

EL DESCANSO VACACIONAL ANUAL DE LOS TRABAJADORES CON CONTRATO A TIEMPO PARCIAL ¿TIENEN DERECHO?

Yossely Lizeth Delgado Aquino
Universidad Nacional San Agustín
Arequipa

INTRODUCCIÓN

En materia del Derecho Laboral, en la realidad peruana, se han presentado y se siguen presentando diversos problemas en cuanto a la aplicación de normas, puesto que las mismas no se encuentran consolidadas, es decir que no están comprendidas en un Código, o en una Ley General del Trabajo, lo que hace difícil su aplicación.

Siendo que, otro gran problema son las omisiones que se presentan en algunos temas sobre aspectos importantes, como es el caso del derecho al descanso vacacional anual en el contrato de trabajo a tiempo parcial, modalidad de contrato que es usada con mayor frecuencia cada día por los empleadores, considerada por algunos como un contrato de trabajo que recorta derechos laborales al trabajador, es decir, que le otorga menos derechos, es así que diversos autores sostienen que los trabajadores a tiempo parcial no tienen derecho al descanso vacacional anual, al respecto Jorge CASTILLO GUZMÁN, Jaime ABAL ABARCA y Susana SÁNCHEZ EDWARDS, señalan: «por lo tanto los trabajadores a tiempo parcial no tendrán derecho a la CTS, protección contra el despido arbitrario y otros beneficios para cuya percepción se exige trabajar, por lo menos cuatro horas diarias»¹, al respecto también se tiene lo señalado en la síntesis de la legislación laboral,

¹ CASTILLO GUZMÁN, Jorge / ABAL ABARCA, Jaime / SÁNCHEZ EDWARDS, Susana, *Compendio de Derecho Individual del Trabajo*, 4ª ed., Tinco, diciembre 2007, p. 269.

Resolución Ministerial N° 136-2001-TR, que respecto de las vacaciones anuales señala: «requisitos para gozar del descanso: el trabajador que cumpla con una jornada ordinaria mínima de cuatro (4) horas tiene derecho a treinta(30) días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios».

En el caso del contrato de trabajo a tiempo parcial la legislación laboral vigente ha omitido pronunciarse sobre los descansos vacacionales anuales de los trabajadores sujetos a este tipo de contrato; puesto que el inciso a) del artículo 12° del Decreto Legislativo 713° otorga el derecho de descanso vacacional anual, a los trabajadores que hayan laborado por lo menos cuatro horas; Sin embargo en la propuesta de la Ley General Del Trabajo, aprobada por el dictamen de la comisión del trabajo el siete de mayo del dos mil siete, en su artículo 33° señala que: «los trabajadores a tiempo parcial gozan de los derechos que la ley reconoce a los trabajadores contratados a tiempo completo»; es así que, si entrara en vigencia la Ley General del Trabajo no habría problema alguno.

Siendo que la legislación vigente no regula el derecho al descanso vacacional anual de los trabajadores con contrato laboral a tiempo parcial, contrato conocido como *Part Time*, en este artículo se tratará de determinar, si les corresponde el pago de dicho beneficio, ya que como se señaló anteriormente dicho contrato está siendo usado con mucha más frecuencia por los empleadores.

Finalmente, la Constitución Política del Perú de 1993, establece que toda persona tiene el deber y el derecho de trabajar y a gozar de un descanso semanal y anual, derechos reconocidos que en algunas ocasiones requieren de la aplicación de Convenios Internacionales ratificados por el Estado, para que no se vulneren derechos, como es el caso del derecho al descanso vacacional anual de los trabajadores con contrato laboral a tiempo parcial.

I. DERECHO AL DESCANSO VACACIONAL ANUAL

El derecho al descanso vacacional anual remunerado tiene reconocimiento en las normas internacionales sobre Derechos Humanos, en nuestra Constitución y en la Ley. Y en determinados aspectos suele ser un tema de controversia en la doctrina y jurisprudencia peruana.

