



CARGO

Resolución de Secretaría General

Nº 003 -2016-INGEMMET/SG

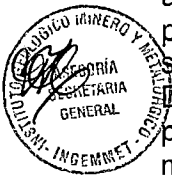
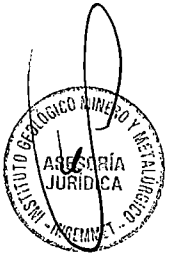
Lima, 12 ENE. 2016

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por el señor Javier Ignacio Nieves Tuesta contra la Resolución Directoral Nº 136-2015-INGEMMET/OA de fecha 06 noviembre de 2015, y el Informe Nº 009-2016-INGEMMET-OAJ de fecha 12 de enero de 2016;

CONSIDERANDO:

Que, el 25 de noviembre de 2015, el impugnante presentó su recurso de apelación contra la Resolución Directoral Nº 136-2015-INGEMMET/OA de fecha 06 noviembre de 2015, manifestando textualmente que: "a) el INGEMMET no ha demostrado de manera debidamente documentada que el recurrente hubiera percibido remuneraciones correspondientes a pago vacacional alguno en cada oportunidad, limitándose a mencionar mis remuneraciones mensuales correspondientes a los meses laborales, como si éstas fueran un pago vacacional, b) no se ha establecido de manera debidamente documentada que el suscrito tenga la condición de Directivo, toda vez que durante el desempeño de los distintos cargos que he detentado en el INGEMMET, nunca he tenido la condición de Servidor Público Directivo Superior (SP-DS) inherente a aquel que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, por cuanto en los sucesivos Cuadros de Asignación de Personal CAP del INGEMMET me encuentro clasificado como Servidor Público Ejecutivo (SP-EJ), resultándome por lo tanto de aplicación, en estricto respeto y observancia del derecho, percibir una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado así como una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso y por no disfrutar del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquél en el que adquiere el derecho, conforme lo señala el precitado Decreto Legislativo Nº 713 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 012-92-TR, sobre los descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada; la percepción de remuneración vacacional y condición de Directivo que el Director de la Oficina de Administración del INGEMMET me atribuye de manera tendenciosa, temeraria y falaz en la Resolución impugnada, con el propósito de limitar mis derechos vacacionales adquiridos, expuestos con arreglo a Ley y sustentos en abundancia, vulneran mis derechos, no habiendo tomado en cuenta el Director de la Oficina de Administración y c) que nunca ha tenido la capacidad de decidir por sí mismo no hacer uso del descanso vacacional, correspondiéndole tal atribulación a mi jefe inmediato superior, conforme a la estructura orgánica funcional aprobada en el Reglamento de Organización y Funciones – ROF del INGEMMET, vigente en cada oportunidad, ni se ha establecido medio probatorio alguno respecto a las fechas reales en las que se efectivizó el uso físico del descanso vacacional como derecho adquirido, habiéndose limitado a citar, el precitado funcionario, documentos internos que, en el mejor de los casos, solo prueban una programación vacacional y no la materialización real del uso físico del descanso vacacional, y entre otros casos, como el propio Director de la Oficina de Administración lo señala, basándose en los propios informes elaborados por la Unidad de Personal, cita documentos que demuestran que el recurrente no disfrutó del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquél en el que adquiere el derecho, no obstante lo cual declara improcedente lo peticionado por el recurrente, vulnerando mis derechos laborales adquiridos";



Brenda Uza (hija)

72276093

Que, mediante documento correlativo N° 000392421 de fecha 30 de noviembre de 2015, la Secretaría General del INGEMMET remitió a la Oficina de Asesoría Jurídica, el recurso de apelación interpuesto por el impugnante, así como el expediente con los antecedentes del acto impugnado;

Que, de conformidad a lo establecido en la Directiva N° 004-2013-INGEMMET/PCD, aprobada por Resolución de Presidencia N° 065-2013-INGEMMET/PCD, la solicitud de retribuciones, según formato 01, debe estar dirigida a la Unidad de Personal y presentada en la Mesa de Partes de la entidad, la misma que emitirá un informe técnico dirigido a la Oficina de Administración señalando la procedencia o improcedencia de lo solicitado, según corresponda, adjuntando el expediente administrativo;

