

Resolución de Gerencia General

N° 057-2008-GG-OSITRAN

Lima, 12 de agosto de 2008

La Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

VISTO:

El recurso de apelación de fecha 15 de octubre de 2007 y su ampliación efectuada mediante carta de fecha 06 de noviembre de 2007, interpuesto por el señor Felix Vasi Zevallos contra el Oficio N° 552-07-GAF-OSITRAN, de fecha 28 de setiembre de 2007, emitido por la Gerencia de Administración y Finanzas, por el cual se le comunicaba la no procedencia de su solicitud de pago de de tres remuneraciones por cada récord vacacional no gozado; así como el Informe N° 040-08-GAL-OSITRAN de fecha, 31 de julio de 2008;

CONSIDERANDO:

Que, mediante carta de fecha 16 de abril de 2007, el señor Felix Vasi Zevallos, ex Gerente de Asesoría Legal, solicita se le abone tres remuneraciones por cada récord vacacional no gozado a manera de indemnización, señalando que ello se encuentra establecido en las normas vigentes;

Que, mediante Oficio 552-07-GAF-OSITRAN, emitido por el Gerente de Administración y Finanzas (e), de fecha 28 de setiembre de 2007, le comunica al señor Félix Vasi Zevallos, que no procede su solicitud por haber tenido un cargo directriz, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 713, Ley que consolida la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 012-92-TR;

Que, mediante Carta de fecha 15 de octubre de 2007, el señor Felix Vasi Zevallos, interpone recurso de apelación contra el referido Oficio del Gerente de Administración y Finanzas (e), recurso que es presentado dentro del plazo legal establecido en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyos fundamentos fueron ampliados mediante carta de fecha 06 de noviembre de 2007;

Que, a través del Oficio N° 552-07-GAF-OSITRAN, el Gerente de Administración y Fianzas (e), manifiesta que en la Liquidación de Beneficios Sociales del recurrente, la cual ya se canceló, se advierte que gozó parcialmente de sus vacaciones en el período 2004-2005, pagándosele el saldo. En relación a las vacaciones de los períodos 2005-2006 y 2006-2007 y la que corresponde a los tres (03) días que van del 10.04.2007 al 13.04.2007 el recurrente efectuó el cobró de las mismas con la referida Liquidación;

Que, el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 713, que consolida la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, señala que la oportunidad del descanso vacacional será fijada de común acuerdo entre el empleador y el trabajador, teniendo en cuenta las necesidades de funcionamiento de la empresa y los intereses propios del trabajador. A falta de acuerdo decidirá el empleador en uso de su facultad directriz;

Que, por otro lado, el artículo 23° de la referida norma, indica que los trabajadores, en caso de no disfrutar del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquél en el que adquieren el derecho, percibirán lo siguiente:

- a) Una remuneración por el trabajo realizado;
- b) Una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado; y,
- c) Una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso. Esta indemnización no está sujeta a pago o retención de ninguna aportación, contribución o tributo.

El monto de las remuneraciones indicadas será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectúe el pago;

Que, el Artículo 24° del Decreto Supremo N° 012-92-TR, Reglamento del Decreto Legislativo N° 713 sobre los descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, establece que la indemnización por falta de descanso vacacional a que se refiere el inciso c) del Artículo 23° del Decreto Legislativo, no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional. En ningún caso la indemnización incluye a la bonificación por tiempo de servicios;

Que, en aplicación de la restricción mencionada en el numeral precedente, la indemnización por falta de descanso vacacional no alcanza a los gerentes, calidad y condición que ostentó el señor Félix Vasi Zevallos, quien ocupó el cargo de Gerente de Asesoría Legal de OSITRAN, quien en virtud a dicho cargo gozaba de facultad directriz de gestión, no pudiendo invocar sus propios actos u omisiones para la generación de un derecho; más aún si se tiene en cuenta que mediante Memorando N° 059-07-GAF-OSITRAN, de fecha 03 de abril de 2007, la Gerencia de Administración y Finanzas de OSITRAN, manifestó su preocupación al señor Vasi Zevallos, por cuanto de la revisión de vacaciones pendientes del personal de OSITRAN, se había observado que tenía acumulado más de un período vacacional, quien tenía a esa fecha vacaciones pendientes por 41 días (incumpliendo con la Directiva sobre Descanso Físico Anual por Vacaciones, aprobada por Resolución N° 006-2004-GG-OSITRAN); en dicho Memorando, la Gerencia de Administración y Finanzas le solicitó incluso la relación de trabajadores de la Gerencia a su cargo, incluido él, y las fechas en que estarían haciendo uso de su goce vacacional;