Respecto a la regulación de las vacaciones, Jorge TOYAMA MIYAGUZUKU² refiere: «son uno de los beneficios universales laborales pero su tratamiento presenta una serie de variantes en los sistemas positivos, tanto por su fuente de regulación como su contenido», lo que denota que en cada país, tiene una regulación propia su otorgamiento.

² TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Instituciones del Derecho Laboral*, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Junio 2004, p. 404.

I.1. De origen en las convenciones internacionales de derechos humanos

El derecho al descanso es un derecho humano, que se encuentra reconocido en diferentes Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, así tenemos:

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en el artículo 7º inciso d), establece: «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:...d)el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como las remuneraciones de los días efectivos», comprometiéndose el estado peruano a otorgar este derecho sin discriminación, de acuerdo al inciso 2) del artículo 2º del Pacto referido, que establece: «los estados partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna, por motivos de raza color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales «Protocolo de San Salvador»³, artículo 7º inciso h), que establece: «Los estados partes del 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 garantizaran en sus legislaciones nacionales, de manera particular:...h) el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de días feriados nacionales», comprometiéndose el estado peruano a otorgar este derecho sin discriminación, de acuerdo al inciso 3) del Protocolo referido, que establece: «los estados partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna, por motivos de raza color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

Además, se tiene el Convenio 52 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre derecho vacacional, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13284 que en su artículo 2º señala: «toda persona a la que se aplique el presente convenio tendrá derecho, después

³ Ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26448.

de un año de servicio continuo, a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborables, por lo menos».

I.2. De origen constitucional

Constitucionalmente el derecho al descanso se encuentra regulado en:

- El artículo 2, inciso 22 de la Constitución Política del Perú de 1993 que señala: «toda persona tiene derecho: 22. ... al disfrute del tiempo libre y al descanso...».
- El artículo 25° de la Constitución Política del Perú de 1993, en su segundo párrafo señala que: «los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio». derecho que se encontraba reconocido en el artículo 44°, tercer párrafo de la constitución de 1979, derogada.

Es así que la Constitución Política del Perú de 1993, en los artículos antes mencionados reconoce el derecho al descanso vacacional anual remunerado, pero no hace referencia a los requisitos que deben cumplir los trabajadores sujetos a un contrato de trabajo, para obtener dicho derecho, como tampoco hace referencia a su contenido, ni a su duración.

Es decir, que la Constitución de 1993 no diferencia en el ámbito subjetivo la aplicación del descanso vacacional anual, respecto del cumplimiento de una jornada mínima o máxima para acceder a este derecho.

Además, el Tribunal Constitucional señala «que el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute de tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable, entonces la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable»⁴; por lo tanto, para el ámbito del presente artículo, la duración de la jornada de trabajo, debe tener un tiempo razonable de descanso vacacional anual.

I.3. De origen legal

En nuestro Ordenamiento Jurídico, el derecho al descanso vacacional anual se encuentra regulado por el Decreto Legislativo 713°, publicado en el diario oficial El Peruano, el 8 de noviembre de 1991, Ley de Descansos Remunerados, en sus artículos 10° a 23°, en los que regula el derecho, estableciendo el record vacacional a cumplir, la oportunidad del descanso, el monto de la remuneración vacacional, entre otros aspectos.

⁴ Expediente N° 4635-2004-AA, 17/04/06, p. FJ.20.

– Requisitos para el otorgamiento del Descanso Vacacional Anual

Se establece que para el uso físico debe haber cumplido con laborar el año completo de servicios, condicionando el cumplimiento del record a determinado número de días efectivos laborados en la semana por el trabajador.

Sin embargo, el artículo 12° del Decreto referido, establece que para efectos del record vacacional se considera como días efectivos de trabajo, entre otros, la jornada ordinaria mínima de cuatro horas, con lo que se determina que sólo pueden cumplir el record establecido en el artículo 10⁵⁵, aquellos trabajadores sujetos a un contrato laboral, que hayan laborado una jornada diaria de cuatro horas o más.