Que, conforme lo dispone la directiva mencionada en el considerando anterior, la Oficina de Administración, sobre la base del informe emitido por la Unidad de Personal y la certificación presupuestal correspondiente, emitirá la respectiva Resolución Directoral sobre la solicitud de pago de retribución;

Que, el término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, computados desde el día siguiente de la notificación del acto administrativo;

Que, el recurso de apelación se interpone cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debe dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico;

Que, de acuerdo al numeral 8.15 de la Directiva N° 004-2013-INGEMMET/PCD, la Secretaría General es competente para resolver el recurso de apelación dentro del plazo de treinta (30) días, con la opinión legal de la Oficina de Asesoría Jurídica;

Que, estando a lo señalado, se advierte que el recurso de apelación suscrito por el impugnante:

- i) Ha sido interpuesto dentro del plazo de los quince (15) días de notificado el acto materia de impugnación, conforme lo dispone la Directiva N° 004-2013-INGEMMET/PCD.
- ii) Cumple formalmente con los requisitos de admisibilidad previstos en los artículos 113°, 209° y 211° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, así como encontrarse con apego al procedimiento establecido en la Directiva N° 004-2013-INGEMMET/PCD.

Que, considerando que es deber de todo órgano decisor, en cautela del debido procedimiento, resolver la controversia puesta a conocimiento según el mérito de lo actuado; y habiéndose procedido a la valoración de los documentos y actuaciones que obran en el expediente, corresponde en esta etapa efectuar el análisis jurídico del recurso de apelación;

Que, de acuerdo a las consideraciones expuestas mediante Informe N° 009-2016-INGEMMET-OAJ de fecha 12 de enero del 2016, la Oficina de Asesoría Jurídica señala que el artículo 25° de la Constitución Política establece como derecho fundamental de todo trabajador al "descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio";

Que, la norma legal sobre vacaciones (Decreto Legislativo 713) establece en su artículo 10° que el trabajador tiene derecho de treinta días calendario de descanso



vacacional por cada año completo de servicios, derecho que está condicionado, además, al cumplimiento del record laboral correspondiente;

Que, el artículo 14° del mismo cuerpo legal establece, la oportunidad de goce del descanso, la cual es 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; y que, a la falta de acuerdo, decide el empleador en uso de su facultad directriz;

Que, el artículo 23° de la Ley citada, señala 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 reglamento de la citada Ley establece en su artículo 24° 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;

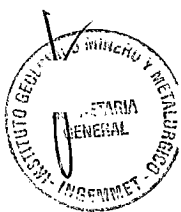
Que, conforme a lo señalado en el punto 4.20 del Informe N° 831-2015-INGEMMET/OA-UP de fecha 29 de octubre de 2015, de la Unidad de Personal, el recurrente ha tomado su descanso vacacional fuera del plazo establecido, de los periodos 2004-2005 (9 días), 2005-2006 (21 días), 2006-2007 (30 días), 2007-2008 (7 días), 2008-2009 (30días) y del periodo 2009-2010 (30 días), por lo que dichos días corresponde determinar si deben ser indemnizados;

Que, la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR ha establecido que, de conformidad al artículo 24° del Decreto Supremo N° 012-92-TR, la indemnización 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;

Que, sobre el particular, señala, que aun cuando la jurisprudencia no ha sido uniforme sobre la aplicación del citado artículo, debe tenerse en cuenta que la citada disposición constituye una excepción a la regla general establecida en el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 713, por lo que sus alcances no deben interpretarse de manera restrictiva;

Que, la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, considera que el artículo 24° del Reglamento excluye del pago indemnizatorio únicamente al personal directivo que tiene la capacidad de decidir, por sí mismo, la oportunidad del disfrute de su descanso vacacional;