Que, según lo manifestado en el párrafo precedente, queda demostrado que el ex Gerente de Asesoría Legal tenía la facultad para decidir no sólo respecto de las vacaciones del personal de su gerencia, sino también, por obvias razones, las de él mismo; sin embargo, no respondió el memorando de la Gerencia de Administración y Finanzas, con lo cual queda demostrada su decisión de no hacer uso de su descanso vacacional, las cuales según se puede apreciar se encontraban sujetas a su libre voluntad y capacidad de decisión o capacidad directriz de la que gozaba dentro de OSITRAN;

Que, un aspecto de suma importancia a destacar, es que si bien no existió una decisión o acto formal para considerar el cargo de Gerente de Asesoría Legal como un cargo de confianza, lo cierto es que la realidad de los hechos, es decir, lo que ocurrió en la práctica y en los

documentos emitidos, es que el señor Félix Vasi Zevallos se desempeñó como trabajador de confianza, tan es así, que en ausencia del Gerente General, ocupó éste cargo, tal como se advierte del Memorando N° 046-03-GG-OSITRAN, de fecha 21 de julio de 2003; e incluso se desempeñó como Secretario del Consejo Directivo, del Tribunal de Solución de Controversias y del Cuerpo Colegiado;

Que, a fin de ilustrar la presente resolución, se expresa que existe consenso en considerar que, dentro de la relación laboral de la actividad privada, los denominados trabajadores de confianza tienen, a diferencia de los demás trabajadores, un grado mayor de responsabilidad, a consecuencia de que el empleador les ha delegado la atención de labores propias de él, otorgándoles una suerte de representación general. Al respecto, Néstor de Buen considera que

“El trabajo de confianza no es un trabajo especial sino una relación especial entre el patrón y el trabajador, en razón de las funciones que éste desempeña. (...) En rigor, los trabajadores de confianza son trabajadores con un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea que desempeñan y de alguna manera hacen presente el interés del patrón (...).”

Similar es la noción de empleado de confianza asumida por Celso Mendo Rubio, para quien dicho concepto

“Está referido necesariamente a un campo más estricto que la genérica confianza que debe tener todo empleador frente a sus trabajadores (característico de todo vínculo laboral, pues de lo contrario no se contrataría), ya que este empleado alcanza una mayor y más directa vinculación con el empleador, goza de su máxima confianza y apenas está sujeto a una limitadísima subordinación (...), tiene la representación del empleador, actúa en su nombre haciendo sus veces, tiene poder de dirección y responde por cada uno de dichos actos (...).”

Que, del mismo modo, a fin de evaluar el pedido del ex Gerente de Asesoría Legal, se debe tener en cuenta la Directiva sobre el Descanso Físico Anual por Vacaciones, aprobada mediante Resolución de Gerencia General N° 006-2004-GG-OSITRAN, la cual es de aplicación a todos los trabajadores de OSITRAN, la misma que la parte correspondiente a la Programación de Vacaciones, a la letra dice:

“a) Anualmente, las Gerencias o Jefaturas de Oficinas, informarán a la Gerencia de Administración y Finanzas, la Programación Anual de Vacaciones del personal bajo su cargo para el año siguiente.....”