En consecuencia, los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial, desde el punto de vista legal, no tendrían derecho al descanso vacacional anual; máxime si se tiene presente que el Decreto Legislativo 713°, concordado con el Reglamento del Decreto Legislativo 713°, aprobado por Decreto Supremo 012-92-TR, que establece en su artículo 11° que para tener derecho al descanso vacacional anual el trabajador tiene que laborar una jornada mínima de cuatro horas, estableciendo que: «tiene derecho a descanso vacacional anual el trabajador que cumple una jornada ordinaria mínima de cuatro horas, siempre que haya cumplido dentro del año de servicios, el record previsto en el artículo 10° del Decreto Legislativo», en consecuencia, el artículo antes mencionado omite regular en forma específica el derecho al descanso vacacional anual remunerado para los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial.

II. CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

II.1. Alcances en la normativa laboral

En nuestro país el contrato de trabajo a tiempo parcial, esta regulado en el tercer párrafo del artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo

⁵ Decreto Legislativo 713°, Artículo 10°:

El trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios. Dicho Derecho estas condicionado, además, al cumplimiento del record que se señal a continuación:

a) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria es de seis días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos sesenta días en dicho periodo.

b) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria sea de cinco días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos diez días en dicho periodo.

En los casos en que el plan de trabajo se desarrolle en sólo cuatro o tres días a la semana o sufra paralizaciones temporales autorizadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajadores tendrán derecho al goce vacacional, siempre que sus faltas injustificadas no excedan de diez en dicho periodo. Se consideran faltas injustificadas las ausencias no computables para el record conforme al artículo 13° de esta Ley».

728º, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR, que señala: «también puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna»; por lo que, se podría afirmar que un trabajador se encuentra sujeto a un contrato de trabajo a tiempo parcial cuando labora por un número de horas inferior a la jornada ordinaria mínima, es decir menos de cuatro horas.

Al respecto, también se tiene el Reglamento del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo 001-96-TR, que establece: «Los trabajadores contratados a tiempo parcial tiene derecho a los beneficios, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro horas diarias de labor».

Con lo que establecido que una de las características esenciales del contrato de trabajo a tiempo parcial es que tiene una jornada inferior a las cuatro horas.

II.2. Antecedentes del contrato a tiempo parcial en el derecho comparado

Los ordenamientos comparados regulan el contrato de trabajo a tiempo parcial, con la clara intencionalidad de promover su utilización es decir que las regulaciones, lejos de obstaculizar el trabajo a tiempo parcial, intentan promoverlo definiendo condiciones mínimas y controles que, sin perjuicio de la necesaria flexibilidad, impidan su utilización abusiva.

Dentro de este orden de ideas sobresalen las garantías a la «igualdad de trato» con el resto de los trabajadores a jornada completa, que alcanzan a las normas de protección contra el despido y a los derechos de representación colectiva, así tenemos que:

a) El trabajo a tiempo parcial en España

Está regulado desde 1984, mediante el Real Decreto 1991. Antes de esa normativa, la ley de contrato de trabajo, de 1964, había admitido este sistema de contratación –igual que el caso Argentino– sobre la base del acuerdo entre partes, imponiendo que no obstante el achicamiento de la jornada, las cotizaciones a la seguridad social debían registrar igual volumen que si el contrato fuese a tiempo completo. El estatuto de los trabajadores, de 1980, introdujo el trabajo a tiempo parcial, destinado a personas con dificultades de inserción laboral, y por el tiempo que durase la crisis, siempre que se tratara de prestaciones diarias, semanales o mensuales en extensión inferior a los dos tercios de la jornada completa habitual de la actividad. La normativa vigente hoy mantiene ese acotamiento, pero sin limitar bajo ningún aspecto el ámbito de validez personal de los trabajadores comprendidos.

b) El trabajo a tiempo parcial en Francia

La legislación francesa no ha regulado específicamente el caso del trabajo a tiempo parcial, y limitándose a precisar cómo se determina el cálculo salarial

del trabajador que presta servicios en esa forma, de modo que el sistema queda incorporado de manera indirecta.