Que, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 2501-2009-ICA del 15 de enero 2010, señalando: “(...), de la lectura del artículo denunciado se advierte que el mismo establece en forma clara y objetiva únicamente dos exigencias para que no proceda el abono de la indemnización vacacional, uno: tener el cargo de Gerente o Representante del empleador y dos, en esa especial condición, no haber decidido gozar del descanso vacacional. Décimo Tercero: En autos se encuentra establecido que el demandante carecía de poder de decisión, en tanto que a fin de solicitar el uso de descanso vacacional, se encontraba sujeto a una eventual



decisión del Directorio de la demandada, debiendo otorgar la demandada la indemnización vacacional (...);

Que, al presente caso, la aplicación de esta norma dependerá en analizar si el recurrente tuvo o no la capacidad de decidir la fecha en que ejercería tal derecho, teniendo en cuenta su cargo, pues lo que aquí prevalece es la suficiencia en la toma de esta decisión. Como ejemplo citamos una Ejecutoria Suprema recaída en el Exp.965-2001-Lima, en donde un directivo pretendía la triple indemnización. Bajo tal hipótesis, la Corte Suprema estableció que los directivos no pueden beneficiarse económicamente por su propia decisión de no gozar el descanso vacacional en tiempo oportuno, teniendo únicamente derecho a la remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado;

Que, estando a lo señalado, se puede observar en el expediente administrativo, la Resolución de Presidencia N° 138-2004-INGEMMET-PCD del 30 de setiembre de 2004, que resuelve contratar al señor Javier Ignacio Nieves Tuesta a partir del 01 de octubre de 2004 en el cargo de Jefe del Área de Recursos Humanos, Categoría y Nivel D-2 del INGEMMET;

Que, de conformidad a los Cuadros para Asignación de Personal – CAP del INGEMMET aprobados por Resolución Suprema N° 003-2002-EM del 16 de enero de 2002 y por Resolución Suprema N° 015-2013-EM del 01 de abril de 2013 y sus modificatorias, los cargos correspondientes a los Jefes y/o Directores de Unidad tienen la condición de Directivos con categoría D-2, más aún, el recurrente al haber suscrito el contrato, ha tenido pleno conocimiento de la condición bajo la cual ha sido contratado, aceptando los términos y cláusulas establecidas, teniendo pleno conocimiento que su condición y contrato siempre fue de directivo;

Que, por Decreto Supremo N°151-2001-EF de fecha 14 de julio de 2001, se aprobó la Escala Remunerativa de los trabajadores del INGEMMET; estableciéndose en el Anexo que forma parte integrante del mismo, las remuneraciones del personal y funcionarios de la entidad, advirtiéndose una diferencia notable entre las remuneraciones del personal y los directivos. En este caso, el citado trabajador en su condición de Directivos D-2, se le fijó la remuneración equivalente a S/. 9,500.00 Nuevos Soles conforme se advierte a continuación:

| NIVELES | REMUNERACIÓN (En Nuevos Soles) |
|----------------------|-----------------------------------|
| DIRECTIVOS | |
| D-6 | 16,000 |
| D-5 | 14,000 |
| D-4 | 12,000 |
| D-3 | 10,500 |
| D-2 | 9,500 |
| PROFESIONALES | |
| P-12 | 8,800 |
| P-11 | 8,450 |
| P-10 | 8,100 |
| P-9 | 7,800 |
| P-8 | 7,450 |
| P-7 | 6,850 |
| P-6 | 6,500 |
| P-5 | 6,200 |
| P-4 | 5,900 |
| P-3 | 5,550 |
| P-2 | 5,250 |
| P-1 | 4,800 |
| TÉCNICOS | |
| T-10 | 4,420 |
| T-9 | 4,250 |
| T-8 | 4,150 |
| T-7 | 4,050 |
| T-6 | 3,970 |
| T-5 | 3,750 |
| T-4 | 3,480 |
| T-3 | 3,250 |
| T-2 | 3,080 |
| T-1 | 2,900 |
| AUXILIARES | |
| A-6 | 2,850 |
| A-5 | 2,250 |
| A-4 | 2,150 |



Que, el señor Javier Ignacio Nieves Tuesta, desde octubre de 2004 a la fecha, se ha podido verificar que el recurrente tiene la condición de personal de dirección con nivel D-2, motivo por el cual no registra el ingreso y salidas de la institución, conforme lo establece el párrafo segundo del artículo 1° del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, (...)no existe obligación de llevar un registro de control de asistencia para trabajadores de dirección los que no se encuentren sujetos a fiscalización inmediata(...);

