificación personal, 051-91-PCM, Artículo 9.c | Todos | Si | No | Si |
| Bonificación Zona de emergencia, D.S. 267-89-EF, Artículo 4 | Todos | Si | No | Si |
| Bonificación especial, D.S.E. 227-93-PCM, Artículo 2 | Universidades | Si | Si | No |
| CAFAE, D.U. 088-01-RDR, Artículo 2 inciso e | Todos | No | Si | No |
| Bonificación-Costo de vida, D.S. 264-90-EF, Artículo 1° y 8° | Todos | Si | No | Si |

| | | | | |
|--|--|----|---------------|----|
| Bonificación por concepto de comedor y transporte, Decreto Legislativo 632, artículo 6 | Solo salud | No | No | No |
| Asignación excepcional, D. L. 25671, artículo 4 | Varios sectores | No | No | No |
| Asignación especial por condiciones de trabajo penitenciario, D.S. 003-2005-JUS, artículo 1 y 2. | Inpe | No | No | No |
| Bonificación diferencial, D.S. 005-90-PCM, artículo 124 | Todos | Si | No | Si |
| Asignación excepcional | Personal en actividad médico, auxiliar jurisdiccional y administrativo del Poder Judicial y Ministerio Público | No | No | No |
| Bonificación especial, D.S. 019-94-PCM, artículo 1 | Sector Salud y Educación | Si | No especifica | No |
| Asignación especial mensual, D.S. 044-2003, artículo 1 | Universidades | Si | No | No |
| Asignación especial, D.S. 045-2003-EF | Poder Judicial | No | No | No |
| Bonificación diferencial, D.L. 276, artículo 53 | Todos | Si | Si | Si |
| Incremento asignación especial, D.S. 068-2005-EF | Sector educación | Si | No | No |
| Bonificación, D.U. 080-94, artículo 4 | Varios sectores | Si | No especifica | No |
| Bonificación especial, D.S. 081-93-EF, artículo 4 | Varios sectores | Si | No | No |
| D. S. 098-93-EF | Varios sectores | No | No | No |
| Incremento de asignación especial. D.S. 107-2005-EF, Artículo 2° | Varios sectores | No | No | No |
| Asignación extraordinaria, D.S. 172-2002-EF, artículo 1° | Varios sectores | No | No | No |
| Bonificación excepcional, D.S. 194-92-EF, artículo 3° | Universidades | No | No | No |
| D.S. 211-91-EF, artículo 4° | Todos | No | No | No |
| Bonificación diferencial, D.S. 235-87-EF, artículo 1° | Todos | No | No especifica | No |
| Bonificación excepcional, D.S. 261-91-EF, artículo 1° | Sector educación | No | No | No |
| D.S. 276-91-EF, artículo 2° | Todos | No | No especifica | No |
| Asignación excepcional, D.S. 021-92-PCM, artículo 1° | Sector educación | No | No | No |
| Bonificación especial, D.U. 011-99, artículo 1° y 4° | Todos | No | No | No |
| Asignación efectiva por labor efectiva | Sector educación | No | No | No |
| Asignación especial, D.U. 017-2006, artículo 2° | Poder Judicial y Ministerio Público | No | No | No |
| Bonificación especial, D.U. 019-97, artículo 3° literal c) | Poder Judicial y Ministerio Público | No | No | No |
| Bonificación especial, D.U. 073-97, artículo 1° y 4° | Varios sectores | No | No | No |
| Bonificación especial, D.U. 090-96, artículo 1° y 6° literal a) y d) | Varios sectores | No | No especifica | No |
| Asignación especial, D.U. 02-2006, artículo 10.2 | Varios sectores | No | No especifica | No |
| Incremento de remuneración por afiliación al SNP, Ley N° 29142, artículo 6.2 | Varios sectores | Si | Si | Si |
| Asignación especial, Ley 29142, artículo 6.2 | Varios sectores | No | No | No |
| Asignación especial, Ley 29289, Disposición Final 37° | Varios sectores | No | No | No |
| Asignación especial, Ley 29289, Disposición Final 40° | Varios sectores | No | No | No |
| Asignación especial, Ley 29289, Disposición Final 44° | Varios sectores | No | No | No |
| Bonificación especial, D.U. 037-94, artículo 1 y 5) literal a) y b) | Todos | No | No especifica | No |

| | | | | |
|---|-------------------|----|---------------|----|
| Bonificación diferencial por riesgo, D.S. 057-86-PCM, artículo 10° | Todos | Si | Si | Si |
| Transición para la homologación, D.S. 057-86-PCM, artículo 7° | Todos | Si | Si | Si |
| Bonificación excepcional, D.S. 154-91-EF, artículo 2° y 4° | Sector educación | No | No | No |
| Incremento de remuneraciones (costo de vida 9, D.S. 154-91-EF, artículo 3° | Sector educación | Si | Si | Si |
| Indemnización Excepcional para las víctimas de accidentes, acto de terrorismo o narcotráfico, D.S. 051-88-PCM, artículo 1° y 4° | Todos | No | No especifica | No |
| Homologación de remuneraciones y beneficios, ley 25303, artículo 230 | Varios sectores | Si | No especifica | Si |
| D.S. 051-91-PCM artículo 12° y D.S. 069-90-EF | Todos | Si | No | Si |
| Fijan remuneración básica, D.U. 105-01, artículo 1° | Todos | Si | No | Si |
| Remuneración básica, D.S. 028-89-PCM, artículo 5° | Todos | Si | Si | Si |
| Remuneración principal, D.S. 057-86-PCM, artículo 4° | Todos | Si | Si | Si |
| Remuneración reunificada, D.S. 057-86-PCM, artículo 6° | Todos | Si | S | Si |
| Productividad diferencial, R.M. 717-2004-MINSA, artículo 4° | Sector salud | No | No | No |
| Asignación extraordinaria, D.S. 003-2005-JUS, artículo 3° | Personal del INPE | No | No | No |
| Incremento asignación especial, D.U. 012-2006 | Educación | No | No | No |

Del cuadro anterior, se desprende que los conceptos económicos percibidos dentro de las relaciones laborales de la administración pública, en su mayoría, no tienen carácter remunerativo, pues a pesar que uno de los parámetros establecidos por la misma administración pública para determinar la naturaleza remunerativa de un concepto económico, es la naturaleza conceptual o jurídica de la remuneración; sin embargo, al final siempre impera el principio de legalidad, de manera que por más que los conceptos económicos, en la realidad constituyan parte de la remuneración; la administración pública, a través de diversas normas de carácter infra legal, generalmente Decretos Supremos, o en otros casos a través de Leyes expedidos por el Legislativo, excluyen el carácter remunerativo de un concepto económico, con el único propósito de evitar que forma parte de la remuneración, en consecuencia, no hacer parecer como si fuera un aumento de remuneraciones, que cada año prohíbe el Gobierno en las Leyes del Presupuesto Público Anuales.

4.1.4. Criterio conceptual o naturaleza remunerativa

Desde el punto de vista del criterio conceptual o naturaleza jurídica de la remuneración, podemos apreciar otra realidad, dado que, los conceptos económicos mencionados en el cuadro anterior, cumplen con cada una de las

características que componen la remuneración, esto es, que el concepto económico percibido por el trabajador de la administración pública sea a consecuencia de la contraprestación de sus servicios, que sea de carácter permanente y regular en el tiempo, y que sea de libre disposición del trabajador. En ese sentido, a continuación se analiza si dichos conceptos económicos cumplen dicha características, independientemente, de la calificación legal que hayan recibido.

Tabla 2

La naturaleza remunerativa de los conceptos económicos percibidos en la Administración Pública

| Concepto económico | Beneficiario | Criterio conceptual o naturaleza remunerativa | | | Naturaleza remunerativa |
|---|--|--|-----------------------------------|-------------------------------------|-------------------------|
| | | En contraprestación de los servicios prestados | Permanente y regular en el tiempo | Libre disponibilidad del trabajador | |
| Aguinaldos, Ley Del Presupuesto Vigente | Todos | No | Si | Si | No |
| Escolaridad, Ley del Presupuesto Vigente | Todos | No | Si | Si | No |
| Asignación especial, D.S. 135-2003-EF | Solo educación | Si | Si | Si | Si |
| Asignación excepcional adicional mensual, D.S. 016-2004-EF | Auxiliares administrativo y jurisdiccionales del Poder judicial y Ministerio Público | Si | Si | Si | Si |
| Asignación excepcional mensual permanente, D.L. 25697 Artículos 2° y 5° | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación diferencial-zona, D.S. 051-91-PCM, Artículo 9.b | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación familiar, D.S. 051-91-PCM, Artículo 11 | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación-movilidad, D.S. 051-91-PCM, Artículo 8.a | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación-movilidad, D.S. 264-90-EF, Artículo 1° y 2° | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación personal, 051-91-PCM, Artículo 9.c | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación Zona de emergencia, D.S. 267-89-EF, Artículo 4 | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación especial, D.S.E. 227-93-PCM, Artículo 2 | Universidades | Si | Si | Si | Si |
| CAFAE, D.U. 088-01-RDR, Artículo 2 inciso e | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación-Costo de vida, D.S. 264-90-EF, Artículo 1° y 8° | Todos | Si | Si | Si | Si |