c) El trabajo a tiempo parcial en Alemania

En Alemania, el 15% de los asalariados presta servicios bajo la forma del trabajo a tiempo parcial, con una enorme mayoría de mujeres (nueve de cada diez trabajadores). La regulación de este sistema de contratación indica que quien trabaje menos de quince horas semanales no está obligado a afiliarse a la Seguridad Social, siempre que sus ingresos sean, además, inferiores a determinados límites. Como bien apunta DAUBLER, esta situación de no obligatoriedad respecto de la seguridad social, aparece como un buen incentivo para que los empleadores contraten trabajadores a tiempo parcial, a un costo muy reducido. A la vez, connota un riesgo muy severo para los dependientes, que ven esfumarse sus coberturas en caso de enfermedad y vejez. La normativa germana no prescribe ninguna formalidad diferente para esta clase de contrato, pero impone la prohibición de discriminar con relación al vínculo de tiempo completo.

d) El trabajo a tiempo parcial en Argentina

La situación del trabajo a tiempo parcial no había merecido tratamiento legislativo en modo expreso hasta la ley 24.465 del año 1995. Consecuencia de lo que afirma DAUBLER, en el sentido de que los trabajadores que acceden al contrato de tiempo parcial lo hacen por una razón de necesidad, como es la urgencia de trabajar, y por un imperativo de la realidad, que es el creciente desempleo. Argentina no padeció grandes tasas de desocupación hasta 1990, ni tampoco se vio precisada, hasta esa misma época, de acudir a nuevas formas de organizar el trabajo en jornadas de tiempo parcial. A pesar de no estar regulado el contrato a tiempo parcial, al no estar prohibido podía considerarse una modalidad legal.

III. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA OMISIÓN DE REGULAR EL DERECHO AL DESCANSO VACACIONAL ANUAL DE LOS TRABAJADORES EN EL CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

III.1. La acción de inconstitucionalidad por omisión

– Aspectos Generales

El autor Ignacio VILLAVERDE, afirma que la omisión inconstitucional, es cuándo el silencio del legislador o de sus leyes puede crear o conservar situaciones contrarias a la Constitución⁶.

⁶ GARCÍA TOMA, Víctor, «La Jurisdicción Constitucional, las Garantías Constitucionales y la Omisión Legislativa», en *Cuadernos Jurisprudenciales*, año 1, N° 8, Febrero del 2002, p. 4.

El autor nacional Víctor GARCÍA TOMA, sostiene que, en el examen de inconstitucionalidad por omisión legislativa se examina si el incumplimiento de legislar sobre una determinada materia dispuesta por la constitución produce una violación de la misma, dicho autor asimismo considera, que la modalidad de la inconstitucionalidad por omisión legislativa aparece como consecuencia de las transgresiones a la constitución por ocio, incuria, negligencia, etc., del órgano legislativo. En puridad se trata del examen de inconstitucionalidad por abstención en la elaboración de actos normativos. Esta omisión, inactividad, inacción, o un non facere por parte del legislador ordinario, se presenta como un desobedecimiento del encargo que la propia constitución le ha formulado para que dicte una ley que haga viable su ulterior desarrollo⁷. JOSÉ GOMES CANOTILHO, precisa que la omisión legislativa inconstitucional es el incumplimiento de mandatos permanentes y concretos⁸.

Es decir, que la inconstitucionalidad por omisión, es el acto inconstitucional que se produce a raíz de la trasgresión que realiza el legislador a la norma constitucional al incumplir con su deber de legislar las materias que le encomienda la constitución, produciendo con ello situaciones contrarias a ésta, así, la acción de inconstitucionalidad por omisión será la acción propuesta que tiene como fin preservar la supremacía de la constitución y evitar que se vulnere con el silencio del legislador la constitución.

III.2. Inconstitucionalidad de la omisión de regular el descanso vacacional anual de los trabajadores sujetos a un contrato de trabajo a tiempo parcial

La Constitución Política de 1993, en el artículo 25º segundo párrafo, concordante con los tratados internacionales, que sobre la materia a suscrito nuestro país, otorgan con carácter general el derecho al descanso vacacional anual, con la única atingencia, que debe entenderse por trabajador a aquellos que se encuentran con contrato de trabajo.