En la parte correspondiente a Oportunidad del Descanso Físico Vacacional expresa:

“Se fijará teniendo en consideración lo siguiente:

- a) Debe ser efectivizado dentro del año siguiente a aquel en el que se adquiere el derecho.*

- b) *La oportunidad de efectivizarlo será fijada de común acuerdo entre el jefe inmediato y el trabajador, teniendo en cuenta las necesidades de funcionamiento de OSITRAN...*

En lo que respecta a la Acumulación del Descanso Físico Vacacional se estableció:

“El trabajador puede convenir por escrito con su jefe inmediato, en acumular hasta dos (02) Descansos Físicos Vacacionales consecutivos, siempre que después de un año de servicios disfrute de un descanso de por lo menos siete (07) días calendario, que serán deducibles del período vacacional acumulado, para cuyo efecto deberá suscribirse un Acuerdo entre el trabajador y la Gerencia General.”

Que, del dispositivo transcrito se puede apreciar, que si bien el trabajador de OSITRAN tiene la posibilidad y/o potestad de acumular sus vacaciones, para que ello opere está en la obligación de cumplir dos (02) requisitos: El primero, haber disfrutado por lo menos de siete días del descanso acumulado; y, el segundo, haber suscrito un Acuerdo con la Gerencia General;

Que, en el caso de autos, se puede apreciar que el señor Félix Vasi Zevallos, nunca suscribió ningún Acuerdo con la Gerencia General, a pesar que bien pudo haberlo solicitado, más aún, cuando la Gerencia de Administración y Finanzas se percató que éste tenía acumulado más de un período vacacional (41 días), vía Memorando N° 059-07-GAF-OSITRAN, lo requiere a fin que haga uso de su goce vacacional; sin embargo, como reiteramos, tácita y voluntariamente decidió no gozar del descanso que le correspondía;

Que, independientemente de lo expuesto en los puntos precedentes, debemos referirnos también a lo expuesto por el señor Félix Vasi Zevallos, tanto en su escrito de apelación, como en su ampliación a la apelación, documentos en los cuales reiteradamente expresa que durante su permanencia en OSITRAN no tuvo facultad directriz, afirmación que como ya lo hemos manifestado y sustentado en los párrafos precedentes no se ajusta a la realidad, dado a que en su calidad y condición de Gerente de Asesoría Legal gozaba de tal facultad y los hechos sucedidos y descritos así lo demuestran;

Que, el señor Vasi Zevallos, invoca también como fundamentos de su recurso de apelación la aplicación de tres principios, Principio de Igualdad de Oportunidades o no Discriminación, Principio de la Primacía de la Realidad y Principio de In Dubio Pro Operatio; en este sentido, debemos manifestar lo siguiente:

- a) Respecto del Principio de Igualdad de Oportunidades o no Discriminación, cabe precisar que este principio se encuentra consagrado en el numeral 1 del artículo 26° de la Constitución Política del Perú y en la Ley N° 28983 publicada el 16 de marzo de 2007; pero que sin embargo este principio se refiere fundamentalmente a la igualdad entre hombres y mujeres, sin discriminación, que para los efectos de la Ley antes mencionada, se entiende por discriminación cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre la mujer y el hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra, en concordancia con lo establecido en la

Constitución Política del Perú y en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado peruano.

Al respecto, cabe señalar, que la Gerencia de Administración y Finanzas al remitirle al señor Félix Vasi Zevallos el Memorando N° 059-07-GAF-OSITRAN, mediante el cual le requería informe de las fechas en que él y su personal estarían haciendo uso de su goce vacacional, le estaba otorgando la oportunidad de hacer uso de su goce vacacional, tan igual como lo hace con el resto de trabajadores de OSITRAN, requerimiento que como reiteramos una vez más, no fue atendido ni respondido por el ex Gerente de Asesoría Legal; por lo que de ninguna manera se puede afirmar que no hemos dado cumplimiento al Principio de Igualdad de Oportunidades;