Que, en esta línea, el INGEMMET estableció en su Reglamento Interno de Trabajo – RIT, en su artículo 16°, respecto al Registro de Salida, precisa en su tercer párrafo que: “No están comprendidos en los alcances de este artículo los trabajadores de Dirección y de Confianza, los cuales no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata ni se encuentran comprendidos en la jornada máxima, con arreglo a Ley”;

Que, el señor Javier Ignacio Nieves Tuesta manifiesta que él no es personal directivo del INGEMMET, sin embargo, desde el momento que fue contratado como Jefe del Área de Recursos Humanos a plazo indeterminado, siempre se ha desarrollado como personal directivo, ya que jamás ha registrado sus ingresos y salidas de la institución, conforme lo hace el personal directivo del INGEMMET;

Que, respecto a la capacidad de decidir sobre el disfrute de su descanso vacacional, debemos tener presente lo establecido en el Manual de Organización y Funciones – MOF del INGEMMET, aprobado por Resolución de Presidencia N° 076-2002-INGEMMET-PCD de fecha 24 de octubre de 2002, vigente en ese momento, y el MOF actual aprobado por Resolución de Presidencia N° 156-2013-INGEMMET/PCD de fecha 12 de noviembre de 2013, el cual señala que el Jefe de Área de Recursos Humanos, depende jerárquicamente del Director de la Oficina de Administración;

Que, de conformidad al Reglamento de Organización y Funciones – ROF del INGEMMET, vigente en ese momento, aprobado por Decreto Supremo N° 026-2001-EM de fecha 07 de junio de 2001 y el ROF actual aprobado por Decreto Supremo N° 035-2007-EM de fecha 05 de julio de 2007, se estableció que la Oficina de Administración tiene bajo su dependencia a la Unidad de Personal;

Que, estando a lo expuesto, mediante Informe N° 018-2016-INGEMMET-OA/UP de fecha 12 de enero de 2016, la Unidad de Personal indica, que el señor Javier Ignacio Nieves Tuesta, percibe remuneraciones como personal directivo y que el mencionado servidor no registra asistencia desde su fecha de ingreso, en aplicación a la exoneración establecida en el Reglamento Interno de Trabajo – RIT de la entidad.;

Que, finalmente y visto el expediente administrativo, se ha podido verificar, que el recurrente ha tenido la condición de personal directivo; sin embargo, ha tenido subordinación jerárquica, por lo que no tenía la capacidad de decidir respecto al disfrute de su descanso vacacional, lo que se comprueba con los memorandos emitidos por el Director de Administración, ordenando al recurrente hacer uso de sus descansos vacacionales;

Que, el último párrafo del artículo 23° del Decreto Legislativo N° 713 establece que: “el monto de las remuneraciones indicadas será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectuó el pago”;

Que, la norma en mención no señala en que oportunidad deba efectuarse dicho pago, incluso puede realizarse luego de extinguida la relación laboral, con cargo al empleador de abonar la remuneración vigente al momento del pago;



Que, lo señalado se sustenta en el hecho de que nuestra jurisprudencia ha establecido que el cálculo de las vacaciones no gozadas y/o la indemnización vacacional se realizarán con la última remuneración computable. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la Casación N° 6105-2013-Lima, establece que: *"la remuneración a la que alude el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 713, parte in fine, como 'aquella que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectúe el pago' (sic.), no es sino aquella remuneración que percibió el trabajador a la fecha de cese, en tanto es aquel momento (el cese) en que se pretende el reclamo ante el órgano jurisdiccional y donde recién se procederá al pago del descanso vacacional no otorgado oportunamente por el empleador"*;

Que, de la lectura del citado artículo se deduce que no habría inconveniente alguno para efectuar el pago de la indemnización vacacional al momento del cese del trabajador, siendo liquidado justamente con la última remuneración que se encontró percibiendo, como generalmente sucede;

Que, resulta necesario precisar que los Informes emitidos por SERVIR solamente son vinculantes cuando así se encuentren expresamente establecidos en dichos informes y cuando sean emitidos por su Consejo Directivo, de conformidad al literal d) del artículo 16° del Decreto Legislativo N° 1023 que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, Rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, que establece:

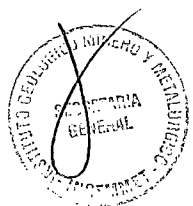
"Artículo 16.- Funciones y atribuciones del Consejo Directivo. Son funciones y atribuciones del Consejo Directivo: (...)

d) Emitir interpretaciones y opiniones vinculantes en las materias comprendidas en el ámbito del sistema".

Que, los informes legales emitidos por SERVIR son documentos ratificados por las gerencias técnicas que sustentan una opinión jurídica a consultas generales vinculadas con el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, en el proceso de elaboración, las opiniones legales toman en cuenta diversas fuentes doctrinarias, la casuística del Tribunal Constitucional y del Tribunal del Servicio Civil, y la opinión de la Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos de SERVIR. En tal sentido, deben ser considerados por los gestores de recursos humanos como una fuente informativa especializada, legítima y acreditada al momento de tomar decisiones y llevar a cabo actos administrativos, en conformidad con la Directiva de las opiniones técnicas, los informes legales no pueden dar respuesta a casos concretos y no pueden ser utilizados como instancia administrativa en las instituciones gubernamentales;

Que, el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 713, abre la posibilidad que el pago se realice en cualquier momento de la relación laboral o incluso luego de su extinción, pero a su vez, dentro del plazo de prescripción de 04 años conforme a lo establecido en la Ley que Establece Nuevo Plazo de Prescripción de las Acciones Derivadas de la Relación Laboral N° 27321;

Que, por otro lado, la Resolución N° 136-2015-INGEMMET/OA de fecha 06 de noviembre de 2015, señala que debido al vacío legal existente, que no indica cuando y de qué manera debe realizarse el pago de la indemnización, resulta aplicable la Ley que Establece Nuevos Plazos de Prescripción de las Acciones Derivadas de la Relación Laboral N° 27321, ya que dichas acciones a realizar por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los 4 años, contados desde el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral, por lo tanto, el derecho del señor Javier Ignacio Nieves Tuesta, se tornaría exigible recién cuando se extinga la relación laboral que mantiene con la institución y desde ese momento se computará el plazo prescriptorio;



Que, debemos indicar que la Ley 27321 precitada, señala en su artículo único lo siguiente:

*“Las acciones por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los 4 (cuatro) años, **contados desde el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral**”.*

Que, en consecuencia, podemos determinar que no resulta aplicable al señor Javier Ignacio Nieves Tuesta, la Ley N° 27321, debido a que el citado trabajador se encuentra con vínculo laboral vigente;

Que, los Procedimientos Administrativos se rigen, entre otros, por los Principios de Legalidad y el Debido Procedimiento Administrativo, previstos en los numerales 1.1) y 1.2) del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, mediante los cuales las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho; dentro de las facultades que le estén conferidas, y que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que compromete el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho;

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 202° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444;

Con el visto bueno de la Oficina de Asesoría Jurídica;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- DECLARAR FUNDADO EN PARTE el presente recurso de apelación, reconociéndosele a favor del señor Javier Ignacio Nieves Tuesta, el derecho de indemnización por vacaciones no gozadas, la misma que será liquidada al extinguirse el vínculo de la relación laboral, más los intereses legales, precisando que el monto del derecho reconocido será el mismo que corresponda a su última remuneración percibida y dentro del plazo de prescripción establecido en la Ley N° 27321, e **INFUNDADO** respecto al pago por el descanso vacacional adquirido y no gozado, de conformidad a los argumentos expuestos en la presente Resolución, dándose por agotada la vía administrativa.



Regístrese y notifíquese,


Econ. **CESAR RUBIO MORI**
Secretario General
INGEMMET

TRANSCRITO A:

Javier Ignacio Nieves Tuesta
Jr. Alberto Barton N° 230 – Urb. Santa Catalina
La Victoria