Es así que, el derecho al descanso vacacional anual siendo un derecho humano y constitucional, corresponde a los trabajadores sujetos a contrato de

⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional*, 4ª ed., Librería Almedina, Coimbra, 1987, p. 829, citado por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «La Inconstitucionalidad por omisión. ¿Cauce de tutela de los Derechos de naturaleza socioeconómica?», en *Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales*, Themis, Santa Fe de Bogota, p. 14.

⁸ BIDART CAMPOS, German J., «La Justicia Constitucional y la Inconstitucionalidad por Omisión», en *Anuario Jurídico*, UNAM, núm. VI, México, D.F., 1979, pp. 9 y ss. También en *El Derecho*, t. 78, Buenos Aires, pp. 785 y ss., citado por citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *op. cit.*, p. 76.

trabajo en general, es decir sin tener incidencia alguna la modalidad de contrato (incluido el contrato de trabajo a tiempo parcial, con una jornada inferior a cuatro horas diarias), por lo que no se debe hacer distinción alguna, en lo que respecta al otorgamiento del

Derecho, lo que no sucede en cuanto a la regulación de su disfrute y compensación.

Por lo tanto conforme lo afirma Víctor GARCÍA TOMA⁹, dicha omisión legislativa sería inconstitucional, por que «esta omisión, inaptitud, inacción, o un non facere por parte del legislador ordinario, se presenta como un incumplimiento del encargo que la propia Constitución le ha formulado para que dicte una Ley que haga viable parte de su ulterior practica», que se encuentran reguladas en la constitución, específicamente su artículo 25°.

Si bien la constitución ha reservado la regulación de los descansos semanal y anual remunerados, es decir su disfrute y su compensación, para que se desarrolle a través de una ley, en sentido formal; el Decreto Legislativo 713^o, al no regular el derecho al descanso vacacional anual a los trabajadores con contrato laboral a tiempo parcial vacía de contenido el mandato constitucional, establecido en el artículo 25°, el cual reconoce el derecho a descanso anual a todos lo trabajadores sin distinción.

IV. POSIBLES SOLUCIONES AL PROBLEMA DEL OTORGAMIENTO DEL DESCANSO VACACIONAL ANUAL DE LOS TRABAJADORES SUJETOS A UN CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

IV.1. Inconstitucionalidad del inciso a) del artículo 12° del Decreto Legislativo 713

Una de las posibles soluciones, al pronunciarse el legislador en el inciso a) del artículo 12° del Decreto Legislativo, que para efectos de la acumulación del record vacacional sólo se cuenta la jornada de trabajo de cuatro o más horas, con lo cual excluye el derecho al descanso vacacional anual a los trabajadores sujetos a un contrato de trabajo a tiempo parcial; sería establecer la inconstitucionalidad de la norma referida.

Podría declararse la inconstitucional de dicha disposición, puesto que va en contra de la Constitución, que regula el descanso vacacional anual en forma general sin hacer distinción alguna y además podría argumentarse la violación al principio de igualdad; lo que no sucedía con el artículo 7° del Decreto Legislativo 713, hasta antes de su modificación por la ley 26331 del veintidós de junio de mil

⁹ GARCÍA TOMA, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 1ª ed., Palestra, Lima, abril, 2005, p. 564.

novecientos noventa y cuatro, que establecía que los trabajadores que prestaban servicios menos de cuatro horas al día también tenían derecho a vacaciones¹⁰.

IV2 De la constitucionalidad del inciso a) del artículo 12° del Decreto Legislativo 713

Otra de las soluciones, a la cual me adhiero, es que si bien existe una omisión por parte del legislador en cuanto a la regulación del derecho al descanso vacacional anual de los trabajadores sujetos a un contrato de trabajo a tiempo parcial, este problema podría solucionarse aplicando el Convenio número 52 sobre las vacaciones pagadas, lo cual se sustenta en lo siguiente:

- i) La Constitucionalidad del inciso a) del artículo 12° del Decreto Legislativo, en aplicación del principios de conservación de la ley, la que conforme lo señala el Tribunal Constitucional en el expediente 0010-2002-AI-TC: «...se deberá tener en cuenta el criterio jurídico y político de evitar en lo posible la eliminación de disposiciones legales, para no propender a la creación de vacíos normativos que puedan afectar negativamente a la sociedad, con la consiguiente violación de la Seguridad Jurídica», en este sentido Marcial RUBIO CORREA¹¹ señala que: «el Tribunal Constitucional tiene una visión sistemática del derecho: «lo considera un sistema que es un conjunto de partes interrelacionadas con principios comunes. Por consiguiente, quitar una norma del sistema es como quitar un engranaje de una maquina: nunca sabremos si será necesario, si impedirá operar debidamente al conjunto y, en todo caso, lo más probable es que deba ser sustituida por otra. Como la sustitución de normas declaradas inconstitucionales no es automática, efectivamente se pueden conducir vacíos y fracturas en el derecho que signifiquen una operación inadecuada de este»; es así que, no se podría declarar inconstitucional del inciso a) en cuestión, puesto que se crearía vacíos normativos, lo que se debe hacer es complementar lo señalado en la Constitución con el Convenio 52 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre vacaciones anuales.
- ii) Además, si cabe una interpretación constitucional del inciso a) del artículo 12° del Decreto Legislativo, en el sentido que esta disposición y en general el Título III del Decreto Legislativo 713 regulan las vacaciones a favor únicamente de los trabajadores con contrato de trabajo

¹⁰ RENDON VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo Individual, relaciones individuales en la actividad privada*, Edial, 5° ed., enero 2001, p. 258.

¹¹ RUBIO CORREA, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2005, pp. 126-127.

con jornada de cuatro a más horas diarias; puesto que lo contrario sería igual a desiguales, puesto los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial, sus prestaciones de servicios son diferentes.

- iii) El Convenio 52 resulta aplicable de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política del Perú de 1993, de acuerdo con la Cuarta Disposición Final y Transitoria en la que se señala que: «*las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú se interpretan de conformidad con las normas internacionales sobre Derechos Humanos aprobadas por el Perú*», en tal sentido, este convenio sirve de marco para el desarrollo normativo del derecho de descanso vacacional anual.
- iv) Además una de las fuentes del derecho del trabajo en el Perú, son las fuentes internacionales que a decir de Javier AREVALO VELA¹², son aquellas que: «están constituidas por todos aquellos tratados internacionales con contenido relativo al Derecho Laboral que hayan sido aprobadas por el congreso ratificadas por el Poder Ejecutivo, siendo que los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, son tratados internacionales en materia de trabajo y Seguridad Social, que cada estado miembro puede firmar y ratificar, quedando a partir de ese momento obligado a su cumplimiento». Por lo que en el caso del descanso vacacional anual se debe aplicar el convenio antes referido.
- v) Teniendo presente también que, al otorgarse el derecho de descanso vacacional anual a los trabajadores con contrato laboral a tiempo parcial, en cuanto a su disfrute y compensación se debe tener en cuenta el Principio de proporcionalidad y razonabilidad, puesto que no sería razonable que a un trabajador sujeto a un contrato de trabajo a tiempo parcial se le otorgue el mismo disfrute y compensación por vacaciones anuales que a un trabajador con contrato de trabajo a tiempo indeterminado, puesto que como se ha expresado realizar prestaciones diferentes. Señalando, que con esto no se hace discriminación¹³, solamente se está haciendo una diferenciación¹⁴, ya que si bien ambos trabajadores

¹² AREVALO VELA, Javier, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Grijley, edición 2008, p. 56.

¹³ La discriminación es(...) el trato diferenciado que se da a una persona por determinadas cuestiones, lo que imposibilita su acceso a oportunidades esenciales las que otros, en su misma condición tiene derecho. (Exp. N° 0090-2004-AA, 05/07/04.P, FJ 43)

¹⁴ La diferenciación implica una relación efectiva entre el trato desigual que se establece, el supuesto de hecho y la finalidad que se persigue alcanzar. (Exp. N° 0261-2003-AA, 26/03/03.P, FJ 3.2).

están sujetos a un contrato de trabajo y cumplen una función específica, la única diferencia es la jornada de trabajo que origina la diferencia en la prestación de sus servicios; por lo que el derecho al descanso vacacional anual se debe pagar en forma proporcional a las horas de trabajo realizadas, esto último sería lo razonable.