- b) Respecto del Principio de Primacía de la Realidad, corresponde manifestar que el Tribunal Constitucional en diferente jurisprudencia ha precisado, en mérito de este principio, que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye en documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos; sin embargo, para el caso en análisis, tanto en el terreno de los hechos como en el de los documentos se advierte que el señor Vasi Zevallos, en uso de su cargo y la facultad directriz que este le confería, no cumplió con requerir y menos programar el uso de sus vacaciones, pese a encontrarse obligado a ello, según se encuentra establecido en la Directiva sobre el Descanso Físico Anual por Vacaciones aprobada mediante Resolución de Gerencia General N° 006-2004-GG-OSITRAN, la cual es de público y amplio conocimiento dentro del personal de OSITRAN, más aún en la Gerencia de Asesoría Legal; por lo que la aplicación de este principio no convalida ni reconoce derechos que en su momento no cumplieron con los requisitos establecidos en la Ley; por consiguiente, si el ex Gerente de Asesoría Legal no hizo uso de su descanso vacacional fue por decisión propia, toda vez que se ha verificado que fue debidamente requerido por la Gerencia de Administración y Finanzas de OSITRAN, requerimiento que no cumplió con absolver; por lo que este principio invocado tampoco resulta de aplicación para el reclamo y fundamento de apelación del señor Vasi Zevallos;
- c) En lo que respecta al Principio In Dubio Pro Operatio, cabe señalar que es una locución latina que expresa que se trata de un principio jurídico que señala que en caso de duda, por ejemplo por insuficiencia probatoria, se favorecerá al trabajador; sin embargo, de los hechos analizados no se advierte duda alguna, que por el contrario, de la documentación y legislación revisada queda claro que el señor Vasi Zevallos, en uso de su facultad directriz decidió no hacer uso de su descanso vacacional.

Que, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Constitucional (EXP. N° 03501-2006-PA/TC LIMA RICARDO DAVID CHÁVEZ CABALLERO) es de la misma opinión, que estima que un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores “comunes,” destacando entre ellas la que señala:

“No tienen derecho a una indemnización vacacional. El Decreto Supremo N° 012-92-TR, en su artículo 24, establece: “La indemnización por falta de descanso vacacional a que se refiere el inciso c) del artículo 23° del Decreto Legislativo N° 713, no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional. En ningún caso la indemnización incluye a la bonificación por tiempo de servicios.”

Que, en el texto de la sentencia que en parte se ha transcrito en el párrafo precedente, se puede apreciar la existencia de una restricción legal para tener derecho a percibir la indemnización por no haber disfrutado del descanso vacacional, restricción en la que se encuentra incurso el señor Felix Vasi Zevallos, al haber ocupado el cargo de Gerente de Asesoría Legal de OSITRAN, más aún, si también se ha determinado y demostrado que la Gerencia de Administración y Finanzas lo requirió a fin que haga uso de su descanso vacacional; y éste no lo hizo; es decir, voluntariamente decidió no hacer uso de su descanso vacacional, conducta que encuadra perfectamente en la restricción establecida en la norma que se comenta, consecuentemente no le corresponde percibir la indemnización reclamada;

Que, en consecuencia, por todo lo anteriormente expuesto queda claro que los trabajadores y/o funcionarios de confianza, como es el presente caso, no gozan de una indemnización vacacional, por lo que debe declararse Infundado el recurso de apelación presentado por el señor Felix Vasi Zevallos;

Que, el artículo 57° del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, aprobado mediante D.S. N° 044-2006-PCM, señala que la Gerencia General es el órgano encargado de la marcha administrativa de la institución;

Por lo expuesto **SE RESUELVE:**

PRIMERO.- Declarar Infundado el recurso de apelación interpuesto por el señor Felix Vasi Zevallos contra el Oficio N° 552-07-GAF-OSITRAN, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

SEGUNDO.- Confirmar el Oficio N° 552-07-GAF-OSITRAN, de fecha 28 de setiembre de 2007, emitido por la Gerencia de Administración y Finanzas de OSITRAN, por el cual se comunica al señor Félix Vasi Zevallos que su requerimiento de pago de tres remuneraciones por cada récord vacacional no gozado, no resulta procedente.

TERCERO.- Notificar al señor Felix Vasi Zevallos, el contenido de la presente resolución, así como el Informe N° 040-08-GAL-OSITRAN.

Regístrese, comuníquese y archívese.

FERNANDO LLANOS CORREA
Gerente General (e)