| | | | | | |
|--|--|----|----|----|----|
| Bonificación por concepto de comedor y transporte, Decreto Legislativo 632, artículo 6 | Solo salud | Si | Si | Si | Si |
| Asignación excepcional, D. L. 25671, artículo 4 | Varios sectores | Si | Si | Si | Si |
| Asignación especial por condiciones de trabajo penitenciario, D.S. 003-2005-JUS, artículo 1 y 2. | Inpe | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación diferencial, D.S. 005-90-PCM, artículo 124 | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Asignación excepcional | Personal en actividad médico, auxiliar jurisdiccional y administrativo del Poder Judicial y Ministerio Público | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación especial, D.S. 019-94-PCM, artículo 1 | Sector Salud y Educación | Si | Si | Si | Si |
| Asignación especial mensual, D.S. 044-2003, artículo 1 | Universidades | Si | Si | Si | Si |
| Asignación especial, D.S. 045-2003-EF | Poder Judicial | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación diferencial, D.L. 276, artículo 53 | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Incremento asignación especial, D.S. 068-2005-EF | Sector educación | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación, D.U. 080-94, artículo 4 | Varios sectores | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación especial, D.S. 081-93-EF, artículo 4 | Varios sectores | Si | Si | Si | Si |
| D. S. 098-93-EF | Varios sectores | Si | Si | Si | Si |
| Incremento de asignación especial. D.S. 107-2005-EF, Artículo 2° | Varios sectores | Si | Si | Si | Si |
| Asignación extraordinaria, D.S. 172-2002-EF, artículo 1° | Varios sectores | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación excepcional, D.S. 194-92-EF, artículo 3° | Universidades | Si | Si | Si | Si |
| D.S. 211-91-EF, artículo 4° | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación diferencial, D.S. 235-87-EF, artículo 1° | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación excepcional, D.S. 261-91-EF, artículo 1° | Sector educación | No | Si | Si | No |
| D.S. 276-91-EF, artículo 2° | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Asignación excepcional, D.S. 021-92-PCM, artículo 1° | Sector educación | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación especial, D.U. 011-99, artículo 1° y 4° | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Asignación efectiva por labor efectiva | Sector educación | Si | Si | Si | Si |
| Asignación especial, D.U. 017-2006, artículo 2° | Poder Judicial y Ministerio Público | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación especial, D.U. 019-97, artículo 3° literal c) | Poder Judicial y Ministerio Público | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación especial, D.U. 073-97, artículo 1° y 4° | Varios sectores | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación especial, D.U. 090-96, artículo 1° y 6° literal a) y d) | Varios sectores | Si | Si | Si | Si |
| Asignación especial, D.U. 02-2006, artículo 10.2 | Varios sectores | Si | Si | Si | Si |
| Incremento de remuneración por afiliación al SNP, Ley N° 29142, artículo 6.2 | Varios sectores | Si | Si | Si | Si |

| | | | | | |
|---|-------------------|----|----|----|----|
| Asignación especial, Ley 29142, artículo 6.2 | Varios sectores | Si | Si | Si | Si |
| Asignación especial, Ley 29289, Disposición Final 37° | Varios sectores | Si | Si | Si | Si |
| Asignación especial, Ley 29289, Disposición Final 40° | Varios sectores | Si | Si | Si | Si |
| Asignación especial, Ley 29289, Disposición Final 44° | Varios sectores | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación especial, D.U. 037-94, artículo 1 y 5) literal a) y b) | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación diferencial por riesgo, D.S. 057-86-PCM, artículo 10° | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Transición para la homologación, D.S. 057-86-PCM, artículo 7° | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Bonificación excepcional, D.S. 154-91-EF, artículo 2° y 4° | Sector educación | No | Si | Si | No |
| Incremento de remuneraciones (costo de vida 9, D.S. 154-91-EF, artículo 3° | Sector educación | Si | Si | Si | Si |
| Indemnización Excepcional para las víctimas de accidentes, acto de terrorismo o narcotráfico, D.S. 051-88-PCM, artículo 1° y 4° | Todos | No | No | Si | No |
| Homologación de remuneraciones y beneficios, ley 25303, artículo 230 | Varios sectores | Si | Si | Si | Si |
| D.S. 051-91-PCM artículo 12° y D.S. 069-90-EF | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Fijan remuneración básica, D.U. 105-01, artículo 1° | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Remuneración básica, D.S. 028-89-PCM, artículo 5° | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Remuneración principal, D.S. 057-86-PCM, artículo 4° | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Remuneración reunificada, D.S. 057-86-PCM, artículo 6° | Todos | Si | Si | Si | Si |
| Productividad diferencial, R.M. 717-2004-MINSA, artículo 4° | Sector salud | Si | Si | Si | Si |
| Asignación extraordinaria, D.S. 003-2005-JUS, artículo 3° | Personal del INPE | Si | Si | Si | Si |
| Incremento asignación especial, D.U. 012-2006 | Educación | Si | Si | Si | Si |

Del cuadro anterior, contrariamente a lo que es considerado por la administración pública, se tiene que la mayoría de los conceptos económicos percibidos en la administración pública, en aplicación estricta del criterio conceptual o naturaleza jurídica de la remuneración, tienen naturaleza remunerativa, pues cumplen cada una de las características de la remuneración; sin embargo, para la administración pública, y en algunos casos para el órgano jurisdiccional no son considerados

como remuneración, en virtud de que las normas de creación excluyen el carácter remunerativo.

Esta situación genera problemas en el sector de la administración pública, pues en sendas oportunidades se ha discutido a nivel jurisdiccional, distintos casos de conceptos económicos, y uno de ellos es el concepto económico que perciben el personal del Poder Judicial y el Ministerio Público. En efecto, el caso del bono por función jurisdiccional y bono por función fiscal, otorgados a los magistrados y trabajadores jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial y Ministerio Público, respectivamente. En estos casos, la administración pública se ha ceñido estrictamente en el principio de legalidad, dado que, en el caso del bono por función jurisdiccional, ha sido creada mediante Ley N° 26553, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 1996, que en su Décima Primera Disposición Transitoria y Final estableció de manera taxativa que dicho bono no tiene carácter pensionable ni remunerativo. Asimismo, después de la creación del bono por función jurisdiccional se han emitido las Resoluciones Administrativas del Titular del Pliego del Poder Judicial reglamentando el otorgamiento de la Bonificación por Función Jurisdiccional, siendo estas, las Resoluciones Administrativas N°s. 209-96-SE-TP-CME-PJ, 381-96-SE-TP-CME-PJ, 431-96-SE-TP-CME-PJ, 099-97-SE-TP-CME-PJ, 193-99-SE-TP-CME-PJ, 056-2008-P/PJ y 305-2011-P/PJ, ésta última vigente a la fecha. Estas Resoluciones Administrativas, en el mismo sentido que la Ley N° 26553, han establecido el carácter no pensionable y por ende no remunerativo de la Bonificación por Función Jurisdiccional.

Ante, dichos mandatos, la administración pública a través de sus áreas de recursos humanos han venido desestimando las peticiones realizados por los administrados, bajo el argumento que el bono por función jurisdiccional no tiene carácter remunerativo, petición que ha llegado inclusive a conocimiento del máximo intérprete de la Constitución, quien inclusive comparte dicha posición, lo cual, indudablemente genera problemas al momento de su aplicación.

Así, el Tribunal Constitucional en su basta jurisprudencia, señaló:

Que en las sentencias recaída en los Exps. 01676-2004-AC/TC, 03751-2004-AC/TC, 02214-2006-PC/TC, 05000-2007-PC/TC, 05198-2006-PC/TC, 04710-

2009-PC/TC y 02807-2010-PC/TC, al resolver controversias relacionadas al bono por función jurisdiccional y bono por función fiscal, se desestimaron las demandas al concluirse que el acto administrativo carecía de virtualidad y legalidad suficientes para constituirse en mandamus, y por ende no podía ser exigible a través del proceso de cumplimiento; resoluciones judiciales - que dicho sea de paso - han servido de sustento a magistrados del Poder Judicial para desestimar demandas de nivelación de pensión de cesantía por el concepto de Bonificación por Función Jurisdiccional (Expediente N° 00850-2011-PC/TC Loreto , 2011, Fundamento 5).

En otro pronunciamiento, refirió:

En conclusión, conforme a los fundamentos precedentes, el bono por función jurisdiccional no tiene carácter pensionable ni remunerativo y se financia a través de los recursos ordinarios del Poder Judicial. Por tanto, la Resolución de la Supervisión de Personal 823-2001-SP-GAAF-GG-PJ, del 8 de junio de 2001, y la Resolución Administrativa 041-2001-CE-PJ del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, de fecha 30 de mayo de 2001, que la sustenta, fueron expedidas vulnerando las normas vigentes para el otorgamiento del Bono por Función Jurisdiccional (Expediente N° 00847-2012-PC/TC, 2012, Fundamento 6).

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha tenido una posición contraria al máximo intérprete de la Constitución, pues existe una línea jurisprudencial uniforme que refiere que el bono por función jurisdiccional tiene naturaleza remunerativa, así en uno de sus pronunciamientos estableció:

El recurrente ha venido percibiendo el Bono por función jurisdiccional de manera fija, mensual y permanente sujeto a los días laborados incluso durante su periodo vacacional o licencia con goce de haber, teniendo similares características a la remuneración al ser de su libre disposición, lo que guarda concordancia con el artículo 7° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, por lo que dicho concepto debe ser tomado en cuenta para el cálculo de su compensación por tiempo de servicios, así como de otro concepto de la misma naturaleza, como es el caso de las asignaciones excepcionales que también forma parte del petitorio del actor (Casación N° 1112-2014-Lima, 2016, sumilla).

En otro pronunciamiento, la Corte Suprema refirió:

El bono por función jurisdiccional posee naturaleza y carácter remunerativo, por cuanto constituye un beneficio abonado con las siguientes características: 1) en forma regular, pues su abono ocurre en forma mensual en un monto fijo, 2) en forma permanente, al haber sido otorgado sin solución de continuidad desde el año mil novecientos noventa y seis; 3) a consecuencia de los servicios prestados a favor del Estado, pues la fuente de su pago se encuentra en los servicios desarrollados con ocasión de su función jurisdiccional; y 4) ser de libre disponibilidad, pues quien lo percibe puede ejercer su disposición libremente sin encontrarse obligado a justificar su egreso, todo lo cual e evidencia, que éste concepto también tiene naturaleza pensionable, por lo que debe integrar pensión del demandante. (Casación N° 20394-2015-Cusco, 2017, Fundamento Decimo Sexto).

Asimismo, en otro pronunciamiento, la Cortes Suprema estableció como doctrina jurisprudencial de obligatorio cumplimiento para las instancias inferiores respecto a la naturaleza remunerativa del bono por función jurisdiccional:

Esta Sala Suprema en mérito a los argumentos antes expuestos y conforme a lo previsto en el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, considera pertinente establecer como doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica del bono por función jurisdiccional el criterio siguiente: El Bono por función jurisdiccional tiene naturaleza remunerativa, pues, se percibe de manera mensual, permanente y en un monto fijo, asimismo es de libre disposición para el trabajador, razón por la cual, debe ser considerado como base de cálculo de las gratificaciones de julio y diciembre y de la compensación por tiempo de servicios (Casación Laboral N° 10277-2016-Ica, 2018, Fundamento Quinto).

De otro lado, se debe tener presente que en el II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral de fecha 8 y 9 de mayo de 2014, respecto al Tema N° 4: Remuneración computable para la compensación por tiempo de servicios y pensiones: regímenes especiales – 4.2 ¿Cuál es la naturaleza jurídica del bono por función fiscal y jurisdiccional? ¿Es computable el bono por función fiscal y jurisdiccional al calcular la compensación por tiempo de servicios? ¿Es

pensionable el bono por función fiscal y jurisdiccional? El Pleno acordó por unanimidad: “El bono por función jurisdiccional y el bono por función fiscal tienen naturaleza remunerativa, y como tal, son computables para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios, además de tener carácter de conceptos pensionables, específicamente para el caso de los jueces y fiscales” (II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, 2014).

Finalmente, recientemente, la Corte Suprema, en una ejecutoria suprema estableció:

En tal sentido, cabe hacer dos interpretaciones: la primera, más restringida, entendiéndose que se refiere a los magistrados comprendidos en la carrera judicial – conforme lo preceptuado respecto al régimen previsional-, de toda especialidad y jerarquía; y la segunda, más amplia, entendiéndose que -al no haberse precisado de manera expresa que sólo corresponde a magistrados comprendidos en la carrera judicial-, ésta se refiere a todos los magistrados, incluidos o no en la carrera judicial, esto es magistrados de todas las especialidades y jerarquías, ya sea en condición titulares, provisionales o supernumerarios. Estando a lo expresado en el considerando precedente, es preciso indicar que el numeral 3) del artículo 26 de la Constitución Política del Perú, preceptúa que en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, debe preferirse aquel sentido, que resulte más favorable al trabajador (...) De lo expuesto se colige que, por ser la interpretación más favorable, corresponde preferir la segunda forma de interpretación, debiendo entenderse que para efectos del cálculo de la compensación por tiempo de servicios de los magistrados de todas las especialidades y jerarquías, ya sea en condición titulares, provisionales o supernumerarios, se agrega a la remuneración principal toda otra cantidad que estos perciban en forma permanente, salvo las que tienen aplicación a un determinado gasto que no sea de libre disposición (Casación N° 18649-2016-Cusco, 2019, Fundamento Vigésimo séptimo).

Así, en virtud de la jurisprudencia citada, podemos señalar que un concepto económico percibido por un trabajador tiene la naturaleza remunerativa, cuando sea percibido como contraprestación de la labor que realiza, cualquiera su denominación que se le dé, que sea de su libre disposición, y sea percibida de forma permanente y regular por el trabajador. Características que cumple el Bono

por Función Jurisdiccional de los Magistrados, toda vez que, es percibida como contraprestación del trabajo realizado, es abonado de manera fija, mensual y sucesiva, y tiene la calidad de concepto de libre disposición, pues constituye beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador, ventaja patrimonial que se evidencia aún más, al ser percibido sin ningún condicionamiento, cuando se hace uso de vacaciones y licencias con goce de haber.

Ahora bien, existen diversos pronunciamientos del Órgano Jurisdiccional, en cuanto a la naturaleza remunerativa de otros conceptos económicos diferentes al bono jurisdiccional, entre ellos una Ejecutoria Suprema donde se estableció:

De la interpretación sistemática de las normas citadas se colige que para el cálculo de la Compensación por Tiempo de Servicios corresponderá incluir todos los conceptos remunerativos que perciba el trabajador en forma regular durante su relación laboral. La determinación del carácter remunerativo de los conceptos que percibe el servidor dependerá: a) si el mismo constituye una ventaja económica para este; b) si es un concepto de libre disposición del trabajador; y c) si dicho concepto es abonado por el empleador en forma regular. Undécimo.- Con respecto al concepto de movilidad, del inciso e) del artículo 19° precisado, se desprende que no corresponderá ser incluido como parte de la remuneración computable si su percepción está condicionada a la asistencia al centro de trabajo y si el monto entregado por el citado concepto cubre razonablemente el traslado del trabajador a su centro de trabajo, caso contrario, cuando el monto entregado sea irrazonable, esto es que exceda el costo de dicho traslado o se perciba sin estar sujeto a la condición de asistir al centro de trabajo, corresponderá que sea incorporado a la remuneración computable del trabajador. Duodécimo.- Con respecto al concepto de asignación o bonificación por educación, del inciso f) del artículo 19 precisado, se desprende que dicho concepto no corresponderá ser incluido en la remuneración computable, siempre que sea otorgado por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentado, caso contrario, cuando el monto entregado sea irrazonable, esto es que exceda el monto que pueda cubrir los gastos ordinarios de escolaridad, y no sea ocasional su otorgamiento sino permanente, corresponderá que sea incorporado a la remuneración computable del trabajador. Décimo Tercero.- Con respecto al concepto de alimentación, del inciso j) del artículo 19 y del artículo 20 citado, se desprende que no corresponderá ser incluido como parte

de la remuneración computable cuando tenga la calidad de condición de trabajo, caso contrario, esto es cuando para su percepción no se requiera la prestación de los servicios que brinda el trabajador constituyendo una ventaja patrimonial para el servidor que lo percibe, corresponderá que sea incorporado a la remuneración computable del trabajador (Casación Laboral N° 18185-2016 Lima, 2017, Fundamento Décimo).

De lo anterior, se desprende que dos órganos jurisdiccionales de máxima instancia, esto es, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, tienen criterios diferentes para resolver casos en donde se discute la naturaleza remunerativa de un concepto económico, lo que implica que no se tiene criterios claros ni definidos sobre el problema planteada y, si ello es así, la administración pública tampoco tiene un criterio que permita garantizar los derechos constitucionales, en este caso los derechos laborales. Es por ello que nosotros consideramos que debe tenerse criterios y/o argumentos que permitan que los conceptos económicos percibidos en las relaciones de la administración pública, puedan aplicarse el principio de principio de primacía de la realidad.

Entonces, en todos estos casos ha primado la calificación legal sobre la calificación conceptual o naturaleza jurídica de un concepto económico, lo cual consideramos que debería ser, al contrario. Éste último extremo lo sustentamos más adelante; empero, los descrito anteriormente, apoya a que existen problemas en la aplicación de las normas que regulan este tema. Por lo tanto, no se tiene un panorama claro sobre este tema, como en efecto lo hemos descrito al momento de plantear nuestro problema de investigación.

4.2. Argumentos para determinar que la calificación conceptual o naturaleza jurídica prima sobre la calificación normativa (objetivo específico 2)

Son muchos los argumentos que se pueden esgrimir al respecto; sin embargo, a continuación, solamente referiremos a los más importantes, y los que son pertinentes para cumplir el objetivo de la presente investigación, ya que con ellos se puede establecer un argumento sólido que puede servir para construir un mecanismo nuevo para que muchos trabajadores de la administración pública, puedan inclusive accionar administrativa o judicialmente para que los conceptos económicos que perciben, en realidad, constituyen parte de su remuneración, siempre en cuando que reúnan los

requisitos que desarrollaremos más adelante, lo cual debe ser aplicado en todos regímenes laborales de la administración pública sin distinción alguna, su aplicación no dependa del régimen laboral del trabajador, sino, de las condiciones reales y efectivas en donde se desempeña un trabajador. Dicha afirmación tiene sustento por los siguientes motivos:

4.2.1. El carácter laboral de las prestaciones económicas percibidas por el trabajador

El derecho laboral tiene una clara vocación de tutela y protección del más débil, el trabajador. En las relaciones sociales se dan vínculos de poder y uno de los más intensos es probablemente el de las relaciones de trabajo. Es por ello que, en este campo del derecho, se pregonan los principios del derecho del derecho laboral como el principio protector, indubio pro operario y otros principios que tienen sustento en la relación laboral.

Dichos principios del derecho laboral, en la actualidad son aplicables sin ningún problema en el derecho laboral privado; sin embargo, cuando se intenta aplicarlo al régimen laboral público como lo regulado en el Decreto Legislativo 276, Ley de la Carrera Administrativa y Remuneraciones del Sector Público, existen muchas dificultades al momento de su aplicación, ya que el impedimento se presenta cuando existen corrientes que señalan que el derecho laboral público, es parte del derecho administrativo, cuyo pilar y principio fundamental es el principio de legalidad. Sin embargo, existen otras corrientes señalan la relación del empleo público, es de carácter laboral, por ende, son aplicables todos los principios del derecho laboral privado.

Para Haro (2017), son diversas las corrientes doctrinarias que se han manifestado sobre la naturaleza jurídica de la relación de empleo público. Inicialmente se sostuvo que se trataba de un acto unilateral del Estado, al cual daba validez o eficacia el consentimiento del administrado; así, la situación jurídica del agente y empleado tenía forma legal o reglamentaria. Por otro lado, se señaló que en origen era un acto jurídico bilateral, importando la voluntad del agente pero sin formalizar un contrato, en tanto que la relación subsecuente se encuadra en lo estatutario, pudiendo la administración modificarla unilateralmente. Posteriormente surgió la corriente que defendía la tesis de que la naturaleza de

esta relacion era la contractual, es decir, una relacion laboral comun, con plena autonomia de las partes, pero con algunas particularidades (p. 52).

Por otro lado, para Miranda (2004), la dogmatica administrativa, administrativista y laboralista en el Perú no han confluído en un escenario para su deslinde como si ocurrio en Europa Continental por el poco desarrollo doctrinario en el primero de los casos. En ese sentido, afirma que la ausencia de doctrina sobre el tema ha dejado un terreno libre para el legislador y la judicatura produciendo resultados incoherentes sin una adecuada valoración de los intereses concurrentes. En terminos generales, el legislador ha mostrado su proclividad por formulas del Derecho Administrativo, en donde se siente mas comodo para imponer condiciones, y ha “huido” a los textos normativos del derecho laboral privado, cuando este derecho administrativo contradictoriamente ralentizaba o volvia rigido su proceso de toma de desiciones, aunque dicha “huida” fue para refugiarse imponiendo sus condiciones de autoridad, muchas veces contradictorias con el derecho del trabajo (p. 23).

Entonces, de lo manifestado se puede advertir que, principalmente, existen dos teorías o modelos que explican la naturaleza jurídica de la relación laboral público, esto es, por un lado, la tesis unilateralista-estatutaria que pregonas las reglas del derecho administrativo, y la otra, la tesis contractualista que expande los postulados del derecho laboral.

En la presente investigación, compartimos con los postulados de la tesis contractualista; sin embargo, tampoco se debe considerar que dicha teoría sea aplicada de manera absoluta, sin más reparos, en todos los campos del empleo público; sino en aquellos casos donde la actuación del Estado, ya sea a nivel legislativo, ejecutivo y judicial, se torne arbitraria y comprometa derechos constitucionales.

Bajo ese contexto, consideramos que el Estado, a nivel Legislativo, al emitir normas con rango de Ley, el Ejecutivo, al emitir normas infralegales y resolver peticiones de los ciudadanos, y el Judicial, al resolver controversias sobre los ingresos del personal de los distintos niveles de la administración pública, no toma en cuenta la tesis conceptual o naturaleza jurídica de la remuneración que es propio del derecho laboral, sino evade dicho postulado aplicando en estricto el

derecho administrativo, específicamente el principio de legalidad que impera en este ámbito, con ello considerandos que se vulneran derecho constitucionales como el principio de primacía de la realidad y otros principios del derecho laboral público.

Asimismo, la jurisprudencia no ha sido ajena a este tema, pues en sendas sentencias, el Tribunal Constitucional ha aplicado el principio de primacía de la realidad, cuando se trata de una relación laboral de naturaleza pública. Así, el máximo intérprete de la Constitución, señaló:

Siendo así, a la fecha de su cese el accionante había adquirido la protección prescrita en el artículo 1° de la Ley N.° 24041, sustentada en el principio de protección al trabajador, que la Constitución ha consagrado en su artículo 26°, inciso 3); así como el principio de la primacía de la realidad, según el cual, en caso de discordia entre los hechos y los documentos o contratos, debe otorgarse preferencia a lo que sucede y se aprecia en los hechos (Expediente N° 3007-2003-AA/TC Tacna, 2004, Fundamento 3).

En similar pronunciamiento el Tribunal Constitucional refirió:

Por tanto, a la fecha de su cese, la demandante había adquirido la protección del artículo 1° de la Ley N° 24041, sustentada en el principio de primacía de la realidad que reconoce nuestra Constitución, que ha consagrado al trabajo como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de realización de la persona y, además, como un objeto de atención prioritaria del Estado. Siendo ello así, la demandante solo podía ser despedida por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276, por lo que, al no haberse procedido con arreglo a esta norma, la demandada vulneró los derechos constitucionales al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario y al debido proceso, reconocidos en los artículos 2°, inciso 15), 22°, 26°, 27°, 139°, inciso 3), de nuestra Constitución” (Expediente N° 0677-2004-AA/TC Junin, 2004, Fundamento 5).

En otro pronunciamiento, estableció:

Este Colegiado considera que las circunstancias que rodearon el vínculo de la demandante con la Municipalidad Provincial de Tacna deben ser analizadas a la luz del principio de la primacía de la realidad, que establece “[...] la primacía de

los hechos sobre las formas, las formalidades o las apariencias. Esto significa que en materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa, o lo que luzca en documentos formularios, instrumentos de control (...)”. En consecuencia, y conforme se ha señalado en las STC N° 1967-2003-AA/TC y 1968-2003-AA/TC, a la fecha del cese la accionante había adquirido la protección del artículo 1° de la Ley N.° 24041, sustentada en el principio de protección al trabajador, cuyo tenor es la aplicación de la condición más beneficiosa a este, y que la Constitución consagra en su artículo 26°, inciso 3), así como en el principio de primacía de la realidad antes citado (Expediente N° 593-2004-AA/TC Tacna, 2004, Fundamento 4 y 5).

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la República, para resolver casos de trabajadores del estado que han sido contratados bajo la modalidad de contratos por locación de servicios ha aplicado el principio de primacía de realidad, inclusive ha fijado principios jurisprudenciales que son de obligatorio cumplimiento conforme lo dispone el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS. Así mediante Ejecutoria Suprema, señaló:

La prestación personal del servicio y la subordinación se prueban con los documentos que demuestran que el accionante recibía órdenes directas de la demandada y que sus labores las realizaba en las instalaciones de la misma utilizando los bienes de la demandada, no interesando que el demandante haya suscrito contratos de servicios no personales en los que aceptaba que los mismos no generaban relación laboral, pues aceptar la validez de los documentos suscritos, implicaría admitir una renuncia a derechos laborales derivados de la Ley, debiendo el colegiado aplicar el principio de Primacía de la Realidad y reconocer un contrato de trabajo”. Si se presta servicios en mérito de suscribir un contrato de locación de servicios, regulados por las normas del Código Civil, pero en forma diferente a la pactada, al realizar la prestación efectiva del servicio se verifica una relación de subordinación sujeta al cumplimiento de un horario o jornada de trabajo, además de percibir una remuneración periódica y cumplir con las labores de naturaleza permanente, entonces la relación existente es de

naturaleza laboral, en aplicación del principio de primacía de la realidad (Casación. N° 2370-2002, 2003).

En otro pronunciamiento, la Corte Suprema estableció:

Se cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 1° de la Ley N° 24041, si antes de firmar el contrato CAS los contratos de locación de servicios no personales efectuados por más de 1 año y en labores permanentes se habían desnaturalizado, en aplicación del principio de primacía de la realidad, además por el principio de continuidad para la realización de las mismas funciones no resultaba viable realizar otras contrataciones que vulneren los derechos constitucionales del trabajador, en desmejora de su contratación laboral.” (Casación N° 3951-2012-Cusco, 2015)

Entonces, en los casos analizados, la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema, se ha aplicado el principio de primacía de la realidad en casos de trabajadores que estaban sujetos al empleo público, y; si bien es cierto que se trata de casos de culminación de la relación laboral; sin embargo, también existen pronunciamientos, donde dicho principio ha sido aplicado para determinar la naturaleza remunerativa de un concepto económico, como lo veremos más adelante.

Ahora bien, otro de los principios del derecho laboral que contribuyen a la argumentación realizada, es el principio protector del derecho laboral, la misma que se manifiesta a través de tres sub principios como son: El principio pro operario, principio de la norma más favorable y principio de la condición más beneficiosa. Sin embargo, el principio que ayuda a cumplir el objetivo planteado en la presente investigación es el principio de la norma más favorable. Asimismo, éste principio también tiene sustento en un principio universal como es el principio pro homine, la misma que es un principio de interpretación de los derechos humanos.

4.2.1.1. Principio de la norma más favorable

El principio de la norma más favorable se mueve en el terreno del conflicto entre dos o más normas, a fin de seleccionar y aplicar al caso

concreto, aquella que resulte más ventajosa para el trabajador (Boza 2011, p. 190).

Por otro lado, debemos tener en cuenta que, en el derecho del trabajo, a su vez, se ha formulado un principio específico para la hipótesis del conflicto: la norma más favorable. Así, cuando dos normas regulan incompatiblemente el mismo hecho, debe seleccionarse la que conceda más ventajas al trabajador (Neves, 2016, p. 163).

El principio de la norma más favorable alcanza a los supuestos de colisión o concurrencia conflictiva entre normas estatales, entre normas pactadas y entre normas estatales y pactadas (Alonso y Casas, 2001, p. 953).

El principio de norma más favorable tiene como fundamento la existencia de dos o más normas en vigor, cuya aplicación se discute. Esto significa que toda norma laboral para prevalecer sobre otra igual, inferior o incluso de superior rango, ha de contener prescripciones más favorables que ella (Ruiz, 2013, p. 109).

Siguiendo a Boza (2011), quien, refiriéndose a este principio, señala que cuando dos o más normas regulan un mismo supuesto de hecho de manera incompatible, es decir, los contenidos de dichas normas discrepan; debemos optar por una de ellas para aplicarla al caso concreto. Pero es necesario distinguir dos tipos de incompatibilidades, cuyas soluciones son diferentes:

- a) Contradicción o colisión opositiva: en este supuesto, la contradicción supone que los mandatos normativos de dos disposiciones se oponen recíprocamente. En otras palabras, una norma concede el derecho, mientras la otra la niega –se opone–. En esta situación, el origen y el ámbito de aplicación de las normas coinciden, son los mismos, por lo que esta situación se resuelve con la derogación de una de ellas.
- b) Divergencia o concurrencia conflictiva: en este caso, la divergencia o conflicto supone también que los mandatos normativos de las disposiciones en juego son incompatibles, pero la discrepancia no es total, es decir, las diferencias (divergencias) no permiten la eliminación

de una u otra norma, debido a que no coinciden totalmente. Estamos, por tanto, ante una situación donde el ámbito de aplicación y el origen de las normas o son diferentes o son parcialmente coincidentes, como, por ejemplo, la incompatibilidad se produce entre un tratado y una norma nacional, o entre un convenio colectivo de rama y uno de empresa; por lo que el conflicto se resuelve, no con la derogación, sino con un proceso de selección de normas. Es aquí donde actúa el principio de la norma más favorable (N+F). Una vez establecida la concurrencia conflictiva como espacio de actuación del principio de la norma más favorable, es necesario precisar que habrá conflicto siempre que: existan varias normas formalmente válidas; posibles de ser aplicadas todas ellas (simultáneamente) a un mismo supuesto; y con contenidos incompatibles. En este supuesto que interesa resaltar, por la aplicación del principio que estudiamos se aplicará aquella norma que conceda mayores ventajas al trabajador o trabajadores implicados.

4.2.1.2. Principio Pro Homine

La primera definición del Principio Pro Homine se debe al juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Rodolfo E. Piza Escalante, quien señaló que el principio pro persona es “(Un) criterio fundamental (que) (...) impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. (De esta forma, el principio pro persona) (...) conduce a la conclusión de que (la) exigibilidad inmediata e incondicional (de los derechos humanos) es la regla y su condicionamiento la excepción” (Medellín, 2013, p. 17).

Entonces, podemos señalar que el principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo

fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.

Bajo el contexto que hemos señalado, ahora debemos mencionar como los principios referidos, se aplican al momento de determinar la naturaleza remunerativa de los conceptos económicos percibidos por el trabajador de la administración, ello independientemente del régimen laboral del servidor público.

En ese sentido, de la tabla N° 01 y 02, se advierte que se ha recopilado casi la mayoría de los conceptos económicos percibidos por los trabajadores de la administración pública, los mismos que tienen una norma de creación, en donde se ha expresamente se ha excluido el carácter remunerativo; así tenemos:

Tabla 3

Exclusión del carácter remuneratorio de un concepto económico

| CONCEPTO ECONÓMICO | EXCLUSIÓN DE LA NATURALEZA REMUNERATIVA |
|--|--|
| Asignación especial mensual (personal de universidades) Decreto Supremo N° 044-2003-EF | “Artículo 2.- La asignación especial, a que se refiere el artículo precedente, tendrá las siguientes características: (...) b) No tiene carácter ni naturaleza remunerativa ni pensionable , no se encuentra afecta a cargas sociales. Asimismo no constituye base de cálculo para el reajuste de las bonificaciones que establece el Decreto Supremo N° 051-91-PCM, o para la Compensación por Tiempo de Servicios o cualquier otro tipo de bonificaciones, asignaciones o entregas”. |
| Asignación especial (personal administrativo sector educación) Decreto Supremo N° 068-2005-EF | “Artículo 3.- De la Naturaleza del pago La Asignación Especial no tiene naturaleza remunerativa, ni pensionable, así como tampoco está afecta a cargas sociales. Asimismo, no constituye base de cálculo para las bonificaciones que establece el Decreto Supremo N° 051-91-PCM o para la Compensación por Tiempo de Servicios o cualquier otro tipo de bonificación, asignación o entrega.” |
| Asignación especial (personal del Poder Judicial y Ministerio Público) D.U. 017-2006, artículo 2° | “2.2 La Asignación Excepcional ni tiene carácter ni naturaleza remunerativa ni pensionable y no se encuentra afecta a cargas sociales. Asimismo, no constituye base de cálculo para el reajuste de las bonificaciones que establece el Decreto Supremo N° 051-91-PCM, o para la Compensación por Tiempo de Servicios o cualquier otro tipo de bonificaciones, asignaciones o entregas; cualquier acto administrativo que disponga lo contrario será nulo de pleno derecho.” |
| Bonificación especial (varios sectores) D.U. 073-97, artículo 1° y 4° | “Artículo 4.- La bonificación a que se refiere el Artículo 1 del presente Decreto de Urgencia tendrá las siguientes características: (...) c) No es base de cálculo para el reajuste de las bonificaciones que establece la Ley N° 25212, el Decreto Supremo N° 051-91-PCM, o para cualquier otro tipo de remuneración, bonificación o pensión. ” |

Asignación especial (varios sectores)
Ley 29142, artículo 6.2

“6.2.- (...) Las Asignaciones dispuestas en los literales a), b), c), d) y f) no tienen carácter ni naturaleza remunerativa ni pensionable y no se encuentran afectas a cargas sociales. Asimismo, no constituyen base de cálculo para el reajuste de la Compensación por Tiempo de Servicios o cualquier otro tipo de bonificaciones, asignaciones o entregas; cualquier acto administrativo que disponga lo contrario, será nulo de pleno derecho. Estas Asignaciones, autorizadas en el presente numeral, se afectan en el Grupo Genérico de Gasto 1. Personal y Obligaciones Sociales; y 2. Obligaciones Previsionales, según corresponda.”

Como se puede apreciar del cuadro anterior, en varios sectores de la administración pública, existen conceptos económicos que perciben los trabajadores; sin embargo, por norma expresa han sido excluidos el carácter remunerativo y pensionario, pese a que en la realidad de los hechos estos conceptos cumplen cada una de las características de la remuneración. Ante esta situación los funcionarios del área de recursos humanos de la administración pública, o inclusive los órganos jurisdiccionales cuando el problema ya se encuentra el Poder Judicial, no hacen más que aplicar el principio de legalidad; consecuentemente, todos los conceptos económicos percibidos por el trabajador, por el solo hecho de que una norma legal excluya su carácter remunerativo, éste no es considerado como remuneración, por ende no es base de cálculo para los distintos beneficios y consecuencias que genera que un concepto económico sea considerado como remuneración.

Sin embargo, no se toma en cuenta la calificación conceptual o naturaleza jurídica de la remuneración, criterio que es relegado por el principio de legalidad. Sin embargo, como lo venimos sosteniendo éste último criterio debe prevalecer sobre todo criterio legal que pretenda desconocer el carácter remunerativo de un concepto económico.

Para tal efecto, desde la parte normativa, dicho criterio tiene sustento en el C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951, Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, que entró en vigor en fecha 23 mayo 1953, en donde señala:

A los efectos del presente Convenio: (a) el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro

emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último. (C100 - Convenio Sobre Igualdad de Remuneraciones, 1951, Artículo 1)

Asimismo, dentro del ordenamiento jurídico, en especial cuando se trata del régimen laboral del Decreto Legislativo 276, Ley de la Carrera Administrativa y Remuneraciones del Sector Público, no reconoce como remuneración aquellos conceptos otorgados por ley expresa en donde se haya excluido el carácter remunerativo; sin embargo, por el contrario en el régimen laboral regulado por el Decreto Legislativo 728 y el artículo 6 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, establecen que para verificar que para considerarse como remuneración, debe cumplir con las siguientes características:

- (i) que sea contraprestación por los servicios del trabajador y;
- (ii) que su otorgamiento sea permanente y regular en el tiempo
- (iii) y que represente una ventaja patrimonial y de libre disponibilidad.

Para Toyama (2017), estas normas deberían aplicarse al derecho laboral, derecho tributario y derecho administrativo, ya que dichas normas regulan de manera transversal la manera de determinar cuándo un concepto económico es considerado como remuneración, afirmación con la que compartimos, y consideramos que, ante un vacío en la normativa del régimen laboral público, también debiera aplicarse dichas normas al ámbito público. (p. 13)

De tal modo, las características mencionadas pasarán a ser los elementos que constituyan el concepto de remuneración. Al respecto, vale indicar que la denominación que se le asigne a tales conceptos carece de relevancia para determinar su naturaleza salarial.

Entonces, de la Tabla N° 03, hemos advertido que los conceptos económicos ahí detallados cumplen con cada una de las características antes enunciadas, por lo tanto, debieran considerarse como parte de la remuneración, ello en aplicación del principio de primacía de la realidad.

4.2.2. Predominio de la realidad sobre aspectos formales

Sobre la naturaleza remunerativa de un concepto económico, existen diversas posturas ratificando que el único criterio que debe utilizarse es la calificación conceptual o la naturaleza jurídica. Así los más relevantes para nuestro caso, tenemos:

4.2.2.1. Posición de Volmar Pérez Ortiz

Según el principio del predominio de la realidad sobre los aspectos formales en la relación laboral, prima siempre la verdad de los hechos sobre las apariencias, las formalidades o acuerdos entre las partes. Este principio implica un reconocimiento de la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades (Volmar, 2005, p. 67)

4.2.2.2. Posición de Plá Rodríguez

Según Plá (1998) los fundamentos para la aplicación del principio de primacía de la realidad son: la buena fe, la dignidad de la actividad humana, la desigualdad de las partes y la interpretación racional de su voluntad.

- a) Dignidad humana. - Partiendo del hecho de que a diferencia del resto de los seres –entiéndase animales o cosas– la persona humana se caracteriza por su elevado grado de perfección ontológica, la dignidad humana conlleva un deber de respeto, y de ella se derivan exclusivamente, entre otros, los rasgos ontológicos de la racionalidad y la libertad, los cuales son principio esencial del trabajo como actividad humana y le dan esta nota de exclusividad. Y como el sujeto que ejecuta la acción es un sujeto “digno”, el trabajo, como acción personal, es una actividad digna en sí misma merecedora de respeto. Es por este motivo que, siendo el primer fundamento del referido principio la dignidad humana, la invocación que se haga de este, al tener por objeto que se reconozca la relación laboral y se apliquen las normas laborales que tutelan la dignidad humana,

constituye una acción legítima y amparable por el ordenamiento jurídico.

- b) Desigualdad de las partes. - La celebración del contrato de trabajo presupone un grado de desigualdad económica y jurídica entre las partes que se presta a la posibilidad de abusos por parte del empleador dada su situación de ventaja en las negociaciones. En ese extremo, el encubrimiento de la relación de trabajo para evitar la aplicación de las normas laborales que se orientan a tutelar la dignidad del trabajador constituye un abuso de dicha posición de ventaja.
- c) Interpretación racional de la voluntad de las partes. - A consecuencia de la imperatividad del Derecho del Trabajo, que involucra las limitaciones a la voluntad de las partes respecto de la determinación de la naturaleza del contrato, la prestación efectiva y subordinada de servicios y la consecuente remuneración constituyen un consentimiento tácito en la celebración del contrato, lo cual sobrepasa las estipulaciones formales o documentales que éstas hagan sobre la esencia de éste.

4.2.3. La omnipotencia del principio de primacía de la realidad

4.2.3.1. Principio implícito reconocido por la constitución del estado

En líneas anteriores, se ha sostenido que el principio de primacía de la realidad, es un principio implícito que se encuentra en la Constitución, por ende su aplicación debe darse por todos las instituciones que forman parte del estado, por lo que el análisis del carácter remunerativo y pensionable de un concepto económico debe efectuarse a partir de principios y valores que la Constitución reconoce y no de una simple aplicación de disposiciones de menor rango que finalmente pueden llegar a ser transgresoras de derechos fundamentales de la persona humana.

Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, el concepto de derechos fundamentales comprende “tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que

compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.” (Expediente N° 1417-2005-AA/TC-Lima, 2005, Fundamento 2)

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Constitución).

Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1°) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2°, prevé en su artículo 3° que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III), “ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. (Expediente N° 1417-2005-AA/TC-Lima, 2005, Fundamento 3)

De esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos

que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales. (Expediente N° 1417-2005-AA/TC-Lima, 2005, Fundamento 4)

Ahora bien, el principio de primacía de la realidad está íntimamente ligado con el derecho a la verdad. Así, el Tribunal Constitucional reconoce como un derecho implícito “El Derecho a la Verdad”, sosteniendo que: Nuestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3°, una “enumeración abierta” de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno. (Expediente N° 1417-2005-AA/TC-Lima, 2005, Fundamento 5)

Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. El Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.

4.2.3.2. Elementos constitutivos de la remuneración para la aplicación del principio de primacía de la realidad

Para la aplicación del principio de primacía de la realidad, se debe cumplir con cada uno de los elementos de la remuneración, vale decir, que cualquier concepto económico para ser considerado como remuneración, debe cumplir con las siguientes características, como son: i) que sea en contraprestación de un servicio, b) que sea permanente y regular en el tiempo, c) que sea de libre disposición y constituya una ventaja patrimonial para el trabajador.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dispuesto literalmente en la norma, es preciso establecer si estos elementos constitutivos deben concurrir necesariamente para que una percepción económica sea calificada como remunerativa o si, ante la ausencia de uno de ellos, se estará frente a un concepto no remunerativo.

Al respecto, de la bilateralidad del contrato de trabajo (prestaciones recíprocas) y, sobre todo, de su carácter oneroso a favor del trabajador, se deriva la noción de ventaja patrimonial, la cual implica un incremento, ya sea por un aumento en los ingresos o por representar una disminución en los egresos habituales; es decir, un ahorro en los gastos que el trabajador realiza de forma necesaria o en circunstancias habituales. La ausencia de ventaja patrimonial determinará que se presenten las siguientes situaciones: (i) que el monto percibido esté sufragando una necesidad surgida de la propia relación laboral (con lo que la esfera patrimonial del trabajador se mantiene intacta), o; (ii) que la entrega de dicho monto no retribuye los servicios del trabajador.

En este punto se vincula el segundo elemento constitutivo de la remuneración; esto es, la contraprestatividad. En el marco de una relación laboral pueden presentarse ventajas patrimoniales para el trabajador que son otorgadas bajo otros títulos (gratuito o indemnizatorio). Por tanto, para que sean consideradas como remunerativas, precisarán responder a un carácter contraprestativo.

En lo relativo al último elemento constitutivo de la noción de remuneración, la libre disponibilidad, ha existido cierta reticencia y cuestionamiento al considerarla como una característica esencial: sea porque no es un factor que pueda vincularse directamente a la contraprestación en un contrato de trabajo (Pizarro, 2006, p. 67).

Para Arce (2007) Sin perjuicio de que las normas laborales que prevén el requisito de la libre disponibilidad son de carácter imperativo, es posible interpretarlas de manera que logren atenuar los efectos de los válidos cuestionamientos antes esbozados. (p. 16)

Como hemos afirmado anteriormente, el principio de primacía de la realidad ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho implícito, y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, a mérito del cual, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo que ocurre en la realidad.

Si bien es cierto que dicho principio se ha venido aplicando en casos donde se discute la existencia de una relación laboral; sin embargo, no existe ningún impedimento para que se aplicado a otros campos, como se viene realizando en el presente caso, para determinar la naturaleza remunerativa de un concepto económico.

Sobre el particular, en una decisión importante y quizás novedosa, la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Ejecutoria Suprema, estableció:

Así también, existen determinadas circunstancias en los que resulta necesaria la aplicación del Principio de primacía de la realidad, para determinar el carácter remunerativo de algún “concepto” percibido por el trabajador, ello en la medida que dicho principio constituye uno de los instrumentos de mayor relevancia en el Derecho de Trabajo, por cuanto permite al Juez establecer la verdadera naturaleza de una relación contractual, privilegiando lo que sucede en el campo de los hechos, sobre lo que puedan contener los documentos, principio que ha sido positivizado en el artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR. (Casación N° 5539-2016 Lima, 2019, Fundamento Sexto)

4.2.4. Consolidación de los conceptos económicos en diversos sectores del Estado

Cuando iniciamos el presente trabajo de investigación, no existía ninguna acción por parte del estado de reconocer que los conceptos económicos percibidos dentro de la relación laboral de la administración pública, puedan ser considerados parte

de la remuneración, aun cuando la norma les excluía taxativamente; sin embargo, no nos equivocamos en plantear que algo iba mal en los ingresos percibidos por el servidor público, y es que recientemente se han expedido algunas normas que apoyan a la postura que desarrollamos en el presente trabajo de investigación.

En efecto, mediante Decreto Supremo N° 261-2019-EF, publicado recientemente el diario oficial El Peruano en fecha 10 de agosto de 2019, se ha consolidado los ingresos del personal administrativo del Decreto Legislativo N° 276, la misma que se ha dado en cumplimiento a la Centésima Undécima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30879, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019, que autoriza al Ministerio de Economía y Finanzas, durante el año fiscal 2019, a consolidar en un único monto los conceptos de ingresos económicos aprobados mediante norma con rango de ley emitida por el Gobierno Central y decreto supremo, que perciben por igual, todo el personal administrativo del Decreto Legislativo N° 276, con excepción del Incentivo Único que se otorga a través del Comité de Administración de Fondos de Asistencia y Estímulo (CAFAE).

Que, de acuerdo a la citada Disposición, el monto único consolidado constituye la remuneración del personal administrativo del Decreto Legislativo N° 276, el mismo que equivale a la sumatoria de montos de los conceptos de ingresos aplicables por igual al referido personal, de acuerdo al Anexo N° 1 que forma parte integrante del presente Decreto Supremo. Asimismo, el monto único consolidado se entrega al personal administrativo del Decreto Legislativo N° 276, a razón de doce (12) veces por año y se prohíbe la percepción por parte del personal administrativo del Decreto Legislativo N° 276, de cualquier otro ingreso, subvención o asignación por cualquier concepto o fuente de financiamiento, en especie o dineraria, en forma adicional al monto único consolidado, salvo el beneficio extraordinario transitorio y el Incentivo Único que se otorga a través del Comité de Administración de Fondos de Asistencia y Estímulo (CAFAE). Por otro lado, los Aguinaldos por Fiestas Patrias y por Navidad, así como la Bonificación por Escolaridad se entregan en los montos establecidos en el marco de las Leyes de Presupuesto del Sector Público. Finalmente, la referida Disposición establece que el 65% del ingreso mensual queda afecto a cargas

sociales y es de naturaleza pensionable. A continuación mostramos el Anexo 1 del referido Decreto Supremo:

Tabla 4

Monto Único Consolidado de la Remuneración

| Grupo Ocupacional | Nivel Remunerativo | Monto Único S/ |
|-------------------|--------------------|----------------|
| Funcionario | F-8 | 854,26 |
| | F-7 | 835,28 |
| | F-6 | 815,82 |
| | F-5 | 796,39 |
| | F-4 | 776,96 |
| | F-3 | 757,49 |
| | F-2 | 738,10 |
| Profesional | F-1 | 713,93 |
| | SPA | 698,59 |
| | SPB | 673,65 |
| | SPC | 648,77 |
| | SPD | 623,88 |
| | SPE | 598,98 |
| Técnico | SPF | 574,19 |
| | STA | 574,93 |
| | STB | 567,17 |
| | STC | 559,39 |
| | STD | 551,62 |
| | STE | 543,85 |
| Auxiliar | STF | 536,08 |
| | SAA | 551,68 |
| | SAB | 543,90 |
| | SAC | 536,12 |
| | SAD | 528,34 |
| SAE | 520,56 | |
| SAF | 512,80 | |

Fuente: Anexo I Decreto Supremo N° 261-2019-EF, publicado en el diario oficial El Peruano en fecha 10 de agosto de 2019.

Cabe señalar que la expedición de dicho Decreto Supremo no pone fin al problema que se viene dando dentro de la administración pública, toda vez de que, aun con la referida consolidación de ingresos, quedan muchos conceptos económicos que tienen características de ser remunerativos, pues para realizar dicha consolidación, no se ha realizado un estudio detallado de cada uno dichos conceptos, ni mucho menos se han percatado de las particularidades que tiene

cada sector de la administración pública. Sin embargo, la tendencia es que la administración reconozca lo que sucede en la realidad de los hechos, en otras palabras, reconozca como remuneración todo ingreso permanente, regular y de libre disposición del trabajador que es otorgado en contraprestación a sus servicios prestados a la entidad.

Asimismo, el monto diferencial entre lo percibido actualmente por el servidor y el monto único consolidado, se considera como un beneficio extraordinario transitorio, que no tiene carácter remunerativo ni pensionable; por lo tanto, no constituye base para el cálculo de otros beneficios, no está afecta a cargas sociales, y corresponde su percepción en tanto el servidor se mantenga en el régimen laboral del Decreto legislativo N° 276. Por lo tanto, dicho Decreto Supremo, si bien es cierto que su dación apoya como un argumento adicional al presente trabajo de investigación; sin embargo, no resuelve nuestro problema planteado inicialmente; es por ello que, la alternativa que se plantea en el presente trabajo, es mucho más amplio, y tiene un fundamento jurídico legal que abarca la remuneración en su integridad, pues a través de la aplicación del principio de primacía de la realidad, se tiene un argumento sólido para que el mismo Estado pueda acogerlos, o los mismos trabajadores, pueden incoar procesos judiciales para hacer valer sus derechos.

Por otro lado, otro de los sectores en la cual también se ha consolidado los ingresos percibidos, es el Poder Judicial, pues a través de la Centésima Octava Disposición Final Complementaria, se ha dispuesto que todos los ingresos del personal jurisdiccional y administrativo del Poder Judicial del Régimen Laboral del Decreto Legislativo 728 que perciben a la fecha de publicación de la presente ley, se consoliden en un único monto; para tal efecto, el cuarenta por ciento (40%) del monto consolidado queda afecto a cargas sociales y es de naturaleza pensionable. Un aspecto principal en cuanto a los trabajadores jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial, es que a lo largo de los años, han venido tomando medidas de lucha, a fin de lograr aumentos en su remuneración; sin embargo, el Poder Ejecutivo, solamente ha logrado paliar parcialmente los reclamos de este sector, pues se ha venido incrementando los ingresos año tras año, sin que dicho ingreso forme parte de la remuneración, con ello se ha incrementado la brecha entre los conceptos económicos remunerativos y los no

remunerativos; sin embargo, recién a inicios del año 2019, se ha consolidado dichos ingresos, con ello se ha reconocido que, a pesar de que la norma les excluía su carácter remunerativo, éstos, siempre tenían el carácter de ser remunerativo; no obstante, el estado ha venido ocultando como una especie de fraude a la Ley, a través del principio de legalidad que pregonan.

4.3. Base normativa para la aplicación del principio de primacía de la realidad en la determinación de la naturaleza remunerativa (objetivo específico 3)

La base normativa para la aplicación del principio de primacía de la realidad en la determinación de la naturaleza remunerativa de un concepto económico percibido en la relación laboral de la administración pública, se puede dividir en dos aspectos.

4.3.1. Normativa sustantiva

Dentro de las normas principales que sirve para la aplicación del principio de primacía de la realidad en la determinación de la naturaleza remunerativa de un concepto económico percibido en la relación laboral de la administración pública es una norma de orden constitucional y supranacional, como son:

- a) Artículo 3° de la Constitución política del Perú, que prescribe: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. En base a ésta normativa es que el máximo intérprete de la constitución ha reconocido el principio de primacía de la realidad como un principio implícito.
- b) Artículo 1° de la C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951, Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, que entró en vigor en fecha 23 mayo 1953, que prescribe: “A los efectos del presente Convenio: (a) el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último”.

- c) Artículo 6° y 7° del Texto único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, que define el concepto de remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición, cuya aplicación se extiende a nivel todos los regímenes laborales de la administración pública.

4.3.2. Mecanismos para su aplicación

Los mecanismos para la aplicación de las normas sustantivas antes mencionados, son principalmente principios constitucionales y de interpretación de derechos humanos, respectivamente, como son: el principio de favorabilidad que está reconocido en el artículo 26° inciso 3 de la Constitución Política del Estado; y el principio pro homine, los mismos que son pautas generales que permiten la materialización de las normas sustantivas antes mencionados. Asimismo, es indispensable la aplicación del método de interpretación jurídica como es la de jerarquía normativa que está regulado en el artículo 51° de la Constitución Política del Perú, que permite preferir la aplicación de normas constitucionales, antes que las normas con rango de Ley.

CONCLUSIONES

- Dentro de las relaciones laborales de la administración pública, se ha determinado que existen dos criterios de determinación de la naturaleza remunerativa, esto es, el criterio de determinación conceptual o la naturaleza jurídica de la remuneración y el criterio del principio de legalidad. El criterio dominante en la administración pública es éste último, es decir, en aplicación del principio de legalidad, la calificación normativa prima sobre la naturaleza jurídica o conceptual de aquellos.
- Consideramos que la calificación conceptual o naturaleza remunerativa de un concepto económico prima sobre la calificación legal, por los siguientes argumentos: i) Los conceptos económicos percibidos por el trabajador son de carácter laboral, la misma que tiene una clara vocación de tutela y protección del más débil de la relación, ii) Por aplicación del principio de la norma más favorable y principio pro homine, el C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951, prima sobre todas las normas destinadas a restarle el carácter remunerativo de un concepto económico, iii) la omnipotencia del principio de primacía de la realidad en los ámbitos del derechos laboral y, vi) reconocimiento tácito por la administración pública.
- El marco normativo para la aplicación del principio de primacía de la realidad para la determinación de la naturaleza remunerativa de un concepto económico percibido dentro de las relaciones laborales de la administración pública, se encuentra reconocido en el artículo 3º de la Constitución Política del Perú, y el 1 del C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951, Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, que entró en vigor en fecha 23 mayo 1953, las mismas que para su efectiva aplicación requiere del principio constitucional de favorabilidad y el principio de interpretación de derechos humanos pro homine; asimismo, el principio de interpretación jurídica de jerarquía normativa.
- Las conclusiones antes arribadas permiten concluir que es posible la aplicación del principio de primacía de la realidad para determinar la naturaleza remunerativa de un concepto económico percibido en las relaciones laborales de la administración pública, por ende su aplicación debe darse en todos los ámbitos de



las relaciones de trabajo, dado su carácter omnicompreensivo, prefiriéndose el criterio conceptual o naturaleza jurídica de la remuneración, sobre el criterio legal, prefiriéndose principios y valores que la Constitución reconoce y no de una simple aplicación de disposiciones de menor rango que finalmente pueden llegar a ser transgresoras de derechos fundamentales de la persona humana.



RECOMENDACIONES

- Se recomienda la realización de un estudio para la modificación del Informe Legal N° 524-2012-SERVIR/GPGSC, de fecha 21 de diciembre de 2012, para que el principio de primacía de la realidad pueda ser aplicado para la determinación de la naturaleza remunerativa de los conceptos económicos percibidos en las relaciones laborales de la administración pública.
- Se recomienda realizar un estudio para determinar los alcances del principio de primacía de la realidad en la determinación de la naturaleza remunerativa de un concepto económico percibido en las relaciones laborales de la administración pública
- Se recomienda incorporar una norma desarrollo constitucional que permita materializar la aplicación del C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951, con la finalidad de su aplicación directa por parte del sistema de gestión de recursos humanos del estado, así como el órgano jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Olea, M., & Casas Baamonde, E. M. (2001). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Thomson.
- Arce Ortíz, E. G. (2007). *Configuración Jurídica de la Remuneración y los Beneficios Sociales en el Perú*. Lima: Revista Asesoría Legal.
- Arévalo Vela, J. (2008). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- Bernales, B. E. (1999). *Comentarios a la Constitución de 1993*. Lima: RAO S.R.L.
- Boza Pro, G. (2011). *Lecciones de Derecho de Trabajo*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- C100 - Convenio Sobre Igualdad de Remuneraciones. (29 de Junio de 1951). Ginebra: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100#:~:text=Convenio%20relativo%20a%20la%20igualdad,en%20vigor%3A%2023%20mayo%201953).
- Cahuatocto Sandoval, H. (2010). *El Fraude y la Simulación en la Contratación Laboral*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- Casación Laboral N° 10277-2016-Ica. (16 de Septiembre de 2018). Diario Oficial El Peruano.
- Casación Laboral N° 18185-2016 Lima. (31 de Mayo de 2017). Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Casación N° 1112-2014-Lima. (28 de Abril de 2016). Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Casación N° 3951-2012-Cusco. (30 de Octubre de 2015). Diario Oficial El Peruano.
- Casación N° 18649-2016-Cusco. (03 de Junio de 2019). Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Casación N° 20394-2015-Cusco. (03 de Mayo de 2017). Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Casación N° 5539-2016 Lima. (03 de Junio de 2019). Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Código Civil. (1984). Perú: Sistema Peruano de Información Jurídica.

- Constitución Política del Perú. (1993). Perú: Sistema Peruano de Información Jurídica.
- Danos Ordoñez, J. (2008). *El régimen de la carrera administrativa y la necesidad urgente de su reforma*. Lima: Grijley.
- De la Cueva, M. (1977). *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Porrúa.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948).
<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp#:~:text=DECLARACI%C3%93N%20AMERICANA%20DE%20LOS%20DERECHOS%20Y%20DEBERES%20DEL%20HOMBRE&text=Todos%20los%20hombres%20nacen%20libres,exigencia%20del%20derecho%20de%20todos>.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (10 de Diciembre de 1948).
https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.
- Decreto Legislativo N° 276 Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público . (24 de Marzo de 1984). Perú.
- Díaz Aroco, T. (1996). *Derecho Individual del Trabajo*. Lima: Grafica Horizonte.
- Dromi, R. (1996). *El Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires.
- Eto Cruz, G., Mesinas Montero, F., Vilela Carbajal, K., Benavente Chorres, H., Avalos Jara, O., Sosa, S. J., y otros. (2011). *El Tribunal Constitucional Reescribe el Derecho, Estudios Sobre la Incidencia de la Jurisprudencia Constitucional en las Diferentes Especialidades del Derecho*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Expediente N° 0020-2012-PI/TC. (16 de Abril de 2014). Perú: Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Expediente N° 00457-2006-PA/TC-Ucayali. (30 de Diciembre de 2006). Perú: Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.
- Expediente N° 004814-2005-PA/TC-Loreto. (31 de Enero de 2006). Perú: Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.
- Expediente N° 00847-2012-PC/TC. (23 de Octubre de 2012). Perú: Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Expediente N° 00850-2011-PC/TC Loreto . (20 de Abril de 2011). Perú: Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.



- Expediente N° 04877-2005-PA/TC-Lima. (28 de Febrero de 2006). Perú: Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.
- Expediente N° 04922-2007-PA/TC Lima. (18 de Octubre de 2007). Lima, Perú: Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Expediente N° 0677-2004-AA/TC Junin. (28 de Abril de 2004). Perú: Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Expediente N° 3007-2003-AA/TC Tacna. (8 de Julio de 2004). Perú: Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.
- Expediente N° 593-2004-AA/TC Tacna. (26 de Marzo de 2004). Perú: Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.
- Expediente N° 666-2004-AA/TC-Ica. (25 de Junio de 2004). Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.
- Expediente N° 1417-2005-AA/TC-Lima. (8 de Julio de 2005). Perú: Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.
- Ferro Delgado, V. (1998). *El Concepto de Remuneración*. Lima: Asesoría Laboral.
- García de Enterría, E., & Ramón Fernández, T. (1974). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- García Manrique, A., Valderrama Valderrama, L., & Paredes Espinoza, B. (2014). *Remuneraciones y Beneficios Sociales*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Gúzman, N. C. (2015). *La Constitución Política: Un Análisis Funcional* (Primera edición ed.). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Haro, C. J. (2017). *Derecho Laboral en la Administración Pública*. Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.
- Hernández Sampiere, R. (2010). *Metodología de la investigación* (Cuarta edición ed.). Mexico: MacGraw-Hill.
- Izaga Rodríguez, C. (2018). *Repositorio Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo*. Recuperado el 6 de Noviembre de 2019, de <http://www.unprg.edu.pe/univ/portal/>

- Ley 30057. (4 de Julio de 2013). Ley del Servicio Civil. Perú: Sistema Peruano de Información Jurídica.
- Ley N° 27735 Ley que regula el otorgamiento de las gratificaciones para los trabajadores del régimen de la actividad privada por fiestas patrias y navidad. (28 de Mayo de 2002). Perú: Sistema Peruano de Información Jurídica.
- López Basantía, J. (1997). *El Salario*. México: AIADTSSS-UNAM.
- López Basantía, J. (2007). *El Salario*. México: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-UNAM.
- Martín, R. (2002). *El Salario en Especie*. Navarra: Arazandi.
- Medellín Uquiaga, X. (s.f.). *Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (OACNUDH) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*. Recuperado el 09 de Septiembre de 2019, de www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos_Principio%20pro%20persona.pdf
- Medellín, U. X. (2013). *Principio Pro Persona*. Recuperado el 26 de Abril de 2020, de http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/1-Principio_pro-persona.pdf
- Miranda Hurtado, G. (2004). *Instituciones y Perspectivas del Derecho Laboral Público. Derecho y Sociedad PUCP(23)*.
- Morón Urbina, J. C. (2006). *La Carrera Administrativa en La Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Obra Colectiva*. Lima: Gaceta Juridica.
- Neves Mujica, J. (2003). *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Neves Mujica, J. (2004). *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Neves Mujica, J. (2016). *Introducción al Derecho de Trabajo* (Tercer edición ed.). Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales . (16 de Diciembre de 1966). <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.



- Pineda, G. J. (2008). *Investigación Jurídica*. Puno: Pacífico.
- Pizarro Díaz, M. (2006). *La Remuneración en el Perú. Analisis Juridico Laboral*. Lima: Estudio Gonzales y Asociados.
- Plá Rodríguez, A. (1998). *Los Principio del Derecho al Trabajo*. Buenos Aires: Depalma.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia Laboral de Derechos Económicos Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. (17 de Diciembre de 1988). San Salvador.
- Real Academia de la Lengua Española. (2001). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Recuperado el 27 de Abril de 2020, de <https://dle.rae.es/>
- Rendon Vásquez, J. (2008). *Derecho del Trabajo*. Lima: Tarpuy.
- Romero Montes, F. J. (2004). *El Principio de veracidad o principio de la realidad, en los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*. Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
- Ruíz Riquero, J. H. (2013). *Luces y Sombras en la Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en la Jurisprudencia Laboral Peruana. Gaceta Jurídica*. Lima: Soluciones Laborales.
- Texto Único Ordenado de la Normatividad del Servicio Civil. (26 de Octubre de 2010). Sistema Peruano de Información Jurídica.
- Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 650 Ley de Compensación por Tiempo de Servicios. (01 de Marzo de 1997). Perú: Sistema Peruano de Información Jurídica.
- Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (27 de Marzo de 1997). Decreto Supremo N° 003-97-TR. Perú: Sistema Peruano de Información Juridica.
- Toyama Miyagusuku, J. (2016). *Remuneraciones y Beneficios Sociales*. Lima: Gaceta Juridica.
- Toyama Miyagusuku, J. (05 de agosto de 2017). www.google.com. Recuperado el 05 de agosto de 2017



- Toyama, M. J. (2010). *Los derechos fundamentales: Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Valderrama Valderrama, L. (2014). *Régimen Laboral de los Trabajadores Públicos en la Jurisprudencia del Tribunal del Servicio Civil*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Volmar, P. O. (2005). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 30 de mayo de 2019, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26115.pdf>



ANEXOS