V. DESCANSO ANUAL DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL: DISFRUTE Y COMPENSACIÓN

Respecto a si los trabajadores con contrato a tiempo parcial deben tener derecho al descanso vacacional anual, los autores Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU, y Luis VINATEA RECOBA¹⁵, señalan: «en concreto, estos trabajadores no tienen derecho a la compensación por tiempo de servicios (CTS) ni la estabilidad laboral; en el caso de las vacaciones según las normas internas no tendrían este derecho pero de conformidad con el convenio OIT N°52 aprobado por Perú si deberían gozar de este beneficio (siete días naturales por año de servicios). Todos los demás derechos y beneficios no indicados precedentemente, deben ser gozados por estos trabajadores», aunque cabe señalar que en la primera edición de su libro de referencia, negaba el derecho a descanso vacacional anual a los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial.

Soy de la opinión que ante la omisión de la legislación interna anotada, para solucionar el caso, necesariamente tenemos que recurrir al Convenio 52 sobre las vacaciones pagadas de 1936, suscrito en la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Perú el primero de febrero de 1960, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13284, que establece en su artículo 2° lo siguiente: «1. Toda persona a la que se aplique el presente convenio tendrá derecho, después de un año de servicio continuo, a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborables, por lo menos», convenio que se aplica a los trabajadores de empresas de establecimientos públicos y privados a que se refiere su artículo 1°.

Finalmente, el hecho que exista una diferencia de labor de un trabajador con contrato de trabajo de duración indeterminada con un trabajador con contrato de trabajo a tiempo parcial, esencialmente respecto a la duración de la jornada de trabajo, esta diferencia nos lleva a afirmar que efectivamente les corresponde descansos anuales diferenciados; pero lo que no resulta razonable, es privar del derecho a descanso vacacional anual a los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial.

¹⁵ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge / VINATEA RECOBA, Luis, *Guía Laboral - Guía Legal de problemas y soluciones laborales*, 3ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, Junio 2003, p. 24.

CONCLUSIONES

1. El derecho de los trabajadores con contrato a tiempo parcial al descanso vacacional anual, es uno de los puntos problemáticos que existe entre la legislación interna y la internacional, puesto que como se expuso anteriormente la legislación interna exige como requisito para el goce vacacional que los trabajadores cumplan con laborar como mínimo cuatro horas, mientras que el Convenio 52 de la Organización Internacional del Trabajo no excluye del derecho a las vacaciones anuales, a los trabajadores con contrato laboral a tiempo parcial.
2. Ante una evidente Inconstitucionalidad por Omisión, contenida en el Decreto Legislativo 713^o, al no regular sobre los descansos vacacionales anuales de los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial, el Congreso de la República se encuentra en la obligación de regular dicha omisión.
3. Por lo que en aplicación del Convenio 52, corresponde a los trabajadores con contrato laboral a tiempo parcial, gozar de descanso vacacional anual pagadas por seis días laborales, en tanto el legislador complete la omisión existente.

BIBLIOGRAFÍA

- AREVALO VELA, Javier, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Grijley, 2008.
- BIDART CAMPOS, Germán, «La Justicia Constitucional y la Inconstitucionalidad por Omisión», en *Anuario Jurídico*, núm. VI, UNAM, México, D.F., 1979.
- CASTILLO GUZMÁN, Jorge *et al.*, *Compendio de Derecho Individual del Trabajo*, 4^a ed., Estudio Caballero Bustamante, Tinco, Diciembre 2007.
- GARCÍA TOMA, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 1^a ed., Palestra, Lima, abril 2005, p. 564.
- RENDON VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo Individual, relaciones individuales en la actividad privada*, Edial, 5^a ed., enero 2001.
- RUBIO CORREA, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Instituciones del Derecho Laboral*, Gaceta Jurídica, 1^a ed., Junio 2004.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge / VINATEA RECOBA, Luis, *Guía Laboral- Guía Legal de problemas y soluciones laborales*, 3^a ed., Gaceta Jurídica, Lima, Junio 2003.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 1^a ed., Gaceta Jurídica, Agosto 